

**UNIVERZITA PAVLA JOZEFA ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH
PRÁVNICKÁ FAKULTA**

PRÁVO, OBCHOD, EKONOMIKA III.

Jozef Suchoža, Ján Husár (eds.)

ZBORNÍK VEDECKÝCH PRÁC

Všeobecné, teoretické a aplikačné aspekty obchodného práva
v kontexte právnej regulácie ekonomiky / Problematika obchodných
korporácií vrátane európskych kontextov / Medzinárodná obchodná
arbitráž a jej širšie aspekty

Košice 2013

Vzor citáte: SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika III*.
Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2013, s. 323

Zborník bol vydaný v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. 0263-10 „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“ a grantovej úlohy VEGA č. 1/042/11 „Premeny kapitálových obchodných spoločností a družstiev“.

This collection of scientific works was issued in the framework of the grant task SRDA – 0263-10 „The effectiveness of legal institutions and economic-financial instruments in period of crisis events and situations in the business“ and grant task VEGA – 1/042/11 „Transformation of the capital companies and cooperatives.“



Editori:

Prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

Doc. Ján Husár, CSc.

Recenzenti:

Prof. Ing. Viktória Bobáková, CSc.

Prof. JUDr. Hana Marková, CSC.

Vydala Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Šrobárová 2

041 80 Košice

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

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

ISBN:

Obsah

Predhovor	1
Jan Bárta / K možnosti opakování funkčního období v kolegiálních orgánech veřejné správy	5
Josef Bejček / Racionalita regulace rozhodování, a regulace racionality rozhodování	14
Ian David Bell - Jana Bellová / Impact of Legal Regulations on Economic Growth... ..	31
Lukáš Cisko / Niekoľko úvah o vplyve soft law na zodpovednosť za vadné plnenie v obchodovaní – vybrané aspekty.....	46
Karolína Červená / Prečo sa história opakuje...alebo sú krízové javy v ekonomike nevyhnutnosťou?	53
Peter Huba / Medzinárodné daňové plánovanie ako daňovo-právny fenomén súčasnosti.....	63
Regina Hučková - Diana Treščáková / Právne aspekty elektronického podpisu a jeho využitie v aplikačnej praxi.....	80
Kabanova Irina Yevgenjevna / Civil Liability of the Government Bodies and Public Officials for Damages, Caused by their Actions.....	88
Marie Karfíková - Zdeněk Karfík / Daňové právo ve světle rekodifikace soukromého práva a daňových zákonů.....	96
Kirsanov Sergey / New legal requirements in the housing and utilities sector Russia	105
Michal Kočíš / Osobná pôsobnosť noriem transferového oceňovania	116
Ilona Kostadinovová / Konkurenční doložka po novelách zákoníku práce a po rekodifikaci občanského a obchodního práva v České republice	131
К. И. Коробко / Страхование на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи: отдельные аспекты	155
Lukáš Lapšanský / Kríza a agenda poskytovania štátnej pomoci bankám: od zásadného zákazu štátnej pomoci k pretváraniu štruktúry bankového trhu	162

František Lipták / Vybrané hmotnoprávne a procesnoprávne otázky lex mercatoria	181
Karel Marek / Ještě ke smlouvě o dílo	195
Dušan Marják / Teoretické a komparatistické otázky protiprávnosti ako predpokladu zodpovednosti za škodu v súkromnom práve	208
Ján Matejka / Ochrana soukromí a právo být zapomenut.....	222
Pavel Matoušek / Celní právo , Clo, Celnictví (pomoc ekonomice i překážka zahraničnímu obchodu)	230
Lukáš Michal'ov / Vybrané problémy konkurzov fyzických osôb	246
Peter Molitoris - Martin Vernarský / Exekučná imunita majetku štátu	252
Олег Орловский / Влияние современных экономических процессов на уровень пенсионного обеспечения в Украине	265
Отраднава Олеся / Американское деиликтное право – от истоков к современности	283
Oľga Ovečková / Premlčanie práva na náhradu škody.....	294
Zdenka Papoušková / Teoretické aspekty současného dění v daňové oblasti v ČR... ..	303
Юрий Пацуркинский / Правовой режим реализации права частной собственности	314
Karin Prievozníková / Niekoľko poznámok k „novej“ registračnej povinnosti zdaniteľných osôb	332
Přemysl Raban / Některé „kuriózní“ instituty zvláštní části nového občanského závazkového práva v České republice.....	341
Michal Radvan / Prominutí daní v důsledku povodní	355
Anna Románová / K zavedeniu nulitného rozhodnutia do Daňového poriadku.....	367
Beata Sagan / Przygotowanie i realizacja inwestycji w zakresie dróg publicznych w świetle prawa polskiego. Wybrane zagadnienia	379
Jozef Suchoža / Otvorené problémy rekodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike.....	388
Miroslav Štrkolec / Intrakomunitárne a „extrakomunitárne“ obchody a daň z pridanej hodnoty.....	398
Miroslav Vítěz / K niektorým otázkam akreditívu	410

Radka Zahradníková / Některé změny právní úpravy civilního procesu vyplývající z rekodifikace soukromého práva v ČR.....	424
Peter Miskolczi Bodnár / Company Law in the new Hungarian Civil Code	440
Marko Deák / Kolízia záujmov agenta a principála ako všeobecný dôvod pre vylúčenie účinkov zastúpenia	447
Marek Dorič - Pavol Dorič / Právne postavenie obchodných spoločností s akcentom na ich aplikačnú prax	466
Tomáš Dvořák / Kmenové listy jakožto alternativní podoba podílů společníka ve společnosti s ručením omezeným podle rekodifikované úpravy – základní otázky... ..	475
Ján Husár / Modernizácia práva obchodných spoločností na Slovensku	483
Izabela Mycko - Katner - Przemyslaw Katner / An agency contract in the Polish Civil Code against the background of the EU directive.....	498
Marián Prievozník / Zánik účasti ako spôsob riešenia sporov medzi spoločníkmi spoločnosti s ručením obmedzeným	513
Ольга А. Терновая / Развитие российского корпоративного законодательства в свете вступления России в ВТО	523
Kateřina Ronovská / K přípustnosti podnikání nadací v Evropě na počátku 21. století	532
Roman Sabodash / Право акционеров (участников) компании на «непрямой» иск (в контексте практики Европейского суда по правам человека и Конституционного суда Украины).....	545
J. Schwarcz / Ochrana hospodárskej súťaže. Zneužitie dominantného postavenia. Analýza niektorých aktuálnych otázok (s dôrazom na rozhodnutia Európskej komisie, Všeobecného súdu a Súdneho dvora EÚ)	556
Juraj Špirko / Premeny družstiev podľa českej a slovenskej právnej úpravy.	573
Martin Štefko / Jednatel společnosti s ručením omezeným zaměstnancem.....	580
Žofia Šuleková / Autonómia spoločníka v súvislosti so zánikom jeho účasti v spoločnosti s ručením obmedzeným	590
Janka Vykročová / Disponovanie so zmenkou v kontexte zlúčenia akciových spoločností	601

Андрей Бутырский / Третейский суд (арбитраж) в странах Восточной Европы	612
Milan Ďurica / Možnosti súdov pri ochrane veriteľov a možnosti veriteľov pri súdnej ochrane (Konflikt práva procesného s právom hmotným)	628
Štefan Harabin / Právomoc medzinárodných rozhodcovských orgánov a vykonateľnosť ich rozhodnutí.....	641
Katarína Chovancová / Transnacionálny verejný poriadok v medzinárodnej obchodnej arbitráži	657
Michal Juhás / Zrušenie rozhodcovského rozsudku v kontexte spotrebiteľského práva	676
Przemysław Katner - Jakub Janeta / Rozwój sądów arbitrażowych na przykładzie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie	684
Jozef Kravec / Rozhodcovské súdnictvo a občianske súdne konanie	699
Michaela Sigmundová / Řešení konfliktů prostřednictvím mediace	712
Marek Števček / Novelizácia zákona o rozhodcovskom konaní	718
Martin Svatoš / Hybridní ADR procesy MED-ARB a ARB-MED - na hranici dvou světů?.....	727
Jozef Vozár / K niektorým teoretickým, legislatívnym a aplikačným problémom rozhodcovského konania v Slovenskej republike.	743
Mária Bujňáková / Niekoľko poznámok k daňovému zákonodarstvu	756

Predhovor

Predkladaný zborník vedeckých prác je výsledkom predovšetkým teoretického bádania riešiteľov (členov výskumných tímov) pôsobiacich na viacerých právnických fakultách, a to najmä slovenských a českých, rovnako tiež maďarských, poľských, ruských, ukrajinských a srbských univerzít, príp. v akademických ústavoch, v európskych inštitúciách, či vo vrcholových štátnych orgánoch justície a stavovských komôr uvedených krajín.

Prevažná časť autorov svojimi štúdiami a príspevkami prezentuje svoje teoretické názory a úvahy, vzťahujúce sa v podstate k trom výskumným okruhom.

V prvom rade sa týkajú v súčasnom období aktuálnej problematiky **rekodifikácie súkromného práva a vzťahu práva, obchodu (trhu) a ekonomiky**, pričom toto nie je možné vyčleniť (oddeliť) z kontextu regulačného pôsobenia práva v ekonomike.

Akcelerácia uvedených procesov je evidentná, osobitne po tom, čo pred krátkym časom v Českej republike a v Maďarsku prijali nové základné kódexy súkromného práva.

S tým nesporne súvisí aj obsahové zameranie štúdií z ďalšieho okruhu, a to konkrétne problematiky **korporátneho práva**, v klasickom chápaní práva obchodných spoločností, príp. úpravy družstiev (tzv. družstevného práva), vrátane ich fúzií, a to aj cezhraničných. Z viacerých vedeckých príspevkov uvedeného okruhu jednoznačne vyvierajú podnety a názory (aj de lege ferenda), ktoré vo svojich konečných dôsledkoch presahujú rámec súkromného práva, t. j. nijako ich nemožno vtesnať do klasických limitov súkromného práva, dlhodobo traktovaných v právnych doktrínach.

Napokon tretím okruhom sú výstupy autorov, ktorí už tradične skúmajú širšie svislosti **medzinárodnej obchodnej arbitráže a jej širších aspektov**.

Všetky tri tematické okruhy sú vzájomne prepojené a podmienené a tým napokon aj publikované príspevky (vo väčšej alebo menšej miere) berú zreteľ na požiadavku komplexnosti a integrity právnej regulácie ekonomických procesov a vzťahov. Súčasťou takto, t. j. širšie chápaného pôsobenia práva v hospodárskej sfére spoločnosti sú aj legislatívou anticipované aplikačné vstupy do ekonomiky, predovšetkým ekonomicko-finančné nástroje a tomu korešpondujúce právne inštitúty, napr. štátny rozpočet, dane, poplatky, clá, ceny, úroky z omeškania, etc., ktoré sú prevažne doménou verejnoprávnych odvetví, napr. práva finančného, daňového, hospodárskeho, správneho a ďalších. Nemôže byť pochybnosť o tom, že svojimi dôsledkami ovplyvňujú aj súkromnoprávnu oblasť, najmä obchodných záväzkových (zmluvných) vzťahov. So zreteľom na to viaceré publikované príspevky, skúmajúc reálnu efektívnosť ekonomicko-finančných nástrojov, odкрývajú nové možnosti zdokonalenia národného zákonodarstva vo väzbe na integrované inštitúty a úpravy obsiahnuté v práve Európskej únie, vrátane najnovších európskych akademických projektov a iniciatív.

Možno konštatovať, že najmä príspevky publikované v rámci tematického okruhu právna regulácia ekonomiky jednoznačne potvrdzujú interdisciplinaritu skúmaných právnych odvetví, a to bez zreteľa na to, či ich právna veda začleňuje do verejnoprávneho alebo súkromnoprávneho bloku (korpusu).

Všetky príspevky obsahujú cenné a užitočné podnety a návrhy de lege ferenda. Vysoký stupeň ich aktuálnosti v Slovenskej republike vyplýva tiež z potrieb a pohybov prebiehajúcich v súčasnej legislatíve, usilujúcej sa o prijatie moderného Občianskeho zákonníka a nadväzných zákonov o podnikaní.

V Košiciach 14. októbra 2013

Za autorský kolektív

Prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

I. ČASŤ
VŠEOBECNÉ, TEORETICKÉ A APLIKAČNÉ ASPEKTY OBCHODNÉHO
PRÁVA V KONTEXTE PRÁVNEJ REGULÁCIE EKONOMIKY

JUDr. Jan Bárta, CSc.

Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i.

K možnosti opakování funkčního období v kolegiálních orgánech veřejné správy

Abstrakt

V různých právních úpravách se vyskytují pravidla k omezení možnosti, toho aby tatáž osoba opakovala své funkční období jako člen kolegiálního orgánu. Typicky bývá stanoveno, že opakovat lze bez přerušení jen dvakrát. Je tedy třeba vyložit, jaká doba musí uplynout před třetím ustanovením. Závěr je vyvozen ze srovnání individuálního a kolektivního orgánu, z povahy věci se pro oba typy orgánu podstatně liší. Zkoumáno na příkladu konkrétního poradního orgánu vlády České republiky.

Abstract

Various regulations restrict an individual's capacity to be reappointed as member of a collegiate body. Typically, twice after another, if no interruption. Substantial needs interpretation as to what period of time, what quarantine, is required before reinstalling a same person for his/her third term. Conclusions are drawn from comparing individual official persons to members of collegiate bodies. Investigated on the example of a specific case of an advisory council of the Czech government.

I. Kde se prakticky vyskytnul problém

Českým zákonem č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu, experimentálního vývoje a inovací je zřízena Rada pro výzkum, vývoj a inovace (RVVI). Je to poradní orgán vlády, ale není až tak úplně jen poradní – fakticky rozhoduje o penězích, a jeho předsedou je předseda vlády; ostatní členové jsou jmenováni usnesením vlády. Z čehož vyplývá, že je to orgán významný, docela politický, a není lhostejné kdo je členem.

Funkční období člena (nikoliv orgánu) je 4 roky, spojeno s pravidlem „Člen Rady pro výzkum, vývoj a inovace může být jmenován nejvýše na dvě po sobě následující funkční období.“ Málokdy se stává, že někdo odslouží celé 4 roky – vláda odvolává někdy jednotlivce, někdy celou RVVI, občas jmenuje někoho znovu přestože ho právě odvolala, atd.

V době od 5. 10. 2011 do 30. 11. 2011, kdy celá RVVI vůbec neexistovala, jelikož byla odvolána, a ve funkci byl jen její předseda, totiž předseda vlády. Pak byli někteří členové odvolané RVVI jmenováni znova, a tři z nich už po několikáté. Otázka, zda na sebe navazovala nebo nenavazovala dvě funkční období – tzn. to jež

skončilo 5. 10. 2011, a to jež započalo 1. 12. 2011 – se tak stala významnou, stejně jako otázka, jaké časové období musí uplynout mezi oběma jmenováními.

Podle mého názoru nejde o to, zda dvě funkční období na sebe navazují, když mezi nimi nebylo např. vůbec nic – jako v tomto uváděném příkladu. Otázku je třeba přeformulovat tak, že zní: Kdy nejdříve po skončení svého druhého funkčního období může být tatáž osoba jmenována potřetí. Odpověď je, že až po uplynutí doby odpovídající jednomu zákonnému funkčnímu období, tzn. 4 roky po skončení druhého funkčního období téže osoby.

Abychom ovšem k tomuto závěru dospěli, nestačí exegeticky vykládat větu v zákoně. Je třeba vidět, že pravidlo pro eventuální opakování funkčního období vždycky sleduje nějaký cíl, který ze samotného textu nemusí být úplně zřejmý, a normu je třeba vykládat podle jejího účelu.

Jednodušší výkladová situace než u kolegiálních orgánů bude, předpokládejme, u orgánů individuálních. Ideálně se k tomu hodí instituce prezidenta, úprava opakování funkčního období je k nalezení v ústavách řady států.

II. Výchozí poznatky týkající se individuálních orgánů

USA

Zvykli jsme si, že v tomto státě jen dvě funkční období za sebou, a třetí období je vyloučeno i kdyby mezitím byla nějaká přestávka. Není to ovšem nějaký pilíř amerických ústavních principů, je to až 22. dodatek ústavy, platný od r. 1951. Předtím se fakticky nestávalo, že by nějaký prezident byl zvolen víc než dvakrát; bylo to vždy dvakrát za sebou, s výjimkou Grovera Clevelanda (v 19. století se stal 25., a potom ještě 27. prezidentem). George Washington odmítnul kandidovat potřetí, z důvodu věku (byly později snahy to dezinterpretovat tak, jakoby tím Washington vyjádřil, že ještě další funkční období by bylo čímsi jako monarchickou tendencí). Z těchto historických zkušeností byla pak na začátku 20. století snaha tvrdit, že prezidentem USA lze být jen dvakrát, a že je to zavazující ústavní tradice, byť to v Ústavě napsáno není.

Tvrzená ústavní tradice vzala za své prostým faktem, že F. D. Roosevelt (poprvé se ujal funkce 1933) byl zvolen celkem čtyřikrát za sebou (1932, 1936, 1940, 1944). Poslední období nedokončil, zemřel v dubnu 1945, za něho nastoupil a funkční období dokončil jeho viceprezident H. S. Truman; ten byl následně v r. 1948 zvolen prezidentem, a byl úspěšným prezidentem, měl nepochybně vyhlídky být opět zvolen v dalších volbách 1952. To by ovšem znamenalo, že Bílý dům bude v rukou demokratů nepřetržitě od r. 1933 do r. 1957.

Republikáni proto prosadili změnu ústavy, omezení na dvě funkční období, a udělali to ne z nějakých vznešených a systémových důvodů, ale jen proto, aby z prezidentských voleb 1952 vyloučili potenciálně velmi silného demokratického protikandidáta (podařilo se, zvolen byl republikán Eisenhower, ostatně rovněž úspěšný a ještě podruhé zvolený prezident).

Nicméně vidíme, že 22. dodatek ústavy musím z hlediska teleologického výkladu právní normy číst jednoduše takto: „H. S. Truman nesmí už nikdy v budoucnosti kandidovat na prezidenta.“

Konkrétně to ústavní pravidlo zní: *No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or*

acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once. Je tam konkrétně pamatováno i na to, že Truman odsloužil skoro tři roky z Rooseveltova období, tedy „více než dva roky“.

Pak následuje další věta, kterou bychom teoreticky označili nejspíš za ustanovení intertemporální, a kterou bych ale já sám přeložil jako „Truman ať prezidentem zůstane když už ho voliči zvolili“. Zní to anglicky takto: *But this article shall not apply to any person holding the office of President when this article was proposed by the Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term.*

Ústava USA nám tedy nijak nepomůže pokud jde o výklad nějakých pravidel o opakování funkce. Je to proto, že cílem úpravy nebylo řešit princip, ale jen pragmatiku. Cílem bylo aby Truman už nikdy, to je vyjádřeno dokonale, a proto tam nemůže být žádné pravidlo o opakovaném zvolení, protože to by pak demokrati mohli někdy v budoucnosti znovu nasadit Trumana; a to by byli mohli, dožil se pozeňnaného věku a zemřel až 1972.

Slovensko

Slovenská Ústava má pravidlo o opětovném zvolení - Čl. 103 odst. 2 „*Tá istá osoba môže byť zvolená za prezidenta najviac v dvoch po sebe nasledujúcich obdobiach*“. Pravidlo je zcela obdobné jako v ústavě české, a musím tady říci, že v Česku je dosud neuzavřená debata o tom, jestli a) jedine dvakrát za sebou, nebo b) jestliže dvakrát, tak jedine za sebou a nikoliv s přerušením, anebo c) – což je můj pevný názor – dvakrát za sebou, pak jednou vynechat, pak zase dvakrát za sebou, a tak to může pořád pokračovat, omezeno jen délkou lidského života. Teoretická debata na toto téma samozřejmě není nějak žhavá, protože v konkrétní politice na takovou situaci ještě nedošlo.

Slovenská Ústava má ale ještě jedno pravidlo, které v české ústavě takto výslovně není, a to je obsaženo v čl. 103 odst. 6: *Prezident sa môže kedykoľvek svojej funkcie vzdať; jeho funkčné obdobie sa skončí dňom doručenia písomného oznámenia tohto rozhodnutia predsedovi Ústavného súdu Slovenskej republiky.*

Nejde tady o to, že pravidlo je spojeno s případem vzdání se funkce. Jeho obsahem je podle mého názoru, a s ohledem na to co potřebuji vědět, že: Funkční období prezidenta je 5 roků. Jestliže ovšem prezident rezignuje, pak jeho funkčním obdobím nebylo 5 let, nýbrž jen ta doba, která uplynula od složení slibu do rezignace.

Závěr je pak podle mne přesvědčivý: Byla-li osoba A prezidentem po dvě období, potom osoba B po jedno období (které ani nemuselo trvat celých 5 let), může být osoba A opět zvolena, protože její funkční období po sobě následovat nebudou.

Česko

Ústavní norma zní velmi obdobně, totiž *Nikdo nemůže být zvolen více než dvakrát za sebou.* I podle české ústavy samozřejmě může funkce prezidenta zaniknout i jinými způsoby než uplynutím času, nemáme však nikde výslovnou normu o tom, že by tím končilo i (jinak z Ústavy kogentně pětileté) funkční období. Musíme tedy teprve výkladem dovozovat, že i v ČR takovýmto způsobem končí

funkční období prezidenta, protože by přece nedávalo smysl volit nového prezidenta a zahajovat jeho nové funkční období, kdyby stále ještě trvalo nějakým způsobem nenaplněné funkční období jiného prezidenta, který se funkce např. vzdal.

Proto, výkladem, dospívám ke stejnému závěru jako je formulován shora pro Slovenskou republiku. Argumentace je bohužel trochu obtížnější.

Rusko

Ústava sama je z r. 1993, její změnou v r. 2008¹ došlo k prodloužení funkčního období prezidenta na 6 let, nezměnilo se však ustanovení čl. 81 odst. 3, které je skoro jako úplně doslovný překlad analogických ustanovení české i slovenské ústavní normy: „*Одно и то же лицо не может занимать должность Президента Российской Федерации более двух сроков подряд.*“

Není mi známo, že by v Rusku měly místo nějaké aspoň trochu významné pochybnosti o tom, že by norma mohla znamenat cokoli jiného než „táž osoba může být zvolena opakovaně, vždy však nejvíce dvakrát za sebou“, a naopak nemůže znamenat „jen dvakrát, a to s podmínkou že to bude za sebou“.

Ostatně, kdyby takové výklady i byly, odstranil je V. Putin stejným způsobem jako F. D. Roosevelt v Americe: Napřed dokončil Jelcinovo druhé funkční období (asi půl roku, což se nepočítá, protože nebyl prezidentem, jen jako předseda vlády z ústavy vykonával funkci prezidenta), pak byl dvakrát zvolen (2000 a 2004), pak jednou Medveděv (2008)², teď znova Putin (2012, už na 6 let).

Irán

Ústava je z r. 1979, má pravidlo v čl. 114, které zní: *The President is elected for a four-year term by the direct vote of the people. His re-election for a successive term is permissible only once.* Není na tom zajímavého nic jiného než zjištění, že omezování opakovaných funkčních období prezidentů se začalo vnímat jakoby natolik povinné, že to přijal i islámský režim v Iránu, kde prezident má v kontextu dost jiné postavení než v našich systémech dělby moci.

Ten, kdo originální text převáděl do angličtiny, si dal záležet na jednoznačnosti a srozumitelnosti. Ale taky se mu to ne úplně podařilo. Anglické znění umožňuje i tento výklad, ba dokonce spíše tento výklad: Může být prezidentem opakovaně, ale ze všech jeho funkčních období jen jediná dvě mohou na sebe navazovat.

Francie

Čl. 6 Ústavy (1958) zní lakonicky *Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs.* Je přesně stejně dvojznačné jako české *více než dvakrát za sebou.* Ústavní praxe k tomu není žádná, protože v celých republikánských dějinách Francie nikdo nebyl zvolen víc než dvakrát, a když už, tak to bylo vždy jen za sebou. Není

¹ Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. N 6-ФКЗ "Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы"

² Medveděv byl zvolen v květnu 2008, novelizace ústavy o prodloužení funkčního období na 6 let se jej netýkala, měla přechodné ustanovení, že se týká až prezidenta, který bude zvolen po nabytí její účinnosti.

tedy ani fakticky doloženo, že může být zvolen dvakrát, i když to není za sebou. Musel bych argumentovat a maiore ad minus – když může být dvakrát za sebou, tím spíš může být dvakrát když to ani není za sebou.

Príznačné ale je, že funkční období se 2002, po Mitterrandovi a během druhého funkčního období J. Chiraca, zkrátilo z tradičních 7 na nynějších 5 let. Francie asi celkově nepřeje dlouhosloužícím prezidentům, souvisí to jistě s jejich silným exekutivním postavením, a při aplikaci normy o opakování funkčního období by se to asi nějak projevilo.

Rakousko a Německo

V obou ústavách je na první pohled obsahově stejná norma, která zní německy *Anschließend Wiederwahl ist nur einmal zulässig*, a rakousky *Eine Wiederwahl für die unmittelbar folgende Funktionsperiode ist nur einmal zulässig*.

Považuji za úplně nepochybné, že oba ústavodárci zamýšleli přesně totéž. Našli odlišná slova, to německé zní víc vojensky, ale nakonec obojí aspoň jazykově nevyklučuje ten výklad, který považuji za nesprávný, totiž kdyby prezidentská kariéra měla trvat nějakou dlouhou dobu, může se i tvrdit, že jen jediná dvě období mohou navazovat, a pak už žádná další.

Švýcarsko

Má samozřejmě zvláštní situaci, prezident jen předsedá spolkové radě, a volí ho spolkové shromáždění ze členů spolkové rady. Má funkční období jeden rok, s opakováním se naopak počítá jako s běžnou věcí. Opakování funkce je tam omezeno, ale z úplně jiných důvodů než by byla nějaká obava z koncentrace moci. Jde nejvýš tak o to, aby si každý člen spolkové rady taky někdy užil prezidentování, a je tam tedy jednoduché pravidlo, že kdo je letos prezidentem nebo viceprezidentem, nemůže být napřesrok ani prezidentem ani viceprezidentem.

Ukazuje se, že když je cíl úpravy takto prostý, tak se i podaří to legislativně vyjádřit jednoduše a bez jakékoliv dvojznačnosti: *Die Wiederwahl für das folgende Jahr ist ausgeschlossen*.

Zimbabwe

Tento stát má patrně nejnovější ústavu na celém světě (květen 2013), a je velmi zajímavá i z hlediska zde zkoumané otázky. Nabyla účinnosti zvolením prezidenta, k tomu došlo na začátku srpna 2013, a má ustanovení o opakování funkce v čl. 91 odst. 2, které je krátké, a přitom tak jednoznačné, že neponechává snad vůbec žádný prostor k pochybnostem: *A person is disqualified for election as President or Vice-President if he or she has already held office as President under this Constitution for two terms, whether continuous or not, and for the purpose of this subsection three or more years' service is deemed to be a fullterm*. Podívejme se, co všechno se do té věty vešlo:

- R. Mugabe může kandidovat, nehledě na to, že funkci prezidenta vykonává, za různých ústavních nebo neústavních poměrů, už nějakých 33 let; protože do opakování se berou v úvahu jen volební období podle této ústavy, tedy volební období, jež začalo v r. 2013, je jeho prvním.
- Může tudíž kandidovat ještě i v r. 2018, což by mu bylo 94 let.
- Každá osoba může být prezidentem v absolutním čísle jen dvakrát, ať už období navazují nebo ne.

- Bývalý prezident se po vykonání dvou funkčních období nemůže stát ani viceprezidentem.
- Za plné funkční období se počítá jen byl-li ve funkci alespoň tři roky. Tato další norma je nutná logicky: Funkční období je 5 let, ale je vázáno na parlamentní volby, funkční období prezidenta skončí předčasně, jestliže z nějakého důvodu skončí i parlament. Bez této úpravy by tedy vznikly pochybnosti jak to potom počítat. Nicméně je třeba taky vidět, že při nějakém rozpuštění parlamentu by to mohlo i znamenat další prodloužení použitelnosti prezidenta, vždy až o tři roky.

III. Závěr z analýzy předpisů o opakování funkce prezidentů

Jedná se v každém státě o funkci unikátní, a možnost obnovení funkce je jak jsme viděli velmi často upravena, ve smyslu omezení. Ke správnému výkladu toho kterého pravidla je zapotřebí zvážit ratio legis. To podle mého názoru naprosto není v tom, že by z dlouhodobého výkonu funkce jednou osobou hrozila nějaká uzurpace moci do rukou prezidenta. Proti tomu totiž má ústava demokratického zřízení řadu jiných brzd, a ty by prezident nemohl vyloučit nějak v důsledku dlouhodobého působení ve funkci; když už, tak je může ochromit nějak jednorázově, ale právě naopak rychlou akcí, ke které vůbec nemusí být ve funkci dlouho.

Ratio legis je tedy někde jinde, ne v oblasti výkonu funkce, nýbrž v oblasti vyhlídek na její získání. Stávající prezident (jistě nikoliv bez výjimky, ale potenciálně ano) má v demokracii vůči protikandidátům jisté plus, a to jak při volbě přímé, tak při volbě nepřímé. V přímé volbě je veřejnosti znám, má nějakou popularitu, může narychlo provést nějaké populární opatření, které přinese hlasy. V nepřímé volbě už jen to, že je politickým hráčem, schopným iniciovat koalici ke svému znovuzvolení.

Argumentem k tomu může být i jiná norma, významově s úpravou hlav států jistě nesouměřitelná, avšak řešící obdobný problém, přičemž na významu jí přidává, že se jedná o normu evropskou, k níž tedy bylo zapotřebí nějakého konsensu více států: V rámci ES existuje jakýsi Vědeckotechnický a hospodářský výbor pro rybářství³, což je orgán jen odborný, funkce jsou onerózní. Výbor sám je jmenován, a ze svých členů volí předsedu a dva místopředsedy na dva roky. Pravidlo pro opakování zní: *Předseda a místopředsedové výboru však nemohou být po uplynutí dvou svých po sobě následujících funkčních období ihned znovu zvoleni*. Toto znění už velmi silně vyjadřuje, že individuální orgán (předseda nebo místopředseda) může být volen znovu i po uplynutí jen části funkčního období svého nástupce/předchůdce, a to i v kontextu celého předpisu (výslovně se totiž předvídá možnost odstoupení předsedy. Rozhodující událostí pro možnost opětovné volby totiž není uplynutí období, nýbrž fakt zvolení jiné osoby.

Z toho všeho pak dovozují dva hlavní závěry pro interpretaci příslušných ustanovení, které platí pokud jsou někdy ustanovení jazykově ne zcela jednoznačná – což jak vidět nastává docela často:

³ Rozhodnutí Komise č. 93/619/ES

Za prvé, další volba po dvou po sobě jdoucích obdobích je možná. Jedno vynechané období plní funkci karantény a zbavuje kandidáta oné potenciální výhody, kterou spatřujeme u uchazeče, který ve funkci prezidenta právě je.

Za druhé, karanténa mezi druhým a třetím volebním obdobím nemusí nezbytně trvat celé funkční období v délce stanovené tou kterou ústavou; smysl zákona je naplněn už tím, že dotyčná osoba je odstavena od funkce a nahrazena někým jiným. Jiné by ovšem bylo, kdyby se snad někdo dokázal nechat zvolit, a potom účelově rezignoval, aby opět uvolnil cestu svému předchůdci; to je ovšem v reálné politice natolik riskantní, že to můžeme označit za absurdní. Proti této úvaze může někdo namítnout, že přece přesně toto se stalo mezi Putinem a Medveděvem. Já se domnívám, že to naopak je argument pro můj výklad: Plánované střídání nastat může, když to politika někdy dovolí, a lpět na trvání intermezza po celé funkční období by tomu stejně nezabránilo, protože to přesně tady dodrženo bylo.

Tímtéž způsobem je tedy třeba vykládat i četné úpravy, které se vyskytují i v běžných zákonech pro každodenní použití, a znívají zcela analogicky. Pokud jde o veřejné právo platné v České republice, je to tak třeba u veřejného ochránce práv (na 6 let, a *Ochránce může být zvolen pouze na dvě bezprostředně po sobě jdoucí funkční období.*), u děkanů na veřejných vysokých školách (*Funkci děkana může tatáž osoba vykonávat na téže fakultě nejvýše dvě po sobě bezprostředně jdoucí funkční období.*), nebo u ředitelů veřejných výzkumných institucí (*Tatáž osoba může zastávat funkci ředitele nejvýše 2 po sobě jdoucí funkční období.*)

IV. Příklady úprav u kolektivních orgánů

Úvodem je vhodné zmínit Bankovní radu České národní banky (§ 6 zákona č. 6/1993 Sb.), kde nebylo problém vyjádřit, že opakování je možné vždy v absolutním počtu jen dvakrát, přičemž návaznost nebo nenávaznost obou šestiletých funkčních období nehraje žádnou roli. Moc spojená s funkcí v Bankovní radě je považována za tak značnou, že úprava je záměrně restriktivní, a příslušná věta proto zní jednoduše: *Nikdo nesmí zastávat funkci člena bankovní rady více než dvakrát.*

Zákon o veřejných výzkumných institucích zná také jakousi radu, která není nevýznamná, má i pravomoci v oblasti finanční, nerozhoduje však o konkrétních věcech, a v jejím složení hraje roli vztah k vědnímu oboru. Z obou těchto úvah se pak záměrně nijak neomezuje možnost opakování, a § 18 odst. 7 zákona celý zní: *Délka funkčního období člena rady instituce je 5 let. Tatáž osoba může být zvolena nebo jmenována členem rady instituce opětovně, bez omezení počtu funkčních období.* Druhá věta je zcela nadbytečná, i bez ní by právní stav byl zcela stejný, má význam jedině pro odstranění pochybností. Zákonodárce ji tam jistě zařadil právě proto, že si byl vědom toho, že omezovat opakování je ve veřejnoprávních předpisech natolik obvyklé, že absence toho by mohla být považována za opomenutí, a tím pochybnosti budít.

Zajímavým případem je zákon o vinohradnictví a vinařství (č. 321/2004 Sb.). Jím zřízený Vinařský fond má orgány Radu a Dozorčí radu. Členy Dozorčí rady volí a odvolává Poslanecká sněmovna, a opakování je možné neomezeně prostě tím, že zákon o tom mlčí. Věcný důvod je v tom, že dozor se vztahuje na hospodaření s veřejnými prostředky, Dozorčí rada je obsazována politicky, členy bývají např. poslanci, funkce je onerózní, není zapotřebí omezovat politická jednání o obsazení

funkcí tím, že bude navíc regulována možnost opakování. Ba naopak je tam souvisící ustanovení o tom, že po uplynutí svého funkčního období vykonávají členové Dozorčí rady funkci až do zvolení svého nástupce – protože na Poslaneckou sněmovnu se pochopitelně nelze spolehnout v tom, že včas zvolí nového člena, a převažuje zájem na tom, aby Dozorčí rada nebyla neobsazena.

U Rady, jmenované ministrem, je naopak velmi podrobné ustanovení: *Čtyřleté členství v Radě může být stejnou osobou vykonáváno nejvýše tři po sobě následující funkční období; stejná osoba se může opětovně stát členem Rady nejdříve po uplynutí 2 let, kdy nebyla členem Rady.* Zde je přímo dojemným způsobem vidět, jak tvůrce normy (záměrně neříkám zákonodárce) vzácně rozuměl problematice, a věděl co chce. V této Radě hraje mimořádnou roli velmi specifická vinařská odbornost, počet osob přicházejících v úvahu není vysoký, dvojí opakování by znamenalo možnost jen osmi let ve funkci, což by mohlo být na úkor kvality jejího složení. Proto je poměrně unikátně stanoveno trojí opakování, tedy až 12 let ve funkci. Nějaké omezení opakování tam však je a být má, aby se zase složení úplně nezakonzervovalo. Je tu tedy výslovné určení doby, po kterou dotyčný členem Rady být nemá; karanténa je konkrétně stanovena na dva roky, a odstraňuje potíže s výkladem toho, znamená ono obvyklé „dvě funkční období za sebou“. Tím se ostatně stává i významným argumentem pro můj závěr uvedený v závěru, totiž že obecně v těchto případech musí jako karanténa uplynout celé jedno zákonem stanovené funkční období (argumentace je zřejmá: má-li postačit jen část funkčního období, je k tomu třeba zvláštního ustanovení tak jak tomu je v zákonu o vinohradnictví a vinařství).

O zasvěcenosti tvůrců zákona ostatně svědčí i to, že na rozdíl od Dozorčí rady u této Rady chybí ustanovení o (jaksi náhradním) výkonu funkce až do ustanovení nástupce. Je to jen zdánlivě asymetrické, ve skutečnosti jde o to, že Poslanecká sněmovna možná člena zvolí, možná to z různých důvodů nedokáže; ministr však nese normální odpovědnost za to, že jmenování provede. Zákon o vinohradnictví a vinařství, kdo by to čekal, tak poskytuje přímo model toho, jak by měla být zpracována ustanovení směřující k adekvátnímu složení kolegiálního orgánu při maximálním zachování jeho funkčnosti.

V tomto srovnání se jako zcela nepromyšlená jeví ona ustanovení, kde se stále opisuje ono obvyklé „nejvíce dvakrát“. Je to třeba v případě:

- Rady Ústavu pro studium totalitních režimů (zákon č.181/2007 Sb.): *Nikdo nemůže být zvolen více než dvakrát za sebou.*
- dozorčích rad veřejných výzkumných institucí (zákon č.341/2005 Sb.): *Tatáž osoba může vykonávat funkci člena dozorčí rady nejvýše 2 po sobě jdoucí funkční období.*
- Rady pro výzkum, vývoj a inovace (zákon č. 130/2002 Sb.): *Člen ... může být jmenován nejvýše na dvě po sobě následující funkční období.*

Ve srovnání s jinými, shora uvažovanými a zdařilejšími ustanoveními je zřejmé, že takto formulované normy výklad vyžadují. Lze proto přikročit k určitým závěrům.

V. Závěry pro kolektivní orgán

I u členů kolektivních orgánů bývá nezřídka stanoveno omezení pro opakování, které zní zcela obdobně jako shora uvažováno pro orgány individuální – tedy něco jako „ne více než dvakrát“. Přitom je zajímavé, že i tady ta omezení bývají takřka

vždy právě na dvě, a to bez ohledu na to, jak dlouhé to které funkční období je. Podobně jako v pohádkách jsou přání nebo princezny vždycky tři.

K výkladu těchto ustanovení je ale třeba přistupovat poněkud jinak než u orgánů individuálních. Za stejné považuji to, že předvídaná dvě navazující opakování nebrání tomu, aby se členství opakovalo vícekrát, při zachování přestávky nebo přestávek jako u orgánů individuálních. Za nestejné naopak považuji to, že člen vykonavší dvě navazující období pak není nahrazen konkrétním jiným nástupcem, jako třeba prezident nebo děkan, ale jen on sám ve funkci končí, a klade se tedy otázka, kdy může být ustanoven do stejné kolektivní funkce znovu. Musí podle mého názoru uplynout doba jednoho celého funkčního období, a to ať už je stanoveno pro celý orgán, anebo každého člena zvlášť.

Je-li tedy někde stanoveno např. čtyřleté funkční období, lze podle mého názoru touž osobu jmenovat znovu nejdříve po uplynutí 4 let od skončení jejího funkčního období. Nelze ji jmenovat jakmile se v daném kolektivním orgánu uvolní nějaké místo, protože tak by podmínku nebylo dost dobře možno považovat za splněnou. A tím spíše ji nelze jmenovat tak jak se stalo v úvodem zmiňovaném případě české Rady pro výzkum, vývoj a inovace: Všichni členové (vyjímaje předsedu, jímž byl předseda vlády) byli jedním vládním usnesením odvoláni, potom orgán několik týdnů jaksi neexistoval, a při opakovaném jmenování členů, kterých se to týkalo, bylo argumentováno, že díky těm několika týdnům na sebe jejich druhé a třetí funkční období nenavazují.

Kontakt

barta@ilaw.cas.cz

Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, katedra obchodního práva,
Brno, ČR

Racionalita regulace rozhodování, a regulace racionality rozhodování¹

Abstrakt

Regulace ekonomiky se obvykle pohybuje v silovém poli mezi 1) snahou o vytvoření vyváženého férového neutrálního systému se zásadním potenciálem autoregulace, resp. snahou o jeho funkčnost; 2) snahou o prosazení různých skupinových a dílčích zájmů; 3) neuvědomělými limity lidské a korporátní racionality. Předpokladem racionality regulace je přijetí faktu iracionality regulovaných subjektů a proporcionality různých zájmů. Soutěž přitom není vždy nejlepším řešením.

Abstract

Regulation of economics takes place among following tensions: 1) effort to achieve a working, fair and neutral system involving strong autoregulative possibilities, or to keep it workable; 2) effort to put through different group- and particular interests; 3) unconscious limits of human- and corporate rationality. Rationality of regulation presupposes to accept the irrationality of the regulated entities and of proportionality of different interests involved. Competition sometimes is not the best solution.

Úvodem

Věčná a nikdy nekončící tenze mezi liberálním pojetím ekonomiky, které spoléhá především na svobodnou soutěž a odmítá státní intervencionismus, a plošnou či odvětvovou regulací, která si zakládá na osvíceném poznání potřeb, možností a cílů prosazovaných regulatorními zásahy, má hodnotový charakter. Proto je také principiálně neřešitelná (trvalým) vítězstvím té či oné vyhraněné pozice. Můžeme sledovat spíše bláhové a krátkodeché pocity vítězství těch či oněch doktrinářů, založené především na politickém „dopingu“ jejich představ a na obsazení rozhodujících mocenských či akademických pozic představiteli toho či onoho „náboženství.“

¹ SOUČÁST ŘEŠENÍ PROJEKTU GA ČR 13—14244S (Princip rovnosti a ochrana tzv. slabší strany v podmínkách ekonomické nerovnováhy a informační asymetrie podnikatelů prostředky veřejného práva)

Vycházím z empiricky opodstatněného předpokladu, že regulace ekonomiky se obvykle pohybuje v silovém poli mezi třemi vrcholy pomyslného trojúhelníku:

- snahou o vytvoření vyváženého férového neutrálního (soutěžního) systému se zásadním potenciálem autoregulace, resp. snahou o jeho funkčnost;
- snahou o prosazení různých skupinových a dílčích zájmů;
- neuvědomělými limity lidské a korporátní racionality.

Domnívám se, že zatímco racionality regulace rozhodování dosáhnout lze, regulovat racionalitu vlastního rozhodování lze sotva, protože rozhodování pojmově obsahuje iracionální prvky. Racionalita v tomto smyslu znamená identifikovat tyto iracionální prvky a umět je vzít v úvahu a počítat s nimi. Patologická (eticky), byť účelná (ekonomicky) podoba takové racionality znamená umět tyto iracionální prvky rozhodovacích situací zneužít ve svůj vlastní prospěch a v neprospěch konkurentů či spotřebitelů.

1. Vztahy mezi regulací, deregulací a autoregulací²

Rudolfu Jheringovi se připisuje hluboký postřeh o podstatě regulace a autoregulace, podle něhož má (právní) *regulace* smysl jen tehdy, nepůsobí-li tržní *autoregulace* a ani individuální *autoregulace* (kdy se i monopolista může na trhu chovat slušně z obavy před tím, že v opačném případě by se od něj mohli spotřebitelé v budoucnosti odvrátit, pokud by se na trhu případně objevil monopolistův konkurent).

Chápu Jheringovu myšlenku³ tak, že dokonce individuální autoregulace je vlastně derivátem tržní autoregulace (strachem z budoucí možné tržní autoregulace); dále že autoregulace ekonomiky je základním žádoucím stavem a že regulace je jejím možným substitutem, ale použitelným nikoliv apriorně (ex ante), ba ani paralelně s autoregulací, ale až v případě, že tržní autoregulace (jejímž druhem je i autoregulace individuální⁴) selhává.

Domnívám se, že redukce individuální autoregulace na pouhý strach z budoucího neúspěchu, pokud by se objevily soutěžní podmínky, je neoprávněná. I monopolista může mít nesporně motivace ke slušnému chování, vyvěrající z jiných (i mimoekonomických) hodnotových zdrojů. Nejsem však takový idealista, abych se domníval, že se monopolista chová na trhu tak, jako kdyby existovala účinná soutěž, významně často (chová-li se takto vůbec).

Regulaci v ekonomice chápu jako soubor jakýchkoliv právních nástrojů ukládaných státem, které ovlivňují ekonomické aktivity lidí.⁵ Mezi tyto právní

² Používám svůj upravený příspěvek „Regulatorní prostředí a trh“, přednesený na konferenci katedry ObchP PrF MU „Regulace, deregulace, autoregulace“, 18.12. 2006.

³ Jejíž zdroj nejsem bohužel s to identifikovat, protože o ní vím jen z „druhé roky“.

⁴ Z tohoto hlediska pokládám za nevěrohodná tvrzení, že podniky s tržní silou mají významnou motivaci ke snižování cen, pokud jejich náklady klesají, a že tato motivace pravděpodobně vzrůstá s růstem tržní síly (srov. Yde, P., Vita, M.: *Merger Efficiencies: The „Passing-On“ Fallacy*, Antitrust, Vol. 20, Nr. 3, Summer 2006, str. 59 a násl.).

⁵ Shodně Basedow, J.: *Mehr Freiheit wagen*, Mohr Siebeck, 2002, Tübingen, str. 21.

regulatorní nástroje patří nejen kogentní, ale i dispozitivní právní normy, neboť i ony regulují, nedohodnou-li se strany jinak (čili neautoregulují-li).

Z pojmu samotného je zřejmé, že regulace nemůže než zúžit prostor hospodářské svobody jednotlivců a korporací. Deregulací je tedy každé rozšíření prostoru ekonomické svobody,⁶ které samozřejmě předpokládá, že před tím byl tento prostor regulací zúžen.

Regulaci v ekonomice chápu i jako pojem příbuzný centralizaci, deregulace je naopak pojmově spojena s přesunem autoregulačního působení na trh, což je svého druhu decentralizovaný „mechanismus“.

Samotná regulace bývá *několikastupňová*. Jeden druh vertikálního členění regulace spočívá v tom, že jde často o úpravu podmínek podnikání v určitém *odvětví* a v zájmu určité skupiny toto odvětví ovládající. Ovlivnění státních orgánů touto zájmovou skupinou, která k prosazení svého zájmu použije stát jako celospolečenskou organizaci, dává nezřídka zájmům skupinovým zdání legitimacy, protože mohou být presentovány jako zájmy celospolečenské (státní). Přitom se příslušníci této zájmové skupiny nemusí uchýlovat ke kartelizaci - regulace ji může z jejich pohledu funkčně zastoupit,⁷ ba i předčít. Zájmové skupiny přirozeně dají přednost legální regulaci vynucované státní mocí, nežli riskantní a ilegální kartelizaci, která je státní mocí potírána.

Regulace určitých odvětví či činností státem nelze tedy paušálně považovat za případy, kdy je třeba i proti vůli svobodmilovných regulovaných subjektů vnucována vůle státní. V některých případech je naopak tato regulace vítána, zájmové skupiny ji iniciují a za její přijetí lobbují, neboť ona kýžená regulace je z hlediska efektivnosti dotčených *odvětví* velmi výhodná. Je tedy zřejmé, že ony *obecnější* cíle, za jejichž závojem se regulace prosazuje, mohou být podstatně zkresleny *soukromými* zájmy prosazovatelů regulace, kteří si tak pod věrohodnou záminkou veřejného zájmu „přihřejí svoji soukromou polívčičku“.

Zdá se, že současné západní společnosti postupně degenerují v důsledku choroby kasuistických regulací motivovaných skupinovými zájmy vydávanými za obecně prospěšný účel. Přčetné, předlouhé a komplikované zákony nejsou ani fyzicky zvládnutelné; jen úzcí specialisté je (snad) po určité době ovládají. Předpisy jsou plny speciálních opatření, výjimek a úlev prosazovaných lobbisty těch odvětví, jejichž fungování mají zákony upravovat. Hovoří se dokonce o „uchvácení prostřednictvím regulace“.⁸

Jiný druh vertikálního členění regulace je *věcný* (předmětový). Regulace může spočívat v tom, že se reguluje určitá odvětvová oblast jen tak, že se vytvoří regulační orgán (typicky z kategorie tzv. nezávislých regulačních úřadů) s nepřesně nebo jen rámcově vymezenou působností. *Vlastní* regulace v ekonomice probíhá až v rámci činnosti tohoto orgánu, která může být v závislosti na konkrétní politické konstelaci ve společnosti a na personálním obsazení regulačního úřadu více či méně intervencionistická. Rozhodující je pak politická „šikovnost“ podnikatelů, kteří mohou tento orgán ovlivnit. Regulační orgán může mít i podobu nestátního

⁶ Basedow, J.: Regulierung und Wettbewerb in Marktwirtschaftlichen Ordnungen, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Trier 2003, str. 4-5.

⁷ Tamtéž, str. 6.

⁸ Srov. Leibovich, F.: This town, Penguin Group (USA), 2013. Ref. Zakaria, F.: Kořeny washingtonské nemoci, Respekt 2013, č. 33, str. 18.

samosprávného stavovského orgánu, který reguluje nejen *přístup na trh a ev. vyloučení z trhu*, ale pomocí stavovské autoregulace (např. etického kodexu, ale též třeba ceníkem výkonů) upravuje také *chování* účastníků na trhu (srov. veterinární, lékařské, advokátní a jiné komory).

Variantou této situace je případ, kdy se nereguluje odvětvový úsek ekonomiky, ale regulace má *průřezový* charakter. Právní regulace ochrany soutěže, ale i ochrany proti nekalé soutěži, je vlastně *regulací regulátoru*, který nemá institucionální podobu (soutěž jako fungující stav ekonomiky není totéž, co antimonopolní úřad jako instituce). Díky regulaci hospodářské soutěže se zajišťuje přítomnost soutěže na trhu, resp. - v případě, že soutěž existuje, její poctivost - díky regulaci tedy působí autoregulátor (soutěž) - jde o druh *regulované autoregulace*. Naproti tomu regulace v odvětvích bez soutěže znamená absenci autoregulátoru trhu, a může do jisté míry chybějící soutěž nahradit.

Dělení na regulaci ex ante a regulaci ex post může být v některých případech odůvodněné. Tak např. úřady bezpečnosti práce nebo úřady pro atomovou bezpečnost či úřady hygienické správy mají především preventivní opodstatnění (regulace ex ante), obchodní inspekce naproti tomu je příkladem regulace ex post. Přitom samozřejmě každý ex post zásah působí nepřímo a do budoucna generálně i individuálně preventivně.⁹

2. Regulace nebo soutěž?

Absence systémové autoregulace v podobě fungujícího soutěžního trhu nutně neznamená, že by nemohla v daném odvětví existovat funkční autoregulace individuální (na monopolních trzích) nebo kolektivní (v případě, že je trh teritoriálně rozdělen a není na něm soutěž - např. u určitých notářských služeb).

Individuální i kolektivní autoregulace může být též funkčním doplňkem i na soutěžních trzích (srov. etické kodexy různých zájmových sdružení a asociací, komor svobodných povolání, apod.).

Zájem na udržení funkční soutěže se nejen teoreticky může, ale přirozeně musí střetnout i s jinými, mimoekonomickými cíli (např. se zdravotními aspekty, s ochranou životního prostředí, s energetickou politikou, zajištěním obranyschopnosti, řešením nezaměstnanosti apod.) Hodnocení takových zájmových konfliktů předpokládá navýsost politické rozhodnutí o převaze té či oné hodnoty v daném případě.

⁹ Není podle mého názoru přesné řadit orgán pro ochranu hospodářské soutěže mezi „regulátory ex post“ (srov. Mlsna, P.: Regulace ex ante a ex post v oblasti elektronických komunikací, Právní zpravodaj 2005, č. 6, str. 11). V případě i zákazu zneužití dominantního postavení vystupuje sice ÚOHS jako regulátor ex post, ale může i ex ante samotnému vzniku dominance nebo alespoň jeho zneužití zabránit i strukturální regulací ex ante (neschválením spojení soutěžitelů) nebo behaviorální regulací (povolením fúze s uložením behaviorálních závazků znemožňujících zneužití tržní moci).

Pro opuštění anonymního „autoregulátora“, jakým je hospodářská soutěž, a pro příklon k odvětvové regulaci, musí existovat zvlášť dobré důvody. Obvykle¹⁰ se za ně pokládají

- tržní selhání (externality, přirozený monopol, ničivá soutěž, veřejně prospěšné podniky);
- tzv. politicky důležité ekonomické i mimoekonomické cíle (např. veřejná bezpečnost, obrana...), ale i sporné představy o jednotných sítích (telekomunikace, pošty, železnice, zásobování energiemi...);
- asymetrická informace a motivace účastníků trhu;
- oportunistické chování účastníků trhu;
- škodlivé důsledky soutěže pro společnost;¹¹

a. Tržní selhání

Externality pozitivního typu (náklady vynaložené jinými účastníky trhu nesdílí, ale na výhodách jimi financovaných se podílí) lze pomocí regulace kompenzovat a vyrovnat tak soutěžní výhodu (zkreslující soutěž), kterou předtím požíval účastník trhu, který výhody nespolufinancoval. Příkladem může být regulace povinnosti platit za užívání dálnic. Finanční transfery mohou být samozřejmě prováděny i prostřednictvím daní, ale tam se adresná vazba mezi výhodou a platbou může velmi rozvolnit nebo zmizet úplně (i podnikatel, který nebude platit daň z příjmu proto, že je ve ztrátě, by měl platit dálniční poplatek, pokud k podnikání dálnici užívá).

Externality negativní (účastník trhu způsobuje náklady ostatním a sám má výhody z jejich způsobení – např. vyšší zisk kvůli porušování ekologických nebo bezpečnostních a dalších norem) mohou být jako soutěž narušující jev internalizovány u jejich původce. V obou případech je regulace komplementární k soutěži a napomáhá jejímu autoregulačnímu vlivu, který by bez regulace byl zdeformovaný.

Tzv. přirozené monopoly, u nichž nelze dost dobře regulovat vstup na trh, ani je nelze z trhu vyloučit, mohou být podřízeny doзору nad chováním na trhu. Tradiční argument o „přirozenosti“ celkového monopolu v síťových odvětvích je přitom zavádějící, neboť je oprávněný, jen pokud jde o strukturální monopol; soutěž v síťovém odvětví může být přesto vytvořena a regulatorně vynucena či podpořena i ve stávající infrastruktuře - tedy aniž by se nutně musela infrastruktura znásobovat. Nepostačí asi jen ex post uplatňovaná soutěžněprávní doktrína „podstatných zařízení – *essential facilities*“,¹² ex ante regulace infrastrukturních monopolů by byla účinnější.¹³ Je třeba též uznat, že někdy jsou v pozadí snahy o udržení tzv.

¹⁰ Přebírám a komentuji klasifikaci J. Basedowa, uvedenou v cit. práci (2003), str. 8 a násl., a inspiroji se i některými postřehy uvedenými v Berringer, Ch.: *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, Verlag C.H. Beck, München 2004, str. 230 a násl.

¹¹ Srov. např. Stucke, M. E.: *Is competition always good?* *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, No. 1 (2013), str. 162 – 197.

¹² V evropském i v českém právu tato doktrína již zdomácněla – srov. § 11 odst. 1, písm. f) ZOHS.

¹³ Zejména pokud by byl doplněn institucionálně nadodvětvovým regulačním úřadem se zárukou rotace úředníků, znesnadňující jejich nadměrnou zájmovou identifikaci

přirozeného monopolu tradicionalistické představy o jednotném standardu určitých služeb na celém území státu, které nejsou ekonomicky, ale čistě politicky (rovnostářsky) podmíněny.¹⁴

Soutěž je vždy ničivá pro toho, kdo v ní neuspěje; jde slovy J. Schumpetera o „tvořivou destrukci“. Někdy mohou nastat mimořádné případy nárazovitého objektivního výkyvu v ekonomických podmínkách, po jehož odeznění by soutěžitel mohl dále pokračovat v činnosti, ale jejichž plný dopad by jej z trhu vyřadil (včetně zániku pracovních míst, dopadů pro místní kupní sílu, apod. V těchto případech se regulace zaměřuje na možnosti veřejné podpory, v některých zemích se umožňují i tzv. strukturálně krizové kartely apod. V důsledku je soutěž *perspektivně* posílena (za cenu svého *aktuálního* zkreslení) tím, že z trhu náhle nezmizí její účastník, který přitom má předpoklady se na něm udržet.

b. Konflikt cílů

Strategické důvody sektorové průmyslové a obchodní politiky (např. potravinová, surovinová, energetická, vojenská bezpečnost) mohou stát v pozadí výjimek z anonymní a neadresné soutěžní autoregulace směrem k regulaci.¹⁵ Může jít též o protekcionismus („národní šampióni“), tedy o ochranu určitých skupin domácích výrobců či obchodníků před výkonnější konkurencí ze zahraničí. Antidumpingové zákony přitom k tomuto účelu sloužit nemají, neboť jsou určeny k zábraně prodeje pod náklady.

V poslední době lze na úrovni EU sledovat (evidentně jako důsledek ztráty důvěry v neoliberální pojetí ekonomiky po nedávném nástupu hospodářské krize) posun od důrazu na volnou soutěž k hodnotám zaměstnanosti a sociálního smíru. Soutěžní politika má působit k tomu, aby jiné politiky nebyly tržně destruktivní; nemá být cílem ochrana soutěže sama o sobě, ale v rámci „holistického přístupu“ má jít o její přínos k dosažení sociálně tržních cílů EU.¹⁶ Úzce pojatá mikroekonomická efektivnost ani (vesměs krátkodobý a redukovane ekonomicky pojmávaný) blahobyt spotřebitele jakožto cíle evropské soutěžní politiky nemají stát v cestě obecnějším cílům evropské integrace.

c. Asymetrie na trhu

Asymetrie v informacích a motivaci účastníků trhu stojí někdy v pozadí ochranných regulací typu úpravy spotřebitelských smluv, povinného nebo zakázaného obsahu všeobecných obchodních podmínek, apod. Jde o nástroj obsahové kontroly alespoň základní obsahové vyváženosti právního vztahu.

s regulovanými odvětvími, jak to navrhla německá Monopolní komise již ve svém hlavním stanovisku za r. 2000/2001 – srov. Basedow, J., v cit. práci na str. 18.

¹⁴ Srov. požadavek na stejnou cenu svozu odpadků v katastru města nebo poštovních služeb na celém území státu, který přitom předpokládá „křížové financování“ venkovských a méně zalidněných oblastí na úkor plátců z oblastí s vyšší hustotou osídlení, v nichž jsou služby poskytovány mnohem efektivněji.

¹⁵ Podrobněji viz Bejček, J.: Cílové konflikty v soutěžním právu, Právník, 2007, č. 6, s. 663-689.

¹⁶ Srov. Lianos, I., The European Union after the Treaty of Lisbon, Cambridge University Press 2012, str. 2661-262, in Šmejkal, V.: Ochrana soutěže – ve jménu efektivnosti a spotřebitelů nebo růstu a zaměstnanosti? Antitrust 2013, č. 2, str. VII.

Jedná se tu zdaleka nejen o praktickou otázku pozitivisticko-právní, ale o eminentní právně politické a právně filosofické téma. Jeho osou je hodnota smluvní svobody, autonomie vůle a rovnosti stran, které jsou místy korigovány zájmem na ochraně tzv. slabší strany. Tato hodnota se ve vztazích upravených obchodním zákoníkem přirozeně dostávala do pozadí a zdůrazňovala se tradičně zásada rovnosti mezi profesionály.¹⁷

U spotřebitelských smluv je tomu jinak. Typicky se za slabší stranu pokládá právě spotřebitel kvůli slabšímu mocenskému postavení ve vztahu, kvůli vyšší závislosti na obchodníkovi nežli je tomu v opačném směru, kvůli informační asymetrii ve prospěch obchodníka, kvůli neprofesionalitě průměrného spotřebitele a jeho většímu sklonu k ovlivnění vlastní vůle a k celkově iracionálnějšímu rozhodování nežli u profesionálního obchodníka.

Regulatorní problém je lobbistický tlak na expanzi ochrany různých slabších, např. . středních a malých podnikatelů nebo dodavatelů obchodních řetězců s tzv. významnou tržní silou; ten problém spočívá v konkurenčním postavení *individuální* ochrany malých a středních dodavatelů na jedné straně, a depersonifikované (institucionální) ochrany *soutěže* mezi těmito dodavateli navzájem, ochrany soutěže mezi velkými distributory navzájem a ochrany spotřebitele na straně druhé. Regulace obchodů, v nichž na straně poptávky vystupují tzv. velké řetězce, narušuje soutěžní boj mezi nimi samotnými a zkresluje soutěž i na straně nabídky. Přesun zisku od prodávajících ke kupujícím (označovaný též mnohdy jako vykořisťování prodejců velkoodběrateli) umožňuje kupujícím přenést jeho část na spotřebitele v podobě nižších cen. Je tedy takový přesun, který vytváří až mezní tlak na efektivitu dodavatelů, v zájmu spotřebitelů, pokud se nižší nákupní cena na ně přenesou v podobě snížené maloobchodní ceny. Cenový tlak odběratele na prodávajícího samozřejmě může vést i ke snížení kvality zboží při stanovené ceně, což v zájmu spotřebitele naopak není.¹⁸

Ochranářská pozice ve prospěch tzv. slabšího je v naší mentalitě zakotvena asi silněji než v tvrdším a liberálnějším anglosaském prostředí a nemůže se přirozeně neprojevit v právním řádu. Spíše u nás převládá obava, abychom neopomněli zregulovat něco, co by se ještě zregulovat dalo, na rozdíl od mentality amerického zákonodárce, který je jato spíše obavou, aby nereguloval něco nadbytečně. Přitom je zřejmé, že obchodní transakce mezi rovnými neexistují – jde jen o idealizovanou fikci a nerealistický model.¹⁹ Vyjednávací síla partnerů je vztahová záležitost a liší se případ od případu. Jde o legitimní nástroj konkurenčního boje. Ekonomická závislost jedné strany vztahu na druhé je úplně normální a námitky vznikají zejména

¹⁷ Srov. Eliáš, K., Havel, B., in Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol.,: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, 5. vydání, Praha. C.H. Beck, 2010, str. 9.

¹⁸ Klíčové je zjištění, zda nákupní síla vede ke snížení nákupních cen které se odrazí v nižších spotřebitelských cenách, nebo ve zvýšení kvality, a nebo zda kupující prostě jen získá zboží za minimální cenu a poté konečnou cenu pro spotřebitele zvýší a/nebo kvalitu sníží. Srov. Bloch, R.E., Brown, J.S.: Significant Developments in Monopsony and Buyer Power Issues, The Antitrust Review of the Americas, 2008, Global Competition Review, special report, str. 37.

¹⁹ Blíže viz Bejček, J.: Obchodní řetězce a právní problémy jejich činnosti, Obchodní právo 2000, č. 1, str. 9 nsł. Týž: Úprava tzv. významné tržní síly: přirozený krok k ochraně spotřebitele a slabšího nebo „papírový tygr“ (a škůdce soutěže a spotřebitele)? Bulletin advokacie 2012, č. 7-8, str. 15 – 25.

v případě, že je trvalá. Odhaduje se spíše intuitivně. Pokusy jej legálně vymezit²⁰ nebyly úspěšné. Úroveň tápající regulace tomu odpovídá.

d. Oportunismus

Oportunistické chování účastníků trhu vzrůstá s délkou trvání právního vztahu²¹, neboť původní zájmová rovnováha je stále ohroženější a může se též měnit původní představa o vyhovující ekvivalenci vzájemných protiplnění. Volání po regulaci je proto slyšet především na trzích charakterizovaných dlouhodobou smluvní spoluprací.

Koalice příznivců různých regulací jsou proměnlivé, ale velmi silné, protože jsou často „poháněny“ nejen vznešenými a obecně akceptovaným veřejným zájmem, ale nezřídka skupinovým sobectvím nebo touhou po moci (spojenou s možností osobně korupčně těžit z rozhodovací pravomoci), nebo směsí těchto a dalších motivů. Příznivci regulací jsou z povahy věci odpůrci autoregulace, tedy i odpůrci parametrického a anonymního soutěžního prostředí.

²⁰ Jako vztah soutěžitelů, v jehož rámci vyjednávací pozice jednoho z nich mu umožňuje vstupovat do smluvního vztahu s ekonomicky závislým soutěžitelem za podstatně výhodnějších podmínek, než by tomu bylo bez takové vyjednávací pozice (srov. Petr. M.: Právní úprava tzv. ekonomické závislosti, Právní zpravodaj 2007, č. 5, str. 5). Je evidentní, že „definice“ je tautologická a nevymezuje vlastně vůbec nic; nicméně „relační“ charakter tzv. ekonomické závislosti (že záleží konkrétně na tom, mezi kým má existovat) je zřejmý. Slovenský pokus definovat tržní moc absolutními údaji o obratu řetězce (v Zákoně o obchodných reťazcoch č. 358/2003 Zb.) narazil na odmítavé stanovisko Evropské komise kvůli diskriminačnímu vlivu na mezinárodní řetězce a Slovensko muselo svůj zákon upravit. Komise vyčítala zákonu omezování hospodářské soutěže zejm. tím, že zákon definoval „ekonomickou sílu“ překročením určitého ročního obratu (tedy podobně jako v českém zákoně č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle), což bylo podle EK diskriminační hlavně vůči velkým obchodním řetězcům a vytvářelo to překážky volnému pohybu zboží a služeb. Po novelizaci se na Slovensku „ekonomická síla“ vymezovala kvalitativně, ale nic neříkajícími slovy jako „pozícia prevádzkovateľa obchodného reťazca vo vzťahu k jej dodávateľovi.“ Srov. <http://ekonomika.etrend.sk/ekonomika-slovensko/vlada-novelizovala-zakon-o-obchodnych-retazcoch.html>, přístup 23. 3. 2012. Zákonem č. 172/2008 Zb., o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch byl zrušen zákon o obchodných reťazcoch z r. 2003. Zákonem č. 140/2010 Zb. o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny (sektorovost namísto dřívější průřezovosti) byl zrušen zákon č. 172/2008 Zb. Dne 28.6. 2011 byl zákon o nepřiměřených obchodních podmínkách bez náhrady zrušen s účinností k 1. 8. 2011, a to zákonem č. 207/2011 Zb. (za mohutných protestů zemědělsko – potravinářské lobby). Nová slovenská politická reprezentace zvažovala v roce 2012 jeho znovuzavedení. Viz. <http://video.sita.sk/videoservis/smer-sd-avizuje-aj-znovuzavedenie-zakona-o-obchodnych-retazcoch/24836-play.html>, přístup 23.3. 2012. Vývoj dospěl k zákonu 362/2012Zb., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorých predmetom sú potraviny. Ide zcela evidentně o *politický*, tedy zájmový, a nikoliv právní problém. Právní argumenty slouží jen jako nástroj legitimizující či delegitimizující protichůdné hospodářsko-politické skupinové zájmy.

²¹ Srov. Basedow v cit. práci na str. 12.

e. Škodlivost soutěže?

Přirozený lidský sklon k soutěživosti a víra v její blahodárné účinky jsou uznávány a sdíleny obecně. Soutěž se však odehrává v rámci právního řádu (regulací) a umělých institucí. Obecné uctívání přínosů soutěže (optimální alokace zdrojů, růst kvality a inovací, rozšíření nabídky a výběru, růstový potenciál, diversifikace moci a tendence k demokracii, růst efektivnosti, atp.) může ve své kvazireligiozitě zastřít, že soutěž může mít také nepříznivé dopady, a že může být vhodnější v některých situacích dát přednost regulaci nebo kombinaci mírné soutěže a regulace. Pojem destruktivní soutěže nemusí být nutně vyhrazen lobbistům, kteří se s jeho pomocí brání zdravé konkurenci; soutěž někdy destruktivní skutečně být může. Někdy může být spolupráce nadřazena konkurenci, pokud ona konkurence vede k snížení společenské kooperace, pokud zvyšuje sobectví a příživnictví („černé pasažerství“), snižuje příspěvky do veřejných statků a celkově společnosti přitěžuje.²²

Některé komodity jsou jako legálně neobchodovatelné z působnosti volné soutěže vyňaty úplně (otroctví, obchod s lidmi) nebo leckdy a leckde podléhají speciální regulaci (speciální chemikálie, zbraně, zemědělské produkty, noviny, malé a střední podniky, apod.). Kromě toho i tam, kde se soutěž pokládá za přínosnou, se chrání též její nezbytná kvalita (férovost); čili za přínosné se nepovažují všechny formy soutěže. Soutěžitelé mohou usilovat o to, aby spotřebitelům umožnili v situaci jejich přepokládané omezené racionality a síly vůle pomoci nalézt nejlepší řešení pro ně (spotřebitele), nebo ovšem také mohou soutěžit v tom, jak co nejlépe slabé stránky spotřebitelů co nejlépe ke svému prospěchu zneužít. Racionální podnikatelé mohou zneužít iracionality spotřebitelů²³ a k opačnému postupu nemají finanční motivaci; nestačí-li (a to zpravidla nestačí) motivace etická, nastupuje právní regulace poctivosti. Nemusí přitom jít jen o trhy, na nichž panuje monopol nebo oligopol, byť je v tom případě snadnost, svůdnost a dostupnost zneužití tržní moci vůči spotřebitelům samozřejmě evidentní.

Ani otevření přístupu na monopolní nebo oligopolní trh nemusí nutně zlepšit situaci, ale zvýšení konkurence na trhu může situaci i zhoršit. Existuje-li na trhu dostatek spotřebitelů, kteří z různých důvodů nezkoumají kvalitu a cenu zboží na trhu, mohou se nově přichozí zaměřit právě na takové, kteří od nich budou kupovat bez ohledu na kvalitu a cenu.²⁴ Tak mohou podnikatelé soutěžit také v tom, kdo vymyslí chytřejší způsoby, jak přitáhnout a zneužít omezeně racionální spotřebitele s oslabenou vůlí (pokud jich je na trhu dostatek).²⁵ Zostřená konkurence

²² Stucke v cit. práci na str. 168 odkazuje na publikace Stefania Ottone and Ferruccio Ponzano: „Competition and Cooperation in Markets: The Experimental Case of a Winner-take-all Setting“ (2010) 39 J of Socio-Economics str. 163, 169–70 (kde se dokazuje, že interakce subjektů se stejnorodými dovednostmi podporuje spolupráci více než v situacích dokonalé konkurence). Claudia Canegallo a kol. („Competition Versus Cooperation: Some Experimental Evidence“, 2008, 37 J of Socio-Economics 18, str. 24–25) dovozují, že existence soutěže a její intenzita výrazně negativně ovlivňují ochotu ke spolupráci.

²³ Stucke v cit. práci, str. 174 a násl. Uvádí se tu některé typické nekalé obchodní praktiky, jako rámování, kotvení, omyl zapuštěných nákladů, klamavé reklamní triky, apod.

²⁴ Srov. např. pohřební služby, u nichž je vyjednávací pozice pozůstalých veskrze otupena nebo potlačena a spotřebitel se tak trochu stydí smlouvat, jako by nebožtíkovi nechtěl dopřát poslední pocty; nebo výjezdní náborové akce pro seniory kupující z vděčnosti nebo pod nátlakem nepotřebné a předražené spotřební zboží....

²⁵ Podobně Stucke v cit. práci, str. 177.

v podmínkách klesajících ziskových marží vede podle některých studií²⁶ k neetickému chování, které snižuje (ve srovnání s ostatními soutěžiteli) náklady; ostatní soutěžitelé jsou vystaveni soutěžnímu tlaku na následování takových praktik – taková soutěž zhoršuje v důsledku situaci podnikatelů i celé společnosti. Ostrá likvidační soutěž (competitive race to bottom) provokuje tedy egoisticky racionální soukromé chování, které by měla vyvažovat vládní regulace.²⁷ Problémem je jak monopol, tak ostrá soutěž, ale řešením problému soutěže není monopol. Jde (u bank určitě) o dostatečnou, ale nikoliv excesivní soutěživost; ta by vedla k finanční nestabilitě a rizikovému (hazardnímu) chování. Jde o soutěž, která zajistí širokou nabídku služeb a zboží spotřebitelům za rozumnou cenu, ale která není excesivní a ne způsobí krach podnikatelů se systémovými dopady.

Obečným problémem²⁸ s ještě více zničujícími účinky je soutěž mezi státy či jejich nadnárodními uskupeními o co nejvýhodnější podmínky pro zhodnocení kapitálu cestou co nej laxnějších regulačních standardů, která má údajně přinést blahobyt a zvýšení zaměstnanosti. To roztáčí spirálu nedostatečné regulace a suboptimálních výsledků, neboť stále další státy se připojují, aby nezůstaly pozadu v soutěži o to, kde je co více dovoleno (typicky v ochraně životního prostředí a pracovních podmínkách).²⁹

Na druhé straně se dá soutěž (včetně její ochrany) chápat jako negativní externalita, kterou každému konkurentovi přivodí jeho soupeři. Soutěžní tlak vyvolává u soutěžitelů negativní externalitu, které by jinak (bez jeho existence) vynakládat nemuseli (typicky v ochraně životního prostředí). Zejména v krizových situacích může soutěž podnikatele motivovat k porušování práva a k menším investicím do právní prevence (compliance), k úplatkářství v zájmu zajištění zakázek, k daňovým únikům, apod.³⁰

Soutěž by měla zlepšovat pečlivost a odpovědnost, a často to také činí. Neděje se to však v situacích, kdy zprostředkovatelé rovněž soutěží o účast na obchodu jiných. Taková soutěž o příležitosti zvyšuje tlak na zprostředkovatele, aby jednali neeticky.

Typický je příklad ratingových agentur v USA. Klasický požadavek po otevření možností vstupu na trh v zájmu posílení konkurence mezi nimi a v zájmu spotřebitelů

²⁶ Tamtéž, str. 183 se uvádí studie Kenta Greenfielda: *Ultra Vires Lives! A Stakeholder Analysis of Corporate Illegality (with Notes on How Corporate Law Could Reinforce International Law Norms)*, (2001) 87 Va L Rev 1279, str. 1349–51 - podle ní tlak na manažery dosahovat zisku vede k soutěži mezi nimi prostřednictvím nezákonností a k jejich společné škodě.

²⁷ Podle Richarda A. Posnera (*A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent Into Depression*, Harvard UP 2009, xii., str. 242–43) i podle OECD (Bank Competition and Financial Stability, OECD Publishing, 27 October 2011, 24, str. 28–29) by regulace měla napomáhat k omezení potenciálu jakéhokoli škodlivého dopadu soutěže na finanční stabilitu, zejm. ke snížení sklonu bank k převzetí excesivních rizik – srov. Stucke, str. 184.

²⁸ Srov. tamtéž, str. 189

²⁹ V cit. práci (str. 190) se cituje vyjádření o „soutěži nikoliv ve svědomitosti, nýbrž v laxnosti“ a o tom, že pozorujeme „iracionální racionalitu“, při níž uplatňování racionálního vlastního zájmu na trhu vede k podřadnému a sociálně iracionálnímu výsledku.

³⁰ Tamtéž se odkazuje na studii: Andrei Shleifer: *Does Competition Destroy Ethical Behavior?* (2004) 94 Am Econ Rev 414, str. 414–16, v níž se hodnotí mj. posilující vliv soutěže na dětskou práci, na korupci úředníků, na daňové úniky, apod.

se může obrátit (a také se to stalo) ve svůj funkční protiklad. Více soutěže mezi více účastníky sice může nastat, ale může jít o konkurenci směřující k celkové společenské škodě. Funkcí ratingových agentur je řešit informační asymetrii mezi investory a emitenty, umožnit (objektivní a nezájaté!) srovnání úvěrových rizik jednotlivých emitentů a pomocí standardních nástrojů tato rizika porovnat.

Jak však konstatuje zpráva OECD, větší soutěž mezi ratingovými agenturami nemusí být bezpodmínečně pozitivní, protože může za určitých podmínek založit předpojatost a zaujatost ve formě nadnesených ratingů³¹ – ty ovšem popírají nejvlastnější objektivizační a komparativní funkci ratingů. Jde vlastně o oběť za soutěž mezi ratingovými agenturami o podíl na trhu jejich služeb, které jsou tím poptávanější, čím výhodnější rating je agentura schopna emitentovi „zajistit“ pod pláštíkem nestrannosti a objektivitu. Investiční banky nutí ratingové agentury - pod hrozbou, že přejdou k jiné agentuře – k vydání kýženého ratingu, který neodpovídá standardům.

Ratingové agentury kladoucí důraz na krátkodobý profit a na zvýšení svého tržního podílu se mnohdy přizpůsobují; ovšem na úkor kredibility svých hodnocení, na úkor právní jistoty investorů (resp. věrohodně kontrolované a strukturované nejistoty) a zkreslují tím informační funkci a kredibilitu podkladů pro hodnocení rizik. To může mít (a mělo) zdrcující celospolečenské dopady. Existence „zostřené soutěže“ na trhu ratingových služeb je v porovnání s těmito dopady jistě vedlejší a obětováním hodnota, pokud působí samoúčelně nebo dokonce protisystémově a kontraproduktivně.³² Zvýšená soutěž mezi ratingovými agenturami vedla tedy namísto zvýšení kvality ratingu k jejímu snížení ke škodě společnosti. Soutěž vedla ke snížení motivace a ke ztrátě obav ze snížení reputace agentur a v důsledku k poskytování méně kvalitních služeb. Konstatovalo se, že reputační mechanismus funguje patrně nejlépe v podmínkách mírné soutěže.³³

Podobné mechanismy známe z našich podmínek např. u stanic státní technické kontroly způsobilosti motorových vozidel a emisních kontrolních stanic. Podobnosti bychom pravděpodobně shledali i v oblasti soutěže v soukromém školství, která by měla hypoteticky a proklamativně vést ke zvýšení kvality a nároků, ale vesměs vede k pravému opaku. Loajalita ke spotřebiteli a snaha uspět lépe na trhu se může zvrtnout v preferování pravého opaku společenské funkce, která se po podnikatelích žádá. Soutěž zde může fakticky korumpovat obchod. Služby shovívavějšího subjektu jsou na trhu více poptávány a ten, kdo plní svoje úkoly poctivě, ztrácí zákazníky ve prospěch laxnějšího konkurenta; to platí ve zvýšené míře pro období zostřené soutěže. Bylo zjištěno, že nedostatečná kvalita se projevuje v průměru častěji na trzích vysoce kompetitivních nežli na trzích koncentrovanějších.³⁴

³¹ Srov. tamtéž, str. 192.

³² Jeden manager z agentury Moody konstatoval, že „hrozba ztráty obchodu ve prospěch konkurenta, dokonce i když se nenaplní, úplně vychýlila rovnováhu od nezávislého posuzovatele rizika k nedobrovolnému usnadňovateli podstupování rizika.“ Srov. v cit práci na str. 193: Financial Crisis Inquiry Commission, Report US GPO 2011, str. 210.

³³ Srov. Bo Becker and Todd Milbourn: How Did Increased Competition Affect Credit Ratings? (2011) 101 J of Fin Econ, str. 488, podle Stucke, str. 194.

³⁴ Srov. studii Victor Manuel Bennett a kol.: Customer-Driven Misconduct: How Competition Corrupts Business Practices (2013) Management Science (v tisku). Koncept přístupný na <www.hbs.edu/research/pdf/12-071.pdf> str. 7; přístup 24. 8. 2013.

V podobných situacích je regulační rámec (státní dohled), který dbá zejména na kvalitativní standardy, nezbytný.

Klasické schéma pokládat nově příchozí na trh za hrdiny, kteří přinášejí společenský prospěch, se může změnit až tak, že nově příchozí jsou pravděpodobněji než hrdinové vlastně padouši, kteří i jiné nepřímo nutí k neetickému jednání a k porušování zákonů. Týká se to především trhů, na nichž působí zavedené (etablované) podniky, a na něž chce vstoupit nový zájemce, a kde se očekává opakování obchodů v rámci dlouhodobých vztahů. Subjekty nově vstupující na trhu tedy nemusí tedy představovat nápravu nedostatků trhu, ale naopak mohou k tržním selháním přispět.³⁵

Zvýšená soutěž může tedy na některých trzích vést konkurenty ke snižování kvality, a tím k přilákání a udržení zákazníků. Demoralizační tlak spotřebitelské poptávky po takové službě (typu shovívavé technické kontroly, emisní kontroly, lehce dosažitelného vysokoškolského diplomu, apod.) musí být vyvážen hrozbou veřejnoprávní sankce, která poskytovatelům hrozí za porušení standardů. Zatímco dodržování právních a etických standardů je „pouze“ v *dlouhodobém* zájmu všech konkurentů i spotřebitelů, jejich porušení může přinést *okamžitý* (byť krátkodobější) ekonomický prospěch některým konkurentům i spotřebitelům, což je lákavé (a v krizových dobách o to více).

Regulace namísto podpory „soutěže jako takové“ může potom lépe vytvořit situaci, v níž přežití na trhu nezávisí na vstřícnosti podnik vůči svodům nezákonného jednání. Slabý státní dozor nebo vynucování práva mohou vést k růstu nezákonného a korupčního chování, motivovaného zostřenou soutěží. Důraz na etické a sociálně odpovědné chování podniků nestačí a může být bez právní odpovědnosti bezzubý. Pokud tržní mechanismy (soutěž) nutí podniky překračovat zákon, ať už v zájmu zisku nebo i pouhého přežití, tam by měla následovat institucionální odpověď, která soutěž nahradí, resp. alespoň zkoriguje.³⁶

Reakce na suboptimální soutěž (která, jak je zřejmé, není vždy tím nejlepším řešením) je ovšem spíše doménou veřejnoprávní regulace, nežli soukromoprávních substitutů. Každé omezení soutěže nemusí být tedy nutně vnímáno a cejchováno jako svatokrádež, pokud je reakcí na faktický vliv soutěže vedoucí k vykořisťování, neetickému či přímo nezákonnému chování a k popírání jiných uznaných společenských cílů.³⁷

³⁵ Tak Stucke s odkazem na závěry cit. studie Bennett a kol., str. 3, 15 a jinde.

³⁶ Podobně Benett a kol., str. 23. Domnívám se, že je věci právně politického rozhodnutí, zda není v takových případech společensky přijatelnější vyšší koncentrace na trhu a vyšší ceny, díky nimž se omezí korupce, nežli formálně kompetitivní trh prolezlý korupcí a dlouhodobými kontraproduktivními dopady činnosti „soutěžitelů“ zaklínajících se ideologicky až religiózně svobodou soutěže.

³⁷ Variací tohoto sporu může být např. i novela zákona č. 311/2006 Sb. o pohonných hmotách a čerpacích stanicích pohonných hmot, která má v ČR nabýt ještě letos účinnosti. Mj. zpřísňuje podmínky podnikání a zavádí pro všechny distributory paušální dvacetimiliónovou kauci v zájmu snazšího boje proti daňovým únikům. Soutěž se těmito opatřeními určitě omezí; zhodnocení konkurenčních dopadů, které přinesou společenský prospěch, se stalo předmětem ostrých diskusí. Obecné zaměření tohoto příspěvku mi nedovoluje rozvinout tuto tematiku podrobněji na tomto místě.

3. Omezená racionalita a síla vůle spotřebitelů jako racionální důvod pro zavedení regulace

Oportunismus se často snoubí s iracionalitou rozhodování a to jak u jednotlivců (spotřebitelů, ale i podnikatelů), tak i v kolektivním rozhodování. Do hry vstupují nejen ekonomické kalkuly, ale i neuvědomělé faktory, jako omezená racionalita, omezená síla vůle, adaptace a nápodoba, kontext (zarámování, *framing*), předsudky sbedůvěry, optimismu a mnohé další behaviorální faktory.

Z přirozených důvodů nelze vyžadovat po spotřebitelích stejnou míru obezřetnosti a profesionality v ekonomických rozhodnutích jako po profesionálech (obchodnících, podnikatelích). V praxi se tedy ochrana soutěže, svobody a efektivnosti podřizuje do jisté míry právě konkurenčnímu cíli ochrany (blahobytu) spotřebitele.

Ani dokonale informovaný spotřebitel však není *homo economicus rationalis*; jeho skutečnou svobodu a odolnost proti umělému vytváření potřeb³⁸ prostřednictvím (jakkoliv regulované) reklamy a proti tlaku na iracionalitu jeho rozhodování právo sotva může zajistit – to zůstává ve sféře spotřebitelovy zmanipulované „svobodné“ vůle na pospas jeho ev. psychologickým, kontextuálním, situačním a jiným zvláštnostem.³⁹

Přitom tato manipulace spotřebitelem, jež stojí ohromné prostředky a na níž závisí chod celé ekonomiky, zaměstnanost a sociální jistoty, je pro ekonomiku dlouhodobě zničující. Puritánské přesvědčení, že napřed je třeba vydělat a poté utratit, se již dlouho nenosí,⁴⁰ takže na uspokojení uměle vybičovaných potřeb je třeba se masivně zadlužit. Reklama i jen na zboží a služby (nikoliv nutně služby úvěrové) nepřímou a hromadně povzbuzuje spotřebitele k zadluženosti. Vliv na jejich svobodu (mít za cenu zadlužení - a tedy koneckonců existenčního ohrožení - „kýžený“ výrobek, jenž před reklamní masáží ani nepřišel spotřebiteli na um) a dopad na jejich blahobyt je přinejmenším kontroverzní.

Ani sebedokonalejší právní úprava reklamy nesejme z práva ódium jeho instrumentality ve vztahu k „bublinotovorné“ národohospodářské pseudoprosperitě a ke spotřebitelskému pseudoblahobytu na úvěr. Spotřebitelské úvěry vytvořily novou dlužnickou morálku, jež drží ekonomiky tažené poptávkou (co na tom, že uměle vybičovanou a dluhově financovanou?) v potřebných „otáčkách“.

Kromě informační asymetrie je dalším pramenem rizika vlastní spotřebitelova neschopnost či neochota učinit správné rozhodnutí, byť i při dostatečné informovanosti, a tedy sklon chovat se oportunisticky „podle okolností“, jež si běžný spotřebitel ani všechny neuvědomuje. Příčinou může být lehkovážnost, naivita, pohodlnost, časový tlak při rozhodování, malá sebekontrola, apod.⁴¹ Spotřebitelé nejsou často s to stanovit strukturu (kvalitativně) a míru (kvantitativně) vlastních potřeb a v důsledku se mohou rozhodovat impulsivně nebo podle

³⁸ Srov. Galbraith, J.K.: Společnost hojnosti, Svoboda, Praha 1967, str. 152 a násl.

³⁹ Jímž se zabývá takzvaná behaviorální ekonomie.

⁴⁰ Galbraith na to upozornil již před padesáti lety, a to asi nebyl první... viz tamtéž, str. 193 a násl.

⁴¹ Srov. Gans, J.: Protecting consumers by protecting competition: does behavioural economics support this contention? Melbourne Business School, University of Melbourne, 31.5. 2005, str. 2.

primitivních a hrubých pouček a pravidel.⁴² Nemají totiž ve skutečné rozhodovací situaci (v rozporu s předpokladem klasické ekonomie) jasnou hodnotovou a preferenční hierarchii. Poznatky behaviorální ekonomie naznačují, že preference spotřebitelů jsou často situačně specifické a endogenní, a že zdaleka nekončí u maximalizace osobního užitku, jak tvrdí neoklasická ekonomie. Tato rozhodnutí často berou v potaz mravní ohledy a vztah k ostatním.⁴³

Navíc je průměrný spotřebitel snadno zahltitelný již jen několika možnostmi výběru a poskytování dalších možností (ergo zvyšování soutěže) může vést jen k jeho urychlené zkratkovité reakci, která z hlediska klasické ekonomie není vůbec optimální, dokonce při neomezených možnostech přístupu ke všem relevantním informacím.

Známá je finesa s rozsáhlými, drobně tištěnými a obtížně čitelnými obchodními podmínkami ve smlouvách – pokud je spotřebitel líný (nebo jen časově zaneprázdněný) a nevynaloží ani tento minimální transakční náklad na přečtení, jsou prodejci motivováni zahrnovat do smluv podmínky nevýhodné pro spotřebitele - o tom, že existují podmínky jiné, výhodnější (že tedy na trhu hypoteticky panuje čilá soutěž), se spotřebitel ani nemusí fakticky dozvědět a nebere konkurenční nabídky v potaz – vždyť by si je musel také přečíst! Soutěž v takových případech neplní svoje funkce a nekvalifikovaná a iracionální spotřebitelská rozhodnutí ji zkreslují. Přitom tlak na co největší informovanost spotřebitelů může sice teoreticky (bude-li spotřebitel schopen a ochoten je vstřebat) zracionalizovat jeho spotřebitelské rozhodování a chování, ale na druhé straně může taková informační transparentnost podnítit kartelizaci na straně poplávky.

Více soutěže může tedy paradoxně znamenat méně prospěchu pro zmateného spotřebitele. Ani soutěžní prostředí nebrání samo osobě zneužívání a vykořisťování spotřebitelů v důsledku jejich nevědomosti (neinformovanosti) a/nebo rozhodovací iracionality.⁴⁴ Rozhodnutí spotřebitele v takových podmínkách objektivně škodí soutěži, protože poskytuje falešný signál, narušuje alokativní efektivnost. Nelze však spotřebitele reálně donutit, aby se (v zájmu soutěže a dokonce i v zájmu svém) choval „racionálněji“.

Dokonce existují celé obory a podnikatelské agentury, které spotřebitelskou iracionalitu umně využívají ke komerčním účelům. Objevil se termín „neuromarketing“, označující využití studia aktivity spotřebitelského mozku k reklamním účelům; ratingové úvěrové agentury vyvíjejí pokročilé techniky stratifikace spotřebitelů do skupin podle statistické pravděpodobnosti, že budou usilovat o úvěr během 90 dnů...⁴⁵

⁴² Angličtina používá spojení *rule of thumb*, němčina *Faustregel*.

⁴³ Bowles, S.: *Microeconomics: Behaviour, Institutions, and Evolution*, Princeton University Press, New York 2003, str. 97, cit. podle Smith, R. - King, S.: *Does Competition Law Adequately Protect Consumers?* E.C.L.R. 2007, Nr. 7, str. 417.

⁴⁴ Zaznamenal jsem novotvar „*confusopoly*“, což má být označení pro de facto oligopol nebo monopol, který takto na trhu působí díky zmatení (*confusion*) spotřebitelů. Srov. Smith, R. - King, S.: cit. práce, str. 417.

⁴⁵ Stucke, M.S.: *Money, is that what I want? Competition policy and the role of behavioral economics*, nepublikovaný rukopis příspěvku na 4. konferenci ASCOLA, Washington, 16. června 2009, str. 55.

„Svobodná“ rozhodnutí spotřebitelů (ale i soutěžitelů) nemusí tedy být ani zdaleka v jejich vlastním zájmu, neboť ona „svoboda“ je jen klamným názvem pro vytvoření prostoru k uplatnění toho, co se v behaviorální ekonomii označuje jako intuitivní typ intelligence, jež je systematicky iracionální, zkreslená nelogickými zkratkami (*heuristics*) a jež „filtruje“ chladnou nezaujatou úvahu, s níž neoklasická ekonomie chybně a axiomatically (bez důkazu) počítá jako s reálně fungující normou chování. Proto se někdy hovoří o potřebě jakéhosi libertariánského paternalismu, který nechce zbavit spotřebitele možnosti jejich volby, ale který jim tuto volbu chce usnadnit tak, aby systém možností, z nichž člověk vybírá, odpovídal poznatkům o reálném chování lidí, a aby „naznačoval“, co je pro ně nejprospěšnější.⁴⁶

4. Omezená racionalita a vůle podnikatelů

Na první pohled není důvod chránit profesionální podnikatele před výše popsanými psychologickými klamy a limitacemi skutečné svobody rozhodování, byť jde v řadě případů jen o fyzické osoby predestinované vlastní psychikou. Právnícké osoby psychiku nemají – v nejhorším případě je jejich vůle a rozhodování zdeformována psychologickými charakteristikami osob, které jsou jejími orgány nebo za ně jednájí v jiné pozici. Zásada profesionality a formální rovnosti podnikatelů (a s tím spojené právní jistoty) vyžaduje, aby si profesionál (ať už fyzická nebo právnícká osoba) zjednal jiného profesionála, pokud sám není s to analyzovat chování svoje i konkurentovo a adekvátně (racionálně) reagovat, nebo aby v opačném případě sám nesl riziko toho, že tuto nutnost nerozpozná a neuvědomí si ji; pokud o problému své nedostatečné informovanosti a/nebo neracionálního intuitivního rozhodnutí ví, ale spoléhá se, že jej zvládne sám, není důvod ke změně tohoto základního právně politického východiska.

Obecná ochrana tzv. slabší strany proponovaná novým českým občanským zákoníkem⁴⁷ (bez ohledu na to, zde jde o podnikatele nebo spotřebitele a mimo rámec ochrany spotřebitele) je proto krokem do neznáma, resp. je spíše hodnotově - ideovou proklamací a akcentací toho, co dosud spadalo a spadá pod neurčitý pojem zneužití práva a jednání v rozporu s dobrými mravy. Přes formální zakotvení v zákoně půjde tedy (jako dosud) v zásadě o koncept *de facto* judikatorní, neboť teprve judikatura mu postupně vymezí obsah. Není asi reálné očekávat, že se soudy kvůli úpravě v novém občanském zákoníku náhle a výrazně odkloní od dosavadní distinkce na základě obchodního zákoníku, který vycházel ze zásady profesionality.

Předsudky a iracionalita se ovšem nevyhýbají ani korporacím. Někdy i ony obětují zisk a spotřebitelský blahobyť tomu, aby prostě porazily konkurenta.⁴⁸ Někdy tím ovšem mohou v důsledku porazit i sebe. Jde např. o případy tzv. *fusionitis*.

Tvrdí se, že téměř 90% fúzí nepřinese úspěch. Čím „světovějšími“ se společnosti po převzetí stávají, tím je to pro ně komplikovanější.⁴⁹ Podle některých

⁴⁶ Srov. Sobota, J.: Vím, jak vás ovládnout, Respekt 2009, č. 36, str. 47.

⁴⁷ Srov. § 433 zákona č. 89/2012 Sb.

⁴⁸ Srov. Stucke, str. 178

⁴⁹ Před několika lety bylo hodnocení úspěšnosti fúzí příznivější, byť i tak docela dramatické. Psalo se o tom, že je mimořádně alarmující, že zhruba polovina všech těchto transakcí nepřinese účastníkům žádoucí přírůstek hodnoty – srov. Picot, G.: *Wirtschaftliche Aspekte der Durchführung von Mergers & Acquisitions, insbesondere der Gestaltung des*

názorů jsou převzetí následkem pýchy. K nabídkám převzetí dochází proto, že vedení přebírající společnosti neupravilo svá náhodná přecenění případných synergických efektů a zisků z restrukturalizací směrem dolů. Pak dochází k přesunu majetku, ke ztrátě na straně vlastních akcionářů a k ziskům akcionářů cílové společnosti. V této teorii⁵⁰ ztrácí přebírající společnost jasnou podobu. Přebírající společnost a její představenstvo zachází (byť nesporně s těmi nejlepšími úmysly) špatně s majetkem svých akcionářů. Z regulatorního hlediska to nasvědčuje vhodnosti kompenzovat tuto behaviorální iracionalitu manažerů zákrokem ve prospěch ochrany akcionářů přebírající společnosti.

Jiným příkladem může být obstarávání testosteronových injekcí pro makléře na Wall Street v zájmu zvýšení výdrže, chuti riskovat a odvahy. Tyto vlastnosti makléřů mohou sice krátkodobě zjednat určitou komparativní výhodu, ale také mohou společnost přivést k záhubě (a také se to stalo), protože trvalé užívání hormonálního vede k impulzivitě, k touze po zážitcích a ke škodlivému hazardnímu jednání a ke střídání euforických a manických stavů.⁵¹

Na iracionalitu (průměrných) *spotřebitelů*, jakož i na jejich oslabení volní a na jejich připravenost „býti klamán“ myslí mj. celá řada ustanovení z oblasti soukromého práva proti nekalé soutěži, jakož i veřejnoprávních norem (ochrana spotřebitele, regulace reklamy, jako ultima ratio koneckonců i trestní zákon). Iracionalita „průměrného *podnikatele*“ byla dodnes spíše negována s odkazem na jeho profesionalitu. Ve vztahu k podnikatelům se však uznávala jiná charakteristika behaviorální ekonomie, totiž omezená síla vůle, pokud ovšem vyplývala ze strukturálních objektivních ukazatelů obchodního partnera (zneužití dominantního postavení podle zákona o ochraně hospodářské soutěže, zneužití významné tržní síly podle zákona o významné tržní síle). Obyčejná tíseň, která mohla mít u jedince právní následky (možnost odstoupení od smlouvy), byla dosud u podnikatelů irelevantní.⁵² Ustanovení § 1797 nového občanského zákoníku toto diferencované obchodněprávní řešení pro podnikatelský styk přijímá.

Proslulý americký soudce Louis Brandeis kdysi prohlásil, že právník, který nestudoval ekonomii, má silný sklon státí se veřejným nepřítelem. Měl zřejmě na mysli sklon právníků regulovat jednotlivými zákazy a příkazy v rámci pravidel typu „per-se“ vztahy, kde však z ekonomického pohledu vždy záleží na okolnostech a na míře. Možná je třeba se něčeho obdobného obávat i u ekonomů a právníků, kteří nestudovali psychologii spotřebitele a realitu spotřebitelského chování, a kteří spotřebiteli imputují jako konečný cíl maximalizaci dokonale racionálně zváženého ekonomického prospěchu. To prostě není pravda a neodpovídá to realitě, a to nejen u

Transaktionsvertrages, in Picot, G. (Hrsg.): Mergers & Acquisitions: Planung, Durchführung, Schäffer-Poeschel, Stuttgart 2000, str. 10. Jinde se na základě mezinárodní srovnávací studie konstatuje, že v posledních 15 letech většina fúzí vedla ke snižování blahobytu („wohlfahrtsmindernd“ – srov. Schmidt, I.: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Lucius & Lucius, Stuttgart 2005, str. V).

⁵⁰ Roll, R.: The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers, v: Journal of Business, 59. roč. (1986), str. 197 – 216.

⁵¹ Příklad volně převzat z pozdější Stuckeho cit. práce (2013), str. 180 – 181.

⁵² Srov. § 267 odst. 2 obchodního zákoníku.

jednotlivců (spotřebitelů), ale ani u korporací. Ani ty se vždy nechovají jako racionální maximalizátoři svého zisku.⁵³

5. Závěrem

Hlediska behaviorální ekonomie nejsou přes svoji relevanci pro posouzení chování subjektů nadřaditelná nad právní úpravu. Její poznatky mohou využít soudy při analýze férovosti, klamavosti, návodnosti, nátlaku, apod. To vše se může odehrát v rámci posuzování dané obchodní praktiky jako nekalé nebo obecně jednání jako rozporného či souladného s dobrými mravy. Poznatky behaviorální ekonomie nemusí tedy vést ke změnám regulace (byť i tady mohou omezit např. omezenou racionalitu a sílu vůle širším používáním metody opt-out), ale mohou vést ke změnám a ke strukturovanějšímu posuzování dobrých mravů a poctivého obchodního styku. Soudy i úřady asi budou i nadále vycházet z modelu nereálného předpokladu dokonalé racionality chování spotřebitelů i podnikatelů. Důraz na teorie racionální volby však bude patrně klesat ve prospěch vysvětlení skutečného chování na trhu. Pochopení toho, jak se při rozhodování mýlíme a čím jsme ovlivňováni, může vést nejen k přiměřenější regulaci (lépe odpovídající povaze regulovaných subjektů), ale i k adekvátnější lidštější interpretaci a aplikaci práva.

Ekonomika není mechanické soustrojí, ale žije lidmi jakožto výrobci, tvůrci hodnot i spotřebiteli, a také korporacemi tvořenými a ovládanými lidmi, a to v právním a institucionálním rámci vytvořeném lidmi.

Subjektivní faktory ovlivňují i politickou, legislativní a hospodářskou decizní sféru, v níž se rodí, interpretuje a aplikuje řada regulatorních opatření. Proto je předpokladem racionality jakékoliv regulace uznání a akceptace faktu (dílčí) iracionality regulovaných (i regulujících) subjektů a proporcionality různých společenských i individuálních zájmů a hodnot.

Lobbismus se prostřednictvím právní regulace nejen prosazuje a legitimizuje, ale i omezuje.

Neutrální prostředí svobodné soutěže nekorigované regulacemi může nezřídka přinést více škody než užitku.

Obecné námitky vůči tzv. přílišné regulaci jsou bezcenné, pokud se neanalyzuje, zda zcela konkrétní regulace je (ev. v jakém poměru) skupinově egoistickým (lobbistickým) nástrojem nebo korigujícím opatřením, které doplňuje nebo vhodně nahrazuje nefunkční neutrální soutěžní prostředí, nebo které prosazuje společensky uznanou hodnotu i na úkor soutěže.

Kontakt

bejcek@law.muni.cz

⁵³ Srov. Reeves, A.P. - Stucke, E.M.: Behavioral Antitrust, Indiana Law Journal , vol. 86, Number 4, Fal 2011, str. 1540

Ian David Bell, B.A. and Ing. Jana Bellová, Ph.D.

Palacky University, Faculty of Law

Impact of Legal Regulations on Economic Growth

Abstract

The aim of the presented article is to analyse the role which patents play in the economy. We also look into the patent policy and its connection with innovation and discuss the evidence of their impact on the economic growth as we are of the opinion that a patent is a form of legal regulation.

Introduction

The aim of this article is to examine the selected literature available which analyses the effects of patents on economic growth. We believe that a patent is a form of legal regulation and hence view it that way, thus we thought it would be interesting to try and assess the relationship between the issuing of patents and its effect on economic growth. This will be done by dividing the article into the following sections:

1. General overview that presents some general difficulties connected with understanding this area.
2. Economic history which will include the subsections of the following specific industries - Electrical Lighting Industry, The Automotive Industry, The Aeronautical Industry, Chemical Industries. This brief history and examination of these specific industries is vital to understand the complexity of the link between patents and economic growth.
3. Next we will look at the scope of a patent which will include the subsections length, breadth, and scope conclusion. It is also essential to look at the problem of patent scope as it will give an insight on the relationship between patent scope and the relating effects on the economy.
4. We will then move on and look at imitation costs, which are the costs involved in copying a patented innovation. This is obviously an important area and will help us analyse how important the patent system is.
5. Followed by the role of startup companies which are companies that develop a new technological innovation and then try to market it though usually of a small size that can then be a problem as they are often later in the process targeted by larger companies.

6. And patents and economic growth where we try to connect the above mentioned to the economic growth based on the evidence found hence trying to establish the relationship.

Our findings are then finally briefly discussed in conclusion.

1. General overview

Firstly we will look at some of the general difficulties when examining the effect of patents on economic growth. It is important to highlight the difficulties in understanding patents. The economic principles underlying the patent system have not always been well understood, especially in the courts. The difficulty lies in two circumstances: first, that innovation is essentially the creation of information, which has different economic characteristics from goods, and second that the patent system, while effectively dealing with this primary problem of the special nature of innovation, nonetheless creates secondary economic problems.¹

Secondly why have a patent system in the first place? What function does it perform? Patents are perhaps the most important legal instruments for protecting intellectual property rights. A patent confers to an inventor the sole right to exclude others from economically exploiting the innovation for a limited time.² Economists cherish property rights that provide strong incentives for investment and trade, and thereby contribute to economic growth.³ The main argument is that without patents innovators and companies would not invest time and energy into research and development as anyone could come along and use their design or ideas. Without the security of the patent system would anyone innovate as there would be no guarantee that they will be economically better off for their efforts. Patents and rights they provide are extremely attractive to investors.⁴ Is it possible to turn this situation around, for example, if there is a good patent system would it encourage innovation and technological development? A high number of patents and the right patent law may encourage investors to invest more resources in research and development. Thus, both research and development outlays and patent applications seem to be

¹ DAM, Kenneth, W., *The economic underpinnings of patent law* [online] John M. Olin Law & Economics working paper NO.19 (2d series) [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://www.law.uchicago.edu/files/files/19.Dan_.Patent.pdf >

² LANGINIER, Corinne, MOSCHINI, GianCarlo, *The economics of Patents: An overview* [online] Centre for Agricultural and Rural Development, Working paper 02-WP 293 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.card.iastate.edu/publications/DBS/PDFFiles/02wp293.pdf> >

³ BESSEN, James, MEURER, Michael *Patent Failure*. [online] Research on innovation at Princetown university [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.researchoninnovation.org/WordPress/?p=95> >

⁴ QUINN, Gene. *Why patents matter for job creation and economic growth*. [online] Patent Bar Review. [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.ipwatchdog.com/2011/01/02/why-patents-matter-job-creation-economic-growth/id=14170> >

good indicators of technical progress.⁵ So it seems patents are indeed important to the economy and technological progress. But it is a very complicated question what constitutes the right patent law. We will look at this more closely when we look at the scope of a patent.

It can also be argued that the patent system also acts as an information service which informs innovators when there has been a development in their field. The patent issuance system itself has the effect of transmitting knowledge that a new patent has been issued and that, the scope of the invention having been captured, research and development of other firms can be terminated or redirected.⁶ Without the patent system it's possible that many companies would be researching the same thing and may waste valuable time and energy in continuing to do so even though one of them has already achieved this goal. It could also be argued that the patent system would lock out more qualified or efficient innovators. Just because you are the first to patent an innovation it doesn't mean you are the best person to develop it. But is this always the case? Patent protection does, indeed, protect the initial entrants by making it harder for the fast second to compete with them. As a result, patent protection can actually increase the number of initial entrepreneurs and thereby also raise the value of the later product enhancement that the fast second brings to the market.⁷ Contrary to popular opinion, patent protection does not make entry impossible, or even unlikely. Within four years of their introduction, sixty percent of the patented successful innovations in the studied sample were imitated. Nonetheless, patent protection generally increases imitation costs.⁸ So it would appear that patents may not hinder technological innovation. Just because you are not the owner of a patent it doesn't necessarily exclude you from participating in that area. We will delve into this in more detail when we examine the historical use of patents.

2. Economic history

With the industrial revolution you would expect that patents would play a big role in furthering innovation and development, and there are certainly some economic historians that would go a long with this concept. Douglass North casually links patents and property rights and attributes a significant role to patents in the

⁵ GURGUL, Henryk, LACH, Lukasz *Technological progress and economic growth – Evidence from Poland*[online]Econometria, 34/2011 pages 354-386 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < www.ceeol.com>

⁶ DAM, Kenneth, W.,*The economic underpinnings of patent law*[online]John M.Olin Law&Economics working paper NO.19 (2d series) [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://www.law.uchicago.edu/files/files/19.Dan_.Patent.pdf>

⁷ NORMAN, George, PEPALL, Lynne, RICHARDS, Dan.*Innovation, Fast Cesonds and Patent Policy* [online] [cit. 24.6.2013] Dostupné na <<http://ase.tufts.edu/econ/research/documents/2009/normanInnovation.pdf>>

⁸ MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel.*Imitation costs and patents: an empirical study.* [online]The Economic Journal volume 91, number 364/ 1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>

British Industrial Revolution.⁹ But it would seem many economic historians refute this and actually argue the opposite, that patents during the Industrial Revolution actually held back innovation and development to a certain degree. Relatively few English inventors of key technologies prior to the mid-nineteenth century seemed to benefit from patents. Christine MacLeod finds that about nine out of ten English patents arose in industries that saw little innovation.¹⁰ From MacLeods research it would seem to support the notion that indeed the early patenting system hindered technological innovation rather than encouraged it. But other economic historians also point out that perhaps patents and the patent system in the nineteenth century did not play a big role in innovation anyway. Petra Moser, in her study looked at the exhibition at the Crystal Palace (1851) and found that the vast majority of innovations exhibited were not even patented; in fact the figure was as low as eleven percent. Why were so few innovations patented in England? The answer to this question is quite simple if you wanted to enforce your patent at this time there was no guarantee that you would be victorious as patent enforcement in England was uncertain and inevitably expensive. Why would you go through the process of patenting an innovation if it was so feebly enforceable? The situation in the U.S. at this time was very different. British patents were not examined, but American patent examination started in 1836. Patent enforcement was costly and uncertain in England while in the U.S. patent fees were quite low, and a cadre of patent agents and lawyers supported a sector of professional inventors.¹¹ Having a patent system in name proved to be very inefficient in England and only led innovators bypassing the patent system as having a patent to an innovation didn't seem to give the innovator any great deal of protection against the unscrupulous imitator.

It is important not only to look at some historical cases but also some industry specific cases. As has been found patents can have a different effect depending on the industry. The bulk of these innovations occurred in the drug industry. Excluding drug innovations, the lack of patent protection would have affected less than one-fourth of the patented innovations in the research sample.¹² This suggests that patents are not so important in other industries as in the drug industry. Let's see if this assumption bears any fruit.

⁹ BESSEN, James, MEURER, Michael *Patent Failure*. [online]Research on innovation at Princetown university[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.researchoninnovation.org/WordPress/?p=95>>

¹⁰ BESSEN, James, MEURER, Michael *Patent Failure*. [online]Research on innovation at Princetown university[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.researchoninnovation.org/WordPress/?p=95>>

¹¹ BESSEN, James, MEURER, Michael *Patent Failure*. [online]Research on innovation at Princetown university[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.researchoninnovation.org/WordPress/?p=95>>

¹² MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel. *Imitation costs and patents: an empirical study*. [online]The Economic Journal volume 91, number 364/ 1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>

2.1. Electrical Lighting Industry

The first one we would like to highlight is that of the company set up by Thomas Edison, General Electric. What effect did Edison's patent on incandescent lighting have? As you would expect from any new technological innovation there were many other innovators who would have liked to have built upon Edison's discovery. Although the Edison General Electric Company had some difficulty establishing the validity of its basic patent, once it did the industry changed drastically....The company's market share grew from forty to seventy-five percent; entry into the industry slowed from twenty-six new firms in 1892 to eight in 1894. More importantly for our purposes, the validation of Edison's broad patent slowed the pace of improvements considerably.¹³ As Edison was finally awarded a broad patent it allowed his company to effectively keep out any competition. This they did through rigorous use of the courts. It perhaps demonstrates one of the drawbacks of the patent system, that an early innovator can use his patent to keep out competition and, as a result slows down the technological progress in this field. But in this case you could argue that it was the nature of the patent rather than the patent itself that was to blame. It is perhaps a clear example what happens if the Patent Office issues a patent which is too wide. We will examine this more closely when we look at the scope of a patent.

2.2. The Automotive Industry

The Selden patent related to a light gasoline-powered internal combustion engine. It also suffered from the same problem as the Edison patent, that is, it was overly broad. Basically any company which tried to produce a car with a gasoline powered engine could find themselves in court. It is argued Selden was not interested in developing the car industry; he merely wanted to reap the rewards of his early innovation and control the industry through a licensing system. They were willing to license anyone who would acknowledge the validity of the patent and pay royalties; to this end they formed the Association of Licensed Automobile Manufacturers. But the Association's purpose was to collect royalties, and perhaps control competition in the industry, rather than to facilitate orderly technological development.¹⁴ So far from encouraging innovation it seems that early experiences seem to point to the opposite being true, that the patent system acted as a brake to innovation. Thus if innovation is being hampered you would expect this to have a negative effect on economic growth. So arguably from these examples the patent system does not seem to function in a desirable way.

¹³ MERGES, Robert, P. *On the complex economics of patent scope*. [online] 90Colum.L.Rev.839[cit. 24.6.2013] Dostupné na <
<http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/90merg2.html>>

¹⁴ MERGES, Robert, P. *On the complex economics of patent scope*. [online] 90Colum.L.Rev.839[cit. 24.6.2013] Dostupné na <
<http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/90merg2.html>>

2.3. The Aeronautical Industry

Another infamous example of innovation being held back by the patent system was the Wright brothers patent of an efficient stabilizing and steering system in the aeronautical industry. Unlike the example of the Selden patent the Wright brothers were at least enthusiastically involved in the further development in the area of their patent. The Wright brothers were very interested in producing aircraft and in improving their design, and they did so actively. However, there were other important people and companies who wanted to enter the aircraft design and manufacture business. They had their own ideas about how to advance the design of aircraft, and they strongly resisted being blocked by the Wright patent.¹⁵ But sometimes it is not enough to be dedicated to your field of innovation, sometimes competition is needed. In the example of the Wright brothers patent it could be argued any other firms who wished to develop a flying machine or the manufacture of one were taking big enough risks of their own, when considering capital investment and possible returns on that investment. But so far the historical analysis has only really demonstrated the peril of over broad patents.

2.4. Chemical Industries

There is no doubt the chemical industry is diverse and offers a huge range of products of which the huge pharmaceutical companies also play a part. Thus product patents tend to define a well delineated class of substances. Valium is valium and, although subject to some variation, sulphuric acid is sulphuric acid....further, once a new product or use is discovered, it is easy to replicate. Thus patent protection on products or novel ways of applying them is vital if the inventor is to reap returns.¹⁶ It would appear at face value that patents are actually working in the chemical industry at least. But this again may be due to scope, as the development of chemicals and drugs are perhaps more clearly defined in the patent application. Whereas in the automotive, aeronautical, and the electric lighting industries perhaps the description in the patent is too broad, as the future innovation in this area itself could also be considered limitless. It is either harder to have a narrower scope or the patent issuing authorities in the automotive, aeronautical, and the electric lighting industries allow a broader patent than they do in the chemical industry. So at least we could claim that patents seem to be functioning well in this industry. Not surprisingly, the bright spot for patent performance is in the pharmaceutical industry. Grabowski and Vernon shows that patents deliver value to drug pioneers by supporting high drug prices.¹⁷ Obviously it may not be socially desirable that drug prices are kept high as the

¹⁵ MERGES, Robert, P. *On the complex economics of patent scope*. [online] 90Colum.L.Rev.839[cit. 24.6.2013] Dostupné na <
<http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/90merg2.html>>

¹⁶ MERGES, Robert, P. *On the complex economics of patent scope*. [online] 90Colum.L.Rev.839[cit. 24.6.2013] Dostupné na <
<http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/90merg2.html>>

¹⁷ BESSEN, James, MEURER, Michael *Patent Failure*. [online] Research on innovation at Princetown university[cit. 24.6.2013] Dostupné na <
<http://www.researchoninnovation.org/WordPress/?p=95>>

consumer has limited resources and would perhaps prefer cheaper pharmaceuticals. But on the other hand it is socially desirable that research is conducted in this field as the innovations could have important consequences for the consumer. Thus if patents encourage pharmaceutical companies to invest in research and development through guaranteeing a good financial return it could be considered a fair pay off for the huge investment required to develop the pharmaceuticals in the first place.

3. Scope of a patent

When we talk about the scope of a patent we are mostly concerned with three variables; the length of a patent (the amount of time competitors are excluded from taking advantage of the innovators findings), the breadth of a patent (that is the range of products that are included in the claim), and lastly the height of a patent (the protection against developments or applications that are too simple or too minor in nature). We have already looked at a few cases where the breadth of the patent could be considered too wide, that is in the historical examples of the Edison patent, the Selden patent (in the automotive industry), and lastly the Wright brothers patent (in the aeronautical industry). So it would be interesting to examine the effects of the other factors. Let's consider the length of a patent first.

3.1. Patent Length

The benefit to the innovator increases with length of the patent. But from society's point of view, too short a patent may dissuade research, whereas a patent that is too long may give excessive rent to the owner and may block further improvement.¹⁸ So there exists a fine balance between what is useful for society and what will encourage innovators to spend their time and money on pioneering work. The length of a patent is usually relatively straight forward as it is usually set out in law what the maximum length of a patent should be. As we have seen though, it can have a big effect on innovation. The issue of patent length is resolved by legislation—seventeen years from date of grant.¹⁹ In different jurisdiction's the patent length may be different but usually falls between 17-20 years. But would there be any benefit from making the patent length shorter or longer. Michel and Nyssen (1998) examined the effect of making the patent longer in duration and their idea was based on an earlier study by Helpman (1991). On the assumption that a patent prevents other research and development firms from utilizing the knowledge generated from developing the product as long as the patent is effective. They showed that because of this assumption, extending patent length reduces knowledge spillovers and productivity of research and development and, consequently, may

¹⁸ LANGINIER, Corinne, MOSCHINI, GianCarlo, *The economics of Patents:An overview*[online]Centre for Agricultural and Rural Development, Working paper 02-WP 293 [cit. 24.6.2013] Dostupné na <
<http://www.card.iastate.edu/publications/DBS/PDFFiles/02wp293.pdf>>

¹⁹ DAM, Kenneth, W.,*The economic underpinnings of patent law*[online]John M.Olin Law&Economics working paper NO.19 (2d series) [cit. 24.6.2013] Dostupné na <
http://www.law.uchicago.edu/files/files/19.Dan_.Patent.pdf>

reduce the growth rate of the number of products.²⁰ If we then assume that making patent length longer is bad, what about making it shorter? Will it have a positive effect? Extending the patent length beyond twenty years leads to only a very small increase in research and development despite research and development underinvestment in the market economy. On the other hand, shortening the patent length can lead to significant reduction in research and development and consumption.²¹ So it would appear a patent length of 20 years is the most desirable as any less would seriously effect research and development in this field. Others have also pointed out that the time starts ticking as soon as the patent is granted. Many innovations may take more than a decade before they are in a position to offer a marketable product. So arguably if the patent length was shortened they perhaps would not be in a position to make the most effective use of their innovation. As it might be easier, especially for bigger companies, to catch up and over take the original innovator.

3.2. Patent Breadth

We have already seen some historical problems with the breadth of a patent. Perhaps it is now time to focus on the most important difference between length and breadth. Economists have pointed out that length is but one dimension of a patent and breadth is equally important. Unlike the patent length issue, the breadth issue is not addressed explicitly in the Patent Act. Rather it is resolved by the courts implicitly in interpreting a particular patents claims and in giving content to a variety of patent law doctrines.²² Depending on your point of view it could be very good that the breadth of a patent is at the discretion of the courts as it allows the judge or the Patent Office some flexibility. We have already seen that different industries favour different scopes of patents. So it would seem a good thing that the Patent Office and the courts can adapt their interpretation of patent breadth depending on the industry it is for. If it was written in legislation this flexibility would be taken away and may have serious consequences for the industries involved. On the other hand it could be argued that the courts are given too much discretion in something they don't fully understand. But what happens if a too broad patent is issued? The grant of a broad-gauged pioneer patent to one party may preclude other inventors from making use of their inventions without infringing the original patent.²³ Goh and Olivier (2002) showed that extending patent breadth in downstream sectors reduces the demand for

²⁰ IWAISAKO, Tatsuro, FUTAGAMI, Koichi *Patent protection, capital accumulation, and economic growth*[online]Econ Theory 201352:631-668 Dostupné na < <http://www.link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs00199-011-0658-y.pdf>>

²¹ CHU, Angus, C. *Economic growth and patent policy:Quantifying the effects of patent length on R&D and consumption*. [online]MPRA [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://mpra.ub.uni-muenchen.de/5476/1/MPRA_paper_5476.pdf>

²² DAM, Kenneth, W.,*The economic underpinnings of patent law*[online]John M.Olin Law&Economics working paper NO.19 (2d series) [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://www.law.uchicago.edu/files/files/19.Dan_Patent.pdf>

²³ MERGES, Robert, P.*On the complex economics of patent scope*. [online] 90Colum.L.Rev.839[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/90merg2.html>>

goods produced in the upstream sectors. This discourages innovation in the upstream sectors and, consequently may lower the growth rate of output.²⁴ So again we can see the bad effects of an overly broad patent. We should focus on encouraging technological development to increase economic growth.

3.3. Scope conclusion

Inducement should be proportional to the cost of the research and development project, which means that the length, breadth, and height of a patent should be tailored to each particular innovation.²⁵ There is no doubt that we have already identified that different industries have different peculiarities. It would seem therefore that the best patent system would be that which is able to adapt to these peculiarities. So the main danger seems to be the application of overly broad patents, which hopefully could be eliminated with careful judicial consideration. When this is a possibility, the patent system should be particularly careful in awarding patents of broad scope. Third, and this is where our focus will be, there is a real danger that allowing patent scope to be overbroad may enable the individual or firm who first came up with a particular practical application to control a broad array of improvements and applications.²⁶

4. Imitation costs

Imitation costs are the costs it would take to replicate a product. If the product is patented it would increase the imitation costs, and thus, encourage innovation as there is a prospect of a greater return on the time and effort of the innovator. The fact that a patent resulted in a larger increase in the imitation costs of the patented products than of the unpatented products was, of course, a major reason why some products were patented and others were not.²⁷ So you would expect that if the imitation costs were low the innovator might be discouraged from developing their new technological development. But strangely enough this is not always the case. In a case study by Mansfield, Schwartz and Wagner (1981)²⁸ they looked at 48

²⁴ IWAISAKO, Tatsuro, FUTAGAMI, Koichi *Patent protection, capital accumulation, and economic growth*[online]Econ Theory 201352:631-668 Dostupné na < <http://www.link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs00199-011-0658-y.pdf>>

²⁵ LANGINIER, Corinne, MOSCHINI, GianCarlo, *The economics of Patents:An overview*[online]Centre for Agricultural and Rural Development, Working paper 02-WP 293 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.card.iastate.edu/publications/DBS/PDFFiles/02wp293.pdf>>

²⁶ MERGES, Robert, P.*On the complex economics of patent scope*. [online] 90Colum.L.Rev.839[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/90merg2.html>>

²⁷ MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel.*Imitation costs and patents: an empirical study*. [online]The Economic Journal volume 91, number 364/ 1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>

²⁸ MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel.*Imitation costs and patents: an empirical study*. [online]The Economic Journal volume 91, number 364/ 1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>

different technological innovations in the chemical, drug, electronics, and machinery industries. Based on these results, it appears that innovators routinely introduce new products despite the fact that other firms can imitate these products at about two thirds (often less) of the cost and time expended by the innovator. Why then would a company embark on such an endeavour when it seems that the odds are stacked against them. Surely if a competitor can make an imitation of the product more cheaply than the original innovator there would appear to be very little likelihood that the original innovator will make any profit from their innovation as they can easily be undercut by the competition. But in their study Mansfield et al (1981)²⁹ found that know-how played a very important part in the development of an innovation. They found that the original inventor had a substantial advantage in this area over the other companies who would like to imitate the innovation. Often this edge was due to superior “know-how”- that is, better and more extensive technical information based on highly specialised experience with the development and production of related products and processes. So this seems to explain why some innovators still enter the market even though competitors could imitate the product more cheaply.

We have looked at imitation costs and the effect they might have on an innovator. But what about the effects of patents on imitation costs. We have already stated that the imitation costs are higher if there is a patent on the innovation. But if there was no patent system would the innovator still have entered the market? According to the firms, about one-half of the patented innovations in the our sample³⁰ would not have been introduced without patent protection. So it would appear for some innovators the patent system plays an important role in their decision to launch a product. What about in different industries? Does the patent system have a bigger effect on any particular industry? We have already seen that a scope of a patent should be tailored if not to the individual innovation then certainly to the industry which the innovation falls in. Thus it would be fair to assume that imitation costs and the ownership of patented rights may also have a different effect depending on the industry. In the ethical drug industry, patents had a bigger impact on imitation costs than other industries.³¹ The main reason for this distinction is that if a competitor examined a new drug it would be a fairly simple process to establish the ingredients of the new drug and then produce it.

5. The role of startup companies

A startup company is a company which develops a new technological innovation and then tries to market it. The problem for these startup companies is that usually if they are successful they will be targeted by larger more established

²⁹ MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel. *Imitation costs and patents: an empirical study*. [online]The Economic Journal volume 91, number 364/ 1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>

³⁰ MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel. *Imitation costs and patents: an empirical study*. [online]The Economic Journal volume 91, number 364/ 1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>

³¹ MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel. *Imitation costs and patents: an empirical study*. [online]The Economic Journal volume 91, number 364/ 1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>

companies. The commercial advantages of large, established firms frequently allow them to emerge as the dominant player in the industry despite their late entry.³² It is not enough to come up with a good innovation to be successful, the innovator will have to put considerable effort and often capital to fully exploit their technological invention. But all too often it is the big established companies that have the financial capacity and experience in production that is needed to develop an invention. If we take a look at the example of Procter and Gamble (PG) and the innovation of disposable nappies. PG entered the market with their Pampers brand in 1964 relatively late, some ten years later than the original disposable nappy manufacturers. Yet by 1968, PGs market share was well over 90 percent.³³ So despite joining the market late, within four years Pampers became the dominant nappy brand, very impressive. But where does this leave our startup innovator. Surely if they anticipate this kind of situation surely it may hinder technological development. If we accept that the innovator would only innovate if there is some kind of financial incentive for doing so surely these big firms would deter future innovation. But does the patent system offer any protection for these small startup companies? Patent protection does, indeed, protect the initial entrants by making it harder for fast second to compete with them. As a result, patent protection can actually increase the number of initial entrepreneurs and thereby also raise the value of the later product enhancement that the fast second brings to the market.³⁴ So it would appear that patents are beneficial in protecting the new startups and generally supporting innovation and technological progress. Without the patent system it is probable that technological innovation would slow down.

6. Patents and Economic growth

Firstly we will start by generally surveying the economic field, what do economists generally believe about the effects of patents on economic growth? Purveyors of extremist anti-patent rhetoric go to the extreme of saying that we can expect the same level of innovation as we enjoy now absent a patent system.³⁵ So from this perspective it would seem that some would argue that the patent system should be scrapped as bureaucracy only holds back innovation. Others have also pointed out that just because an invention is patented it doesn't mean the patent will

³² NORMAN, George, PEPALL, Lynne, RICHARDS, Dan. *Innovation, Fast Cesonds and Patent Policy* [online] [cit. 24.6.2013] Dostupné na <<http://ase.tufts.edu/econ/research/documents/2009/normanInnovation.pdf>>

³³ NORMAN, George, PEPALL, Lynne, RICHARDS, Dan. *Innovation, Fast Cesonds and Patent Policy* [online] [cit. 24.6.2013] Dostupné na <<http://ase.tufts.edu/econ/research/documents/2009/normanInnovation.pdf>>

³⁴ NORMAN, George, PEPALL, Lynne, RICHARDS, Dan. *Innovation, Fast Cesonds and Patent Policy* [online] [cit. 24.6.2013] Dostupné na <<http://ase.tufts.edu/econ/research/documents/2009/normanInnovation.pdf>>

³⁵ QUINN, Gene. *Why patents matter for job creation and economic growth*. [online] Patent Bar Review. [cit. 24.6.2013] Dostupné na <<http://www.ipwatchdog.com/2011/01/02/why-patents-matter-job-creation-economic-growth/id=14170>>

remain enforce. Schankerman and Pakes (1986)³⁶ provide more recent data on a number of European countries, in which about half of all patents are not renewed within 10 years and only ten percent of them are renewed until the end of the statutory term. So the question is, are some economists exaggerating the effect of the patent system on economic growth? I think the best way to answer this question is to examine more studies. I will start with those who suggest there is a weak or no link between patents and economic growth as these studies are in the minority. Economists mostly agree that there exist positive empirical correlations between expenditure on research and development and GDP growth (Freeman and Soete 1997; Falk 2006; Mansfield 1991)³⁷

Ginarte and Park (1997) compiled an index of patent laws (GP index) for 60 countries between 1960-1990. The GP index focused on patent laws, as published, with no attention to actual enforcement. They used the index to study the effect of patent law on economic growth, investment, and research and development expenditure and found no relationship between stronger patent laws and economic growth.³⁸ In another study by Goh and Olivier (2002)³⁹ they showed that strengthening patent protection might also potentially reduce the growth rate of output. That is, if the relative productivity of research and development is sufficiently low, the negative effect overwhelms the positive and strengthening patent protection impedes aggregate growth. Comparable studies of patent systems are discouraging. The evidence certainly is consistent with the notion that patents encourage American pharmaceutical research and development investment. But otherwise, it is hard to find evidence suggesting patents are a major factor spurring research and development investment, that patents contribute to economic growth.⁴⁰ So as we have seen before we should be weary of making broad and general statements concerning patents and economic development as there are many different variables we must consider, one of these is the industry that the patent belongs to. Also we have already highlighted the importance of the scope of a patent. If the scope is too broad, too long or too high it could also have a negative effect on economic growth.

Also in order to fully understand how patents affect economic growth it is also necessary to consider the country that it is issued in as this often has a major influence on whether the growth in patents will be equal to a growth in the domestic

³⁶ CHU, Angus, C. *Economic growth and patent policy: Quantifying the effects of patent length on R&D and consumption*. [online] MPRA [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://mpa.ub.uni-muenchen.de/5476/1/MPRA_paper_5476.pdf >

³⁷ GURGUL, Henryk, LACH, Lukasz *Technological progress and economic growth – Evidence from Poland* [online] *Econometria*, 34/2011 pages 354-386 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < www.ceeol.com >

³⁸ HU, Albert, G.Z., PNG, I.P.L. *Patent rights and economic growth: Evidence from cross/country panels of manufacturing industries*. [online] [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://www.comp.nus.edu.sg/~ipng/research/2013_patent.pdf >

³⁹ IWASAKO, Tatsuro, FUTAGAMI, Koichi *Patent protection, capital accumulation, and economic growth* [online] *Econ Theory* 201352:631-668 Dostupné na < <http://www.link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs00199-011-0658-y.pdf> >

⁴⁰ BESSEN, James, MEURER, Michael *Patent Failure* [online]. Research on innovation at Princetown university [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.researchoninnovation.org/WordPress/?p=95> >

product of a country. It was noticed that countries which focused on technologically advanced sectors reached higher rates of GDP growth than other countries.⁴¹ Thompson and Rushing (1996) found a positive relation between IPR protection and economic growth, but only for high –income countries, with no similar relationship found for low-income countries.⁴² It was also found that there was an economic link between the country and the number of patents issued. Therefore it can be concluded that countries which have had a higher ratio of patents per inhabitant are those which have achieved a higher level of economic development throughout the modern period. The most developed countries have been those which have had a higher technical level throughout the modern period. This seems to indicate that technology and economic development have historically been closely related variables.⁴³ It would be quite interesting to investigate this phenomenon further, for example, what happened in countries that showed signs of strong economic growth but this growth later stalled or stopped? Would we find that the number of patents issued would have declined? Unfortunately there are no studies which have dealt specifically with this problem. But it is an area which we would like to do further research on.

A few statistical studies have also found a link between economic growth and the number of patents issued. Long run multipliers are positive between the patent growth and GDP growth in G7 economies. Granger causality test showed that patent growth Granger cause GDP growth in G7 countries.⁴⁴ But when we are looking at statistical analysis we have to remember that it is a very complex area. For example when a patent is issued when does it start to effect growth in the economy? This is a difficult question to answer and again you would expect it to be very individual. Some innovations may take longer to set up. You also have the problem, especially with new innovations in machinery, that all the old machines are not replaced at once. Firstly there are lags between growth of quarterly patents and quarterly growth of GDP is because the lag between the invention of an idea or device and its development up to a commercially applicable stage. (also need time to replace old machines etc. ⁴⁵ In another study Kwan and Lai (2003) ⁴⁶ show in a variety-

⁴¹ GURGUL, Henryk, LACH, Lukasz *Technological progress and economic growth – Evidence from Poland*[online]Econometria, 34/2011 pages 354-386 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < www.ceeol.com>

⁴² IWASAKO, Tatsuro, FUTAGAMI, Koichi *Patent protection, capital accumulation, and economic growth*[online]Econ Theory 201352:631-668 Dostupné na < <http://www.link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs00199-011-0658-y.pdf>>

⁴³ ORTIZ-VILLAJOS, José, M.*Patents and economic growth in the long term. A quantitative approach.* [online].Brussels economic review vol.52, nb. 3/4/2009[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/80763/1/ARTICLE%20ORTIZ%20pdf2.pdf>>

⁴⁴ JOSHESKI, Dushko, KOTESKI, Cane *The causal relationship between patent growth and growth of GDP with quarterly data in the G7 countries: cointegration, ARDL and error correction models*.MAPRA [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://mpra.ub.uni-muenchen.de/5476/1/MPRA_paper_33153.pdf>

⁴⁵ JOSHESKI, Dushko, KOTESKI, Cane *The causal relationship between patent growth and growth of GDP with quarterly data in the G7 countries: cointegration, ARDL and error correction models*.MAPRA [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://mpra.ub.uni-muenchen.de/5476/1/MPRA_paper_33153.pdf>

expanding growth model that extending the effective lifetime of patents would lead to a substantial increase in research and development and consequently welfare gains. So it does appear that some economists have found a positive link between patents and economic growth. In a study headed by Johnathan Rothwell⁴⁷ that looked at the link between patents and economic growth in metropolitan areas in the United States it was discovered that if we were able to get the roughly two hundred and fifty metropolitan areas that do very little patenting up to the level of the one hundred that do a great deal of patenting, we would be richer in an extraordinary way. Inventiveness, as quantified by patents, is a major driver of long-term economic performance. As we have already discussed we have to be careful not to make general statements when talking about patents and their effect on economic growth. But certainly this study does seem to suggest that there is a strong link between the number of patents issued and an increase in economic growth at least in metropolitan areas in the US.

Conclusion

Clearly it is not possible for just a single indicator – patents for invention- to be able to explain the complex interrelationship between technology and economic developments, but it can provide proof which helps this relationship to be a little better understood.⁴⁸ In this article we believe that we have clearly demonstrated that the link between economic growth and the issuing of patents is a very complex one. There are a number of different variables that we have to consider; the country that issued the patent, whether it was an economically rich or poor country, the scope of the patent, the imitation cost, how quickly a new innovation can be produced and then introduced into the relevant industry. But despite all these variables we think it is not an exaggeration to say that patents do have an effect on economic growth, it may be positive, it may be negative, it may be combined with many other complex factors but it still remains that there is an effect.

Literature:

1. BESSEN, James, MEURER, Michael *Patent Failure*. [online] Research on innovation at Princetown university [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.researchoninnovation.org/WordPress/?p=95>>
2. CHOKSHI, Niraj, *Why patents-yes, patents-matter to economic and jobs growth*. National journal. [cit. 24.6.2013] Dostupné na <

⁴⁶ CHU, Angus, C. *Economic growth and patent policy: Quantifying the effects of patent length on R&D and consumption*. [online] MPRA [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://mpra.ub.uni-muenchen.de/5476/1/MPRA_paper_5476.pdf>

⁴⁷ CHOKSHI, Niraj, *Why patents-yes, patents-matter to economic and jobs growth*. National journal. [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.nationaljournal.com/congress/why-patents-yes-patents-matter-to-economic-and-jobs-growth-20130201>>

⁴⁸ ORTIZ-VILLAJOS, José, M. *Patents and economic growth in the long term. A quantitative approach*. [online]. Brussels economic review vol.52, nb. 3/4/2009 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/80763/1/ARTICLE%20ORTIZ%20pdf2.pdf>>

- <http://www.nationaljournal.com/congress/why-patents-yes-patents-matter-to-economic-and-jobs-growth-20130201>>
3. CHU, Angus, C. *Economic growth and patent policy: Quantifying the effects of patent length on R&D and consumption*. [online]MPRA [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://mpira.ub.uni-muenchen.de/5476/1/MPRA_paper_5476.pdf>
 4. DAM, Kenneth, W., *The economic underpinnings of patent law*[online]John M.Olin Law&Economics working paper NO.19 (2d series) [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://www.law.uchicago.edu/files/files/19.Dan_Patent.pdf>
 5. GURGUL, Henryk, LACH, Lukasz *Technological progress and economic growth – Evidence from Poland*[online]Econometria, 34/2011 pages 354-386 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < www.ceeol.com>
 6. HU, Albert, G.Z., PNG, I.P.L. *Patent rights and economic growth: Evidence from cross/country panels of manufacturing industries*. [online] [cit. 24.6.2013] Dostupné na <http://www.comp.nus.edu.sg/~ipng/research/2013_patent.pdf>
 7. IWAISAKO, Tatsuro, FUTAGAMI, Koichi *Patent protection, capital accumulation, and economic growth*[online]Econ Theory 201352:631-668 Dostupné na < <http://www.link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs00199-011-0658-y.pdf>>
 8. JOSHESKI, Dushko, KOTESKI, Cane *The causal relationship between patent growth and growth of GDP with quarterly data in the G7 countries: cointegration, ARDL and error correction models*.MAPRA [cit. 24.6.2013] Dostupné na < http://mpira.ub.uni-muenchen.de/5476/1/MPRA_paper_33153.pdf>
 9. LANGINIER, Corinne, MOSCHINI, GianCarlo, *The economics of Patents: An overview*[online]Centre for Agricultural and Rural Development, Working paper 02-WP 293 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.card.iastate.edu/publications/DBS/PDFFiles/02wp293.pdf>>
 10. MANSFIELD, Edwin, SCHWARTZ, Mark, WAGNER, Samuel. *Imitation costs and patents: an empirical study*. [online]The Economic Journal volume 91, number 364/1981 pp. 907-918 [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.jstor.org/stable/2232499>>
 11. MERGES, Robert, P. *On the complex economics of patent scope*. [online] 90Colum.L.Rev.839[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/90merg2.html>>
 12. NORMAN, George, PEPALL, Lynne, RICHARDS, Dan. *Innovation, Fast Cesonds and Patent Policy* [online] [cit. 24.6.2013] Dostupné na <<http://ase.tufts.edu/econ/research/documents/2009/normanInnovation.pdf>>
 13. ORTIZ-VILLAJOS, José, M. *Patents and economic growth in the long term. A quantitative approach*. [online].Brussels economic review vol.52, nb. 3/4/2009[cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/80763/1/ARTICLE%20ORTIZ%20pdf2.pdf>>
 14. QUINN, Gene. *Why patents matter for job creation and economic growth*. [online] Patent Bar Review. [cit. 24.6.2013] Dostupné na < <http://www.ipwatchdog.com/2011/01/02/why-patents-matter-job-creation-economic-growth/id=14170>>

Contact

jana.bellova@upol.cz

ian.bell@upol.cz

Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva, Právnická fakulta,
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Niekoľko úvah o vplyve soft law¹ na zodpovednosť za vadné plnenie v obchodovaní – vybrané aspekty

Abstrakt

*Tento príspevok približuje vybrané aspekty vplyvu europeizácie záväzkového práva (PECL, PETL, DCFR, etc.) na národnú právnu úpravu, týkajúcu sa vadného plnenia v obchodovaní. Pôsobí ako podnet pre analýzu záväzkov v obchodnom práve z hľadiska širších kontextov s prihliadnutím na súčasné rekodifikačné tendencie v podmienkach slovenského súkromného práva. Pri skúmaní inštitútu zodpovednosti za vady plnenia prichodí vyabstrahovať eventuálne problémy právnej úpravy a hľadať riešenia v rámci úvah **de lege ferenda**.*

Abstract

*The contribution deals with selected aspects of the impact of the europeization of the obligation law (PECL, PETL, DCFR, etc.) to national legal regulation related to faulty performance in business. It works as an impulse for analysis of the liabilities in business law in wider context concerning actual recodification tendencies under the conditions of the Slovak private law. By investigation of institute liability for defective performance there should be abstracted eventual problems of the legal regulation, reflecting valid legal regulation and search for solutions within **de lege ferenda** ideas.*

1. Úvod

V príspevku sú analyzované niektoré aspekty koncepcie inštitútu zodpovednosti za vady plnenia v slovenskom obchodnom práve. V podstate ide o oblasť záväzkovoprávných vzťahov viažucich sa (nielen) na kúpnu zmluvu v obchodovaní

¹ Pojem tzv. **soft law** je súbor (systém) medzinárodne uznávaných pravidiel, majúcich nezáväzný charakter (ako quasi právny nástroj). Pre účely harmonizácie súkromného práva v Európskej únii nadobúda povahu vzorových pravidiel, princípov, akčných plánov a ďalších (akademických, politických) iniciatív.

K tomu bližšie: ELISCHER, D.: *Pojetí škody, resp. újmy v aktuálních dokumentech evropského deliktního „soft law“*, PRÁVNÍK, Roč. 150, č. 4, 2011, Praha, str. 378, ISSN 0231 – 6625

podľa Obchodného zákonníka.² V tejto súvislosti sa zamýšľame nad rekodifikačnými vplyvmi so zreteľom na europeizáciu záväzkového práva, akými sú predovšetkým PECL³, PETL⁴, DCFR⁵, etc., s prihliadnutím na eventuálnu právnu komparáciu podľa nemeckého a francúzskeho práva.⁶ Pre dotváranie právnych inštitútov slovenského práva prostredníctvom vyššie spomenutých medzinárodných iniciatív treba analyzovať viaceré národné právne úpravy, ak z nich chceme vyabstrahovať eventuálne problémy, námety a návrhy *de lege ferenda*.

Vzorové pravidlá (európskeho významu) sú svojou povahou inšpiratívnym zdrojom poznania pre analýzu celého komplexu obchodných záväzkov, tak ako prebiehajú v praxi. Považujeme za vhodné, s dôrazom na kreovanie (formovanie) novej právnej úpravy v odvetví súkromného práva, obrátiť pozornosť na smerovanie zmluvného práva Európskej únie, s osobitným zreteľom na spoločné európske kúpne právo – CESL,⁷ prejavu harmonizácie súkromného práva, konkrétne so zameraním

² Zákon č. 513/1991 Zb. – **Obchodný zákonník** v platnom znení

³ **Principles of European Contract Law (PECL)**. Sú súborom pravidiel, ktoré vypracovali poprední akademici vrámci zmluvného práva v Európe. Cieľom ich snáh je vymedziť základné pravidlá zmluvného práva. Boli vytvorené Komisiou pre európske zmluvné právo pod vedením **prof. Ole Landa**. Sú založené na koncepcii jednotného európskeho systému zmluvného práva. V roku 1995 bola zverejnená ich prvá časť, v roku 1999 druhá časť, a tretia časť bola zverejnená v roku 2002.

⁴ **Principles of European Tort Law (PETL)**. Princípy boli vypracované Európskym zoskupením deliktneho práva v jednočinnom súbehu spolupráce s Európskym centrom deliktneho a poistného práva vo Viedni. Ich relevanciou je prezentovať európske súkromné právo z hľadiska princípov, ktoré boli judikatúrou vybraných štátov vymedzené, čoho dôsledkom bola ich reflexia ako referenčného zdroja pre esenciálne úvahy, týkajúce sa rozhodnutí súdov. Dané princípy sú snahou o dotváranie, alternatívne tvorbu nových prístupov pre vybrané inštitúty a zároveň prostredníctvom komparatívnych analýz majú za cieľ byť prezumpciou teoretických základov európskeho súkromného práva, kde Európske deliktne právo má tvoriť jeden z jeho esenciálnych pilierov.

⁵ **Draft of Common Frame of Reference (DCFR)**. Návrh spoločného referenčného rámca je akademickou iniciatívou Študijnej skupiny (Study Group) kreovanej za účelom vytvorenia Európskeho občianskeho zákonníka a súbežne Výskumnej skupiny (Acquis Group) zameranej na existujúcu platnú právnu úpravu súkromného práva Európskej únie. Zahŕňa zásady, definície, ako aj vzorové pravidlá európskeho súkromného práva. Predložený dokument má za cieľ poslúžiť predovšetkým ako návrh pre plnenie politického dokumentu, ktorým je Spoločný referenčný rámec (Common Frame of Reference – CFR), vydaný Európskou komisiou pod názvom „*Action Plan on A More Coherent European Contract Law*“ vo februári roku 2003. DCFR a CFR musia byť rigorózne odlíšené, nakoľko DCFR slúži aj na ďalšie dôležité účely. Poprednými akademikmi stojacimi za jeho vytvorením sú **Christian von Bar**, **Eric Clive**, **Hans Schulte-Nölke** a ďalší.

⁶ Inšpiráciou môže byť ekonomické hľadisko, keďže kúpa a predaj tovaru sa realizuje frekventovanejšie, nakoľko základom je vyššia konkurencieschopnosť podnikateľských subjektov na trhu.

⁷ **Common European Sales Law (CESL)**. **Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o spoločnom európskom kúpnom práve**. Podľa Európskej komisie je účelom návrhu nariadenia posilnenie fungovania vnútorného trhu prostredníctvom vytvorenia pravidiel pre cezhraničný obchodný styk medzi podnikateľmi, ako aj cezhraničný nákup spotrebiteľov (s dôrazom na ich ochranu). Obsahom je samostatný súbor pravidiel zmluvného práva, týkajúci sa kúpnej zmluvy. Má byť alternatívnym zmluvným režimom ako súčasť vnútroštátneho

na kúpne právo.⁸ **Profesor Hugh Beale** v tomto smere kladie za primárny cieľ upriamiť pozornosť na druhú stranu zmluvného vzťahu, t.j. na spotrebiteľa a s tým súvisiace problémy právnej úpravy v štátoch zmluvných strán, s prihliadnutím na vyvolané právne dôsledky. Adresátom pre prijatie CESL by mali byť malé a stredné podniky za účelom odstránenia prekážok pri obchodovaní, aby obchodník nemusel skúmať všetky právne poriadky v členských štátoch Európskej únie. Zároveň poukazuje najmä na skutočnosť, že ak sa zmluvné strany rozhodnú pre použitie CESL, musia sa ním riadiť, pričom otázky neupravené v CESL sa aplikujú v rámci národnej legislatívy.⁹

2. Niekoľko slov k (teoretickému) vymedzeniu zodpovednosti za vady plnenia

Úvodom treba ozrejmiť viaceré dimenzie fenoménu právnej zodpovednosti so zreteľom na existenciu niekoľkých rovín prístupov k spoločenskej štruktúre zodpovednosti človeka. Jej univerzálne vymedzenie, vzhľadom na flexibilitu legislatívneho procesu, spojený s procesom kreovania nových (inovačných) prvkov v rámci spoločenských vzťahov pôsobí pomerne zložito, ba až komplikovane v právnej vede.¹⁰ Samozrejme, otázka právnej zodpovednosti je veľmi široká, má svoje historickoprávne, všeobecné právnoteoretické, verejnoprávne aj súkromnoprávne aspekty.¹¹

práva, pôsobiť popri pravidlách a normách stanovených vo vnútroštátnych právnych poriadkoch členských štátov Európskej únie.

K tomu bližšie: JURČOVÁ, M. – ŠTEFANKO, J. (eds.): *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law – New Legal Regime for Domestic and Cross-Border Trade*, Prvé vydanie, Vydavateľstvo SAV, 190 s., Bratislava, 2013, ISBN 978 – 80 – 8082 – 618 – 5

⁸ Pojem kúpne právo (doslovný preklad) je *terminus technicus*, ktorý nie je v slovenskej odbornej terminológii používaný. *Per analogiam* v českej odbornej literatúre sa používa preklad „*Návrh nařízení o společné evropské právní úpravě prodeje*“.

K tomu bližšie: SELUCKÁ, M. a kol.: *Koupě a prodej. Nový občanský zákoník. Společná evropská právní úprava prodeje*, Nakladatelství C.H. Beck, 268 s., Praha, 2013, ISBN 978 – 80 – 7400 – 471 – 1

⁹ BEALE, H.: *The CESL proposal: An overview*. In: JURČOVÁ, M. – ŠTEFANKO, J. (eds.): *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law – New Legal Regime for Domestic and Cross-Border Trade*, Prvé vydanie, Vydavateľstvo SAV, 190 s., Bratislava, 2013, str. 14, ISBN 978 – 80 – 8082 – 618 – 5

¹⁰ **Akademik Viktor Knapp** konštatuje, že „je i pochybné, či existuje všeobecný pojem zodpovednosti“. In: KNAPP, V.: *Teorie práva*, 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 1995, str. 200, ISBN 80 – 7179 – 028 – 1

¹¹ ŠVIDROŇ, J.: *Právna zodpovednosť za porušenie dobrých mravov*, Právny obzor, Roč. 96, č. 1, 2013, str. 4, ISSN 0032 – 6984

K problematike týchto aspektov pozri bližšie: LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, Druhé vydanie, IURA EDITION, Bratislava, 2002, ISBN 80 – 89047 – 48 – 3

LUBY, Š.: *Prevenčia a zodpovednosť v občianskom práve*. II. diel, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava, 1958

KNAPPOVÁ, M.: *Povinnosť a zodpovednosť v občianskom práve*, Vydání 1., ACADEMIA, 276 s., Praha, 1968

OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník, Komentár*, Tretie, doplnené a prepracované vydanie, č. 2, IURA EDITION, 2012, ISBN 978 – 80 – 8078 – 434 – 8

Zodpovednosťou v najširšom slova zmysle možno rozumieť povinnosť (atribút) znášať následky správania (konania, opomenutia), pričom treba mať na zreteli otázku, týkajúcu sa morálnosti práva a možného vymedzenia jeho mantinelov.

Z hľadiska súkromnoprávnej koncepcie v obchodnom práve existuje niekoľko druhov právnej zodpovednosti, ktoré môžu v určitom slova zmysle pôsobiť samostatne. Do tohto druhu zaradíme:

- zodpovednosť za vady,¹²
- zodpovednosť za škodu,¹³
- zodpovednosť za omeškanie,¹⁴
- niektoré aspekty neoprávneného majetkového prospechu, vrátane zodpovednosti za bezdôvodné obohatenie.¹⁵

Natíska sa otázka, (v minulosti nespočetne krát pertraktovaná), t.j. či sa zodpovedá za porušenie povinnosti alebo za jej splnenie.¹⁶ Pri sankčnom vzťahu

PELIKÁNOVÁ, I.: *Právní odpovědnost a její současné vývojové tendence s přihlédnutím ke zvláštnostem českého práva*, Právní obzor, Roč. 95, č. 6, 2012, str. 549, ISSN 0032 – 6984

¹² Z hľadiska právnej komparácie podľa francúzskeho práva o vadnosti výrobku možno hovoriť, ak podľa zákona (v najširšom slova zmysle) neposkytuje taký stupeň bezpečnosti (ochrany), ktorú je možné od neho oprávnene očakávať vzhľadom na všetky okolnosti pri jeho prezentácii alebo uvedení na trh. In: DELEBECQUE, P. – PANSIER, F. J.: *Droit des obligations. Responsabilité civile. Délit et quasi-délit*. 5e ÉDITION, LexisNexis SA, Paris, 2011, str. 248, ISBN 978 – 2 – 7110 – 1484 – 2

¹³ Otázka zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom, alternatívne nebezpečným výrobkom často presahuje rámec právneho vzťahu kúpnej zmluvy v obchodovaní. In: CACHARD, D.: *Droit du commerce international*, 2e édition, Lextenso éditions, L.G.D.J., Paris, 2011, str. 249, ISBN 978 – 2 – 275 – 03645 – 8

¹⁴ Obchodný zákonník upravuje zodpovednosť za omeškanie v spojitosti so širšou problematikou porušenia zmluvných povinností a jeho následkov, pričom rozlišuje omeškanie dlžníka a omeškanie veriteľa. Dielčie otázky sú upravené pri jednotlivých zmluvných typoch. SUCHOŽA, J.: *Teória a všeobecná úprava obchodných záväzkov. Zodpovednosť za porušenie obchodných záväzkov. Zodpovednosť za omeškanie*. In: HUSÁR, J. – SUCHOŽA, J. a kol.: *Obchodné právo*, Prvé vydanie, IURA EDITION, Bratislava, 2009, str. 758, ISBN 978 – 80 – 8078 – 290 – 0

¹⁵ Inštitút bezdôvodného obohatenia je koncipovaný ako súčasť záväzkového práva. In: von BAR, CH. – SWANN, S.: *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Unjustified Enrichment (PEL Unjustified Enrichment)*, Stampf Publishers Berne, München, 2010, str. 175, ISBN 978 – 2 – 8027 – 2922 – 8 (Bruyland)

V prístupe k riešeniu otázky pojednávajúcej o bezdôvodnom obohatení chceme priblížiť, že za použitia vzorových pravidiel podľa DCFR by (v rámci úvah *de lege ferenda*) mohla existovať povinnosť na strane subjektu, ktorý peňažné plnenie prijal, aby z týchto peňazí platil úrok. Bude potrebné prihliadať aj na konanie tohto subjektu v rámci dobrých mravov, za účelom eventuálneho znemožnenia vyhnutia sa zodpovednosti.

K tomu bližšie: KLÁRA, A.: *Questions of restitution in the CESL: A comparison with the DCFR and Hungarian law*. In: JURČOVÁ, M. – ŠTEFANKO, J. (eds.): *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law – New Legal Regime for Domestic and Cross-Border Trade*, Prvé vydanie, Vydavateľstvo SAV, 190 s., Bratislava, 2013, str. 110 a nasl., ISBN 978 – 80 – 8082 – 618 – 5

¹⁶ K tomu bližšie: LUBY, Š.: *Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve*, I. a II. diel, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava, 1958

podľa kúpnej zmluvy v obchodovaní má dlžník predurčené plniť riadne a včas (kumulatívne podmienky) za predpokladu uvedenia si eventuálnych následkov nesplnenia povinností zo zmluvy vyplývajúcich, na základe ktorých mu možno uložiť sankciu.¹⁷ **Akademik Viktor Knapp** konštatuje, že v právnej teórii a aplikačnej praxi prevažuje doktrína, že zodpovednosť sa má interpretovať ako zodpovednosť následná.¹⁸ Niektorí autori sa pridŕžovali koncepcie tzv. preventívnej zodpovednosti.

Je namieste pripomenúť, že súkromnoprávna zodpovednosť v obchodnom práve sa rozlišuje na zodpovednosť zmluvnú (porušenie povinnosti zo záväzku) a zodpovednosť deliktuálnu (mimozáväzkovú).¹⁹

Podľa ustanovenia § 324 ods. 3 Obchodného zákonníka, ktoré má kogentný charakter, dochádza pri vadnom plnení ku zmene obsahu záväzku *ex lege*. Za predpokladu, že (pôvodný) záväzok nezanikne odstúpením veriteľa od zmluvy, zmení sa obsah plnenia záväzku v závislosti na nárokoch veriteľa (vzniknutého z vadného plnenia).

Z hľadiska právnej komparácie, týkajúc sa zákonného obmedzenia v nemeckom práve, možno badať, že ustanovenie § 443 BGB²⁰ vyvoláva účinky neplatnosti dohody, ktorou bola zrušená alternatívne obmedzená záručná povinnosť predávajúceho ohľadne právnych väd, pokiaľ predávajúci zatají vadu (na tovare) ľstou.²¹

Ako už bolo načrtnuté vyššie, Obchodný zákonník zakotvuje zodpovednosť za porušenie záväzkov z kúpnej zmluvy v obchodovaní. Z tejto konštrukcie vyplýva

¹⁷ Z pohľadu francúzskeho práva zodpovednosť za porušenie kúpnej zmluvy v obchodovaní inklinuje k zabezpečeniu právneho štátu, nakoľko vytvára odstrašujúci tlak prípadného pokušenia ignorovať zmluvné záväzky stranou, ktorá si nesplnila svoju povinnosť. Predpoklad nových povinností podporuje dodržiavanie kúpnej zmluvy v obchodovaní, pričom ide o garanciu plnej zákonnej zodpovednosti. In: HOTTE, S. – JACQUET, J. – M.: *La rupture du contract international, Contribution à l'étude du droit transnational des contracts*, Éditions Defrénois, E.J.A., Paris, 2007, str. 332, ISBN 978–2–85623–137–1

¹⁸ KNAPP, V.: *Teorie práva*, 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 1995, str. 201, ISBN 80 – 7179 – 028 – 1

K tomu bližšie: KNAPP, V.: *Splnění závazků a jiné způsoby jejich zániku*. Praha, NČSAV, 1955

¹⁹ K tomu bližšie: SUCHOŽA, J.: *Teória a všeobecná úprava obchodných záväzkov. Pojmové znaky obchodného záväzku v kontexte obchodného záväzkového práva. Vznik obchodných záväzkov*. In: HUSÁR, J. – SUCHOŽA, J. a kol.: *Obchodné právo*, Prvé vydanie, IURA EDITION, Bratislava, 2009, str. 686, ISBN 978 – 80 – 8078 – 290 – 0

²⁰ **Občiansky zákonník (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)**. Je všeobecnou kodifikáciou nemeckého súkromného práva. Vznikol v roku 1896 a bol prvou kodifikáciou súkromného práva, ktorá platila jednotne pre celú Nemeckú ríšu. Z hľadiska systematiky obsahuje päť kníh - Všeobecná časť, Záväzkové právo, Majetkové právo, Rodinné právo, a Dedenie. Záväzkové právo obsahuje ustanovenia týkajúce sa kúpnej zmluvy v obchodovaní (zodpovednosti za vady plnenia).

K tomu pozri bližšie: von STAUDINGER, J.: *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 433 – 480 (Kaufrecht)*, Gebunden Sellier – de Gruyter, 16. Auflage 2012, 832 s., ISBN 978-3-8059-1126-9

²¹ WESTERMANN, P. H. In: SÄCKER, F. J. – RIXECKER, R.: *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I., §§ 433 – 610, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2008, str. 253, ISBN 978 340654843 7

porušenie zmluvy (zmluvného záväzku) – plniť riadne a včas, čo sekundárne naznačuje nadväznosť na existenciu zmluvy

3. Niekoľko úvah o vplyve soft law – vybrané inštitúty

V tejto časti príspevku sa chceme ďalej venovať (euro)konformným projektom prostredníctvom vybraných inštitútov, ktoré vyúsťujú k postupnému zjednocovaniu súkromného práva v európskom priestore. Poodhaliť dôvody kreovania týchto iniciatív (napr. PECL, PETL, DCFR) možno cez historické reminiscencie a paralely vytvárania Európskej únie a jej právneho systému. Spájaním suverénnych štátov (štátomocenských útvarov) do nadnárodných politických, ekonomických a hospodárskych štruktúr, sa do popredia dostáva (až nevyhnutná) potreba flexibilnejšie reagovať (predvídať) zmeny spoločenských vzťahov (aj tých novokreovaných).

Účelom (týchto iniciatív) je prispôsobenie sa novým podmienkam (nielen) vo svetle globalizácie obchodu, čo môže byť rozhodujúcim aspektom ich ďalšieho využitia *de lege ferenda*.

Pôsobia inšpirujúco a v istom zmysle ako opora pri rekodifikačných snahách (záujmoch) v súkromnom práve. Pretavenie zvoleného nástroja (jeho konkrétneho inštitútu) do vnútroštátneho práva, má ambíciu stať sa právnou normou (všeobecne záväznou) a v konečnom dôsledku nadobúda opodstatnenosť svojej prvotnej existencie.

Príkladmo vo vzťahu k náhrade škody chceme priblížiť, že v rámci PETL pod pojmom škoda je možné vyčítať širšiu frekvenciu škodlivého účinku. Pre mimozmluvnú (deliktuálnu) zodpovednosť za škodu je namieste rozlišovať medzi pojmi škoda a odškodnenie,²² pričom čl. 2:101 PETL pre vyjadrenie škody predpokladá naplnenie materiálnej alebo alternatívnej (imateriálnej) ujmy na záujmoch, ktoré sú chránené právom.²³

V nadväznosti na PETL spomenieme pojem právne relevantnej škody,²⁴ ktorá je obsahom VI. knihy 2. kapitoly DCFR, a tvorí jeden zo základných predpokladov vzniku zodpovednosti.²⁵ Z gramatického výkladu možno konštatovať, že pre účely náhrady nebude zohľadnená každá škoda (každý škodlivý následok), ale len tá, ktorá spĺňa určité kritériá. Právne relevantnou škodou je každá ekonomická (materiálna), či neekonomická (nemateriálna) ujma (vrátane ujmy na zdraví) za predpokladu, že je to stanovené v pravidlách podľa VI. knihy 2. kapitoly DCFR, alebo ide o ujmu vzniklú

²² von BAR, CH.: *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Non – Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liability Damages)*, Oxford University Press, New York, 2009, str. 244, ISBN 978 – 0 – 19 – 922941 – 3

²³ Článok 2:101 PETL v platnom znení: „*Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest*“.

²⁴ von BAR, CH. – CLIVE, E. – SCHULTE-NÖLKE, H. et al.: *Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier european law publishers, Munich, 2009, str. 396, ISBN 978-3-86653-097-3

²⁵ NOVOTNÁ, M.: *Mimozmluvná zodpovednosť za škodu. Predpoklady vzniku mimozmluvnej zodpovednosti za škodu. Modifikovaný koncept protiprávnosti*. In: JANČO, M. – JURČOVÁ, M. – NOVOTNÁ, M. a kol.: *EURÓPSKE SÚKROMNÉ PRÁVO*, Prvé vydanie, EUROIURIS, Bratislava, 542 s., 2012, str. 450, ISBN 978 – 80 – 89406 – 19 – 7

ako dôsledok porušenia zákonom stanoveného práva alebo sa má na mysli ujma vzniklá následkom porušenia právom chráneného záujmu.²⁶

Podľa **profesora Jozefa Suchožu** aktuálnosť skúmania (nielen vyššie spomenutých) inštitútov vystupuje do popredia v súčasnom období v súvislosti s prebiehajúcim procesom rekodifikácie občianskeho práva, t.j. prípravou nového Občianskeho zákonníka, svojimi dôsledkami zasahujúceho (nielen okrajovo) oblasť obchodných vzťahov, upravených v Obchodnom zákonníku.²⁷

4. Záver

Za najzákladnejší cieľ *soft law* možno považovať jeho pôsobenie na slovenský právny poriadok. Preto treba čo najefektívnejšie vyabstrahovať eventuálne riziká, ktoré by mohli predpokladaný zámer narušiť a zamedziť do budúcnosti devalvácii právnych predpisov. Táto akademická iniciatíva slúži ako vzor pre prijímanie nových kódexov (zákonov) pre právnu prax. Na úrovni Európskej únie sa predpokladá prijatie Európskeho občianskeho zákonníka,²⁸ čo by v konečnom dôsledku znamenalo naplnenie predpokladaného cieľa harmonizácie, t.j. možnosti kreovania európskeho súkromného práva.

Kontakt

cisko.lukas@gmail.com

²⁶ ELISCHER, D.: *Pojetí škody, resp. újmy v aktuálních dokumentech evropského deliktního „soft law“*, PRÁVNÍK, Roč. 150, č. 4, 2011, Praha, str. 391, ISSN 0231 – 6625

²⁷ SUCHOŽA, J.: *Vztah práva a ekonomiky v období krízových situací v národném hospodářství (legislativne úvahy a podnety)*, Ekonomický časopis, Roč. 61, č. 5, 2013, str. 515, ISSN 0013 – 3035

²⁸ **European Civil Code (ECC)**. Je ústrednou iniciatívou (projektom) harmonizácie súkromného práva v rámci Európskej únie od roku 1989, kedy Európsky parlament prostredníctvom svojej rozhodovacej činnosti inicioval zosúladenie súkromného práva členských štátov, a zároveň vyzval orgány Európskych spoločenstiev k príprave jednotného európskeho zákonníka súkromného práva. Jeho vytvorenie a prijatie bude kľúčovým momentom ako z hľadiska historicko-právneho, tak aj z hľadiska medzníka nových právnych pomerov v európskej komunite.

K tomu pozri bližšie: JANČO, M. – JURČOVÁ, M. – NOVOTNÁ, M. a kol.: *EURÓPSKE SÚKROMNÉ PRÁVO*, Prvé vydanie, EUROIURIS, Bratislava, 542 s., 2012, ISBN 978 – 80 – 89406 – 19 – 7

Ing. Karolína Červená, PhD.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Prečo sa história opakuje...alebo sú krízové javy v ekonomike nevyhnutnosťou?¹

Abstrakt

Nástup a priebeh súčasných hospodárskych krízových javov, prejavujúcich sa vo viacerých krajinách sveta, sa okrem iného, často spája aj s procesom globalizácie (v súčasnosti sa vo svete permanentne stretávame s ekonomickými problémami, viac alebo menej závažnej povahy, ktoré sa vzájomne prelievajú medzi jednotlivými krajinami). V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že hospodárska prax, sa často odvoláva pri riešení dnešných ekonomických problémov, ktoré sa objavujú v jednotlivých krajinách sveta, na akúsi „neschopnosť“ ekonomickej teórie ponúknuť konštruktívne riešenia, ktoré by viedli k eliminácii vzniku krízových javov, resp. k ich minimalizácii. Túto závažnú problematiku je ale potrebné vnímať v interakcii...a to predovšetkým v zmysle zodpovedania otázky...akú úlohu v tejto súvislosti zohráva štát (v kontexte politických rozhodnutí)...do akej miery sú schopné administratívne opatrenia ovplyvňovať celkový hospodársky vývoj...a do akej miery sa na celkovom ekonomickom dianí môže podieľať jednotliviec? Hľadanie korektnej odpovede na predmetné otázky si vyžaduje komplexný prístup a spoluprácu odborníkov z viacerých oblastí (ekonómie, práva, politiky, psychológie a ďalších).

Abstract

The onset and course of the current economic crisis phenomena manifested in several countries, among other things, often associated with the process of globalization, as currently the world constantly faced with economic problems, more or less serious nature, which are mutually spill over across countries. In this context it should be noted that the economic practice, often referred to solve the current economic problems that occur in various countries around the world, the kind of "inability" of economic theory to offer constructive solutions, which would lead to the elimination of crisis phenomena, resp. to minimize them. This material should be seen in the interaction...especially in terms of answering the question...what role in this respect by the state (in the context of policy decisions)...to what extent are able administrative measures to influence overall economic development...and the extent to which the overall economic events may contribute an individual? Finding correct

¹ Tento príspevok predstavuje čiastkový výstup z riešenia grantového projektu APVV 0263-10 „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“, ako aj projektu VEGA č. 1/1170/12.

answers to the questions at issue requires a comprehensive approach and collaboration of experts from various fields (economics, law, politics, sociology, psychology).

Úvodom

Pre súčasnú ekonomickú vedu 21-vého storočia sú reálnym ekonomickým dianím vo svete nastolené viaceré závažné problémy, ktoré je potrebné vnímať, definovať, analyzovať, charakterizovať a následne aj hľadať možnosti ich riešenia...a práve preto, odhliadnuc od rýdzo ekonomického vnímania súčasnej hospodárskej situácie, je potrebná reflexia minulých ale predovšetkým dnešných ekonomických javov, teoretických prístupov a návrhov riešení. Ako uvádza vo svojej štúdii aj Šikula,² vychádzajúc z poznatkov renomovaných predstaviteľov ekonomickej vedy,³ je zrejmé, že objektívna identifikácia príčin dnešných globálnych ekonomických problémov si vyžaduje komplexný interdisciplinárny prístup, čo by malo zároveň predstavovať aj reálny základ na elimináciu, respektíve obmedzenie možnosti opakovaného vzniku rozsiahlych globálnych ekonomických problémov.

Hľadanie príčin...

Ekonomické cykly pod vplyvom úverovej expanzie sa počas histórie finančníctva objavovali častejšie ako by sme si možno mysleli (len za ostatných cca 40 rokov sa vyprofilovalo 124 systémových bankových kríz, v priebehu 80-tych rokov 20-teho storočia aspoň jednu finančnú krízu zažívali latinskoamerické krajiny, koncom 80-tych a začiatkom 90-tych rokov 20-teho storočia krízu zažili aj mnohé ekonomicky vyspelé krajiny ako Japonsko, Nórsko, Švédsko, USA, ale počas 90-tych rokov finančné „prepady“ zažívali aj viaceré ázijské krajiny ako Thajsko, Južná Kórea, Indonézia)...pravdou ale je, že to boli krízy lokálneho charakteru, teda neprejavili sa ako kríza globálna. V rokoch 2007-2008, v Spojených štátoch amerických, sa ale začala prejavovať finančná kríza, ktorá už bola globálneho charakteru. Za jednu z možných príčin vzniku sa považuje aj rozsiahla ekonomická deregulácia, ktorá sa začala uplatňovať v období *Carterovej administratívy*⁴ a jej realizácia, v podobe liberálnej ekonomickej politiky, sa postupne praktizovala v oblasti médií, telekomunikácií, ako aj finančných služieb (v roku 1999 prezident Clinton podpísal *zákon o modernizácii finančných služieb*, na základe ktorého bolo umožnené komerčným a investičným bankám fúzovanie, čoho následkom bol vznik rozsiahlych finančných skupín). Obdobie vplyvu konzervatívnej ekonómie v USA vyvrcholilo počas rokov 1997-2007, pričom práve v tom čase sa objavili tri špekulatívne finančné bubliny, a to v technologických akciách, v realitách a vo fyzických komoditách (napr. ropy). Ako náhle takáto „bublina“ vznikne, nedá sa už

² Šikula, M. : Pretrvávajúca globálna kríza a nároky na prehodnocovanie ekonomickej teórie. In: *Vývoj a perspektívy svetovej ekonomiky: Medzi stagnáciou a oživením*. Bratislava: Ekonomický ústav SAV, 2012, s. 285-310.

³ napr. Sorosa, Magdofa, Stiglitz, Krugmana, Fostera a ďalších

⁴ kedy došlo napr. aj k zrušeniu obmedzenia letových trás

spoliehať na to, že by trhy dokázali „vlastnými silami“ aj naďalej efektívne rozdeľovať a využívať existujúce zdroje⁵.

Okrem iných autorov aj Allen⁶ zdôrazňuje potrebu nového myslenia v prístupe k hľadaniu príčin a vysvetľovaní vzniku krízových javov v 21-vom storočí, a taktiež v hľadaní odpovede na otázku prečo a či naozaj nebolo možné zabrániť prehĺbovaniu, resp. rozširovaniu sa krízových procesov v ekonomike?...a zároveň sa pripája aj k názoru Druckera⁷, a to v tom zmysle, že od začiatku 80-tych rokov 20-teho storočia finančné trhy nastúpili cestu „vlastnej existencie“, resp. „vlastného života“ (v zmysle vlastného vyhľadávania zisku), čo reálne znamená, že ich fungovanie nekorešpondovalo s vývojom na trhoch tovarov a služieb, čím rozhodne dochádzalo a naďalej bude dochádzať k deformáciám ekonomických informácií, disproporcii medzi finančným sektorom a reálnou ekonomikou, kedy neviditeľné finančné procesy môžu vyvolávať zmeny v hmotných vzťahoch produkcie. Subjekty pôsobiace na finančných trhoch (centrálne banky nevynímajúc) môžu niekedy až hazardne zväčšovať alebo zmenšovať peňažné zásoby (bohatstvo) v ekonomike, a to aj nezávisle od akýchkoľvek predchádzajúcich (pôvodných) zmien v hrubom domácom produkte (celkový objem, štruktúra), resp. od zmien prebiehajúcich v ďalších reálnych ekonomických procesoch...originálnym prínosom Allena je jeho úvaha o „super“ finančnom cykle, ktorý nastúpil cca v roku 2007 po období dlhotrvajúceho boomu⁸ pričom za príčinu súčasných ekonomických globálnych problémov, odvíjajúcich sa od situácie na finančných trhoch, považuje dramatický odklon fungovania finančných trhov od reálnej ekonomiky⁹.

Niektorí ekonómovia (ako napríklad Colander, Haas, Follmer¹⁰) odmietajú všeobecne prijímanú charakteristiku ostatnej finančnej krízy, ako dobre známeho vzoru striedania sa fáz konjunktúry a recesie, sú toho názoru, že súčasná kríza sa líši od tých predchádzajúcich a to v tom zmysle, že jej pôvod je potrebné spojiť s existenciou novovytvorených finančných produktov, ktoré vytvorili rozsiahly priestor pre nové investičné príležitosti, pričom ale na rozdiel od predchádzajúcich období už tieto nové investície nesmerovali ťažiskovo do materiálnych oblastí investovania. Skutočnosť, ako vytváranie peňažnej likvidity nevyžadujúcej rezervy, interaktívne finančné modely, proces ničenia peňažného bohatstva, autonómne fungovanie, doviedli finančné trhy výrazne ďaleko za hranice ich prirodzene možného rovnovážneho stavu, čo logicky vyvolalo ich následný úpadok. Taktiež globálny charakter súčasnej krízy má jednoznačnú spojitosť práve s finančným sektorom ekonomiky, ktorý sa vyznačuje výraznou mierou vzájomného prepojenia medzi krajinami. Globalizačný proces spôsobil výraznú rekonfiguráciu a modifikáciu

⁵ problém deformovaných ponúk je najvýraznejší práve na trhoch s finančnými produktmi

⁶ Allen, R. E. : *Financial Crises and Recession in the Global Economy*. UK - Northampton, 2009.

⁷ Drucker, P. F. : *The Changed World Economy. Foreign Affairs, Winter*. 1985-1986.

⁸ cca od 80-tych rokov 20-teho storočia

⁹ finančné trhy absorbovali novovytvorenú silu peňazí vo väčšej miere ako sa pôvodne predpokladalo (nad úrovňou predikcií rovnováhy), čoho následkom bolo nadhodnotenie cien aktív a stimulácia produkcie za marginálnu úroveň (v období krachu finančných trhov nastáva opačný efekt)

¹⁰ Colander a kol. : *The financial Crisis and the Systemic Failure of Academic Economics*. Kiel: Institute for the World Economy, Working Paper, No. 1489, 2009.

regulačnej a stabilizačnej funkcie štátu, pričom do popredia sa stále viac dostáva akási ústretovej adaptácia na podmienky, ktoré tento proces vytvára, a to s cieľom čo najlepšie participovať na efektoch globálneho využívania komparatívnych výhod...globalizácia teda vedie k postupnej inverzii úlohy národných štátov vo vzťahu ku transnacionálnym korporáciám, kedy národné štáty postupne prestávajú byť organizátormi hospodárskej súťaže podnikateľských subjektov a stávajú sa z pohľadu globálneho už len jej účastníkmi.

Subprimový boom predstavoval zlyhanie trhu za účasti obmedzeného poznania, neistoty, skrytých informácií, sledovania trendov a poskytovania veľkého množstva úverov, keďže tieto skutočnosti sú v modernej ekonomike endemické, jedná sa vždy o zlyhanie obchodné. Ako k takémuto rozsiahlemu „krachu“ mohlo dôjsť v období vyspelej ekonomiky? Podľa názoru Cassidyho¹¹ hlavnú úlohu tu zohrali „zlé“ (nevhodné) ekonomické rozhodnutia, ktoré boli podmienené dlhodobým udržovaním nízkych úrokových mier, čím došlo k zdeformovaniu cenového signálu (čo malo za následok vznik „bubliny“ v stavebníctve)...za ďalšie faktory vzniku finančného krachu považuje chamtivosť a hlúposť. Kto bol, kto je a kto bude zodpovedný za vznik a rast takýchto „obchodných chýb“?...budú to občania ako ekonomické subjekty, podnikatelia, alebo je potrebné „viniť“ z takýchto zlyhaní štát? (na úrovni občana a niektorých podnikateľov to bude vždy súvisieť s ich individuálnou zodpovednosťou...,ale čo zodpovednosť veľkých korporácií a štátu?...je vôbec kolektívna zodpovednosť reálna?...v praxi sa často stretávame so skutočnosťou, že kolektívna zodpovednosť je v podstate žiadna zodpovednosť. V snahe o „odhalenie vinníka“ za vznik a rozvoj ostatnej finančnej krízy konzervatívny ekonómovia v USA poukazovali na zodpovednosť FED-u, ministerstva financií a dvoch veľkých hypotekárnych spoločností (Fannie Mae, Freddie Mac), za ktorých dlh sa nepriamo zaručilo americké ministerstvo. Medzi konzervatívami zdieľajúcimi tento spoločný názor sa objavil iný konzervatívce (Richard Posner¹²), ktorý tvrdí, že primárne a možno aj celkovo, je kríza dôsledkom rozhodnutí, ktoré urobili súkromné spoločnosti v prostredí žiadnej, resp. minimálnej regulácie¹³. Kríza subprimových hypoték bola ďalšou v rade mimoriadnych udalostí, ale nie takou, ktorá by prišla bez varovania...už v roku 2002 niektorí finanční analytici a komentátori (ako napr. Ian Morris¹⁴, R. Dallow¹⁵, Ch. Wood¹⁶), avizovali skutočnosť, že dochádza k strate na hodnotách vidieckych a periférnych nehnuteľností (vplyvom inflačných cien týchto nehnuteľností), čo zároveň spôsobuje nárast hypotekárnych úverov, ktoré sú v reálnom rozpore s dosahovanými príjmami. Greenspan¹⁷ (ako aj niektorí ďalší ekonómovia) boli zrejme presvedčení, že vývoj komplikovaných a ťažko pochopiteľných finančných produktov, akými sú cenné papiere založené na subprimových hypotékach (MBS), zaistené dlhové záväzky (CDO) a swapy úverového zlyhania (CDS) budú zvyšovať výkonnosť finančného

¹¹ Cassidy, J. : *How markets fail: The Logic of Economic Calamities*. Prekl. Kovářová, O. Praha: Academia, 2012.

¹² jeden zo zakladateľov školy „Právo a ekonómia“

¹³ s čím priamo súvisí funkcia a úloha štátu

¹⁴ americký ekonóm z HSBC Bank

¹⁵ realitný maklér a majiteľ realitnej kancelárie

¹⁶ odborník na investičné stratégie

¹⁷ v tom čase vo funkcii *chairman of the Board of Governors of the [Federal Reserve System](#)*

systému a zabezpečovať rozloženie, resp. minimálne riziko. Ako sa ukázalo takéto zabezpečenie fungovania finančného systému nebolo postačujúce...a to nie len v USA.

Čo na to štát a dane?

Štát, ako konštatuje Rambousek vo svojej publikácii,¹⁸ „spořáda všechno“: *dane (z príjmov, spotrebné dane), poistenie (sociálne, zdravotné), cla...atd.* a taktiež, že „zákonodarcí“ (politici) sa vždy radi chopili príležitosti (a to prostredníctvom práva) upravovať možnosti regulácie konania (správania sa) občanov. V niektorých prípadoch je nesporné vnímať takúto verejnú reguláciu ako prospešnú celku (napr. povinná školská dochádzka, celoplošné očkovania), ale otázka znie...kde by sa mala produkcia vyhlášok, nariadení a ďalších predpisov upravujúcich konanie subjektov zastaviť? Napokon kde je záruka, že v prípade ak za niečo hlasuje väčšina je to naozaj potrebné a prospešné celej spoločnosti¹⁹? Niektoré zásahy štátu (v podobe regulácie) majú za cieľ ochrániť spotrebiteľa...ale je to skutočná „ochrana“ spotrebiteľa²⁰? Dodržovanie nespočetného množstva predpisov sa premieta do nákladov a tie musí predsa niekto aj uhradiť...a ten niekto je napokon reálne vždy spotrebiteľ, a to aj napriek tomu, že existuje štátom platená inštitúcia na ochranu spotrebiteľov, ktorej náklady na fungovanie napokon taktiež uhradza len spotrebiteľ...otázkou je, či by sa napokon často efektívnejšie nedokázal spotrebiteľ ochrániť aj sám...čím by získal výrobok za nižšiu cenu? Výrobca sa väčšinou regulovaniu a novým predpisom vyslovene nebráni...a to často iba z toho dôvodu, že zvyšujú náklady a tým bránia vstupu ďalších možných konkurentov do odvetvia. Štátne orgány určené k ochrane verejných záujmov svojím permanentným regulovaním dokazujú nutnosť svojej existencie, pričom žijú z regulácie a regulovania...motivácia zúčastnených vedie k tomu, že neustále pribúdajú pseudoverejne prospešné statky (v podobe rôznych „nevyhnutných predpisov“²¹), pričom na rozdiel od producentov súkromných statkov sa nemusia svoj produkt snažiť reálne predat'...verejné statky neprechádzajú klasickým spôsobom trhom²². Príjmy poskytovateľov verejných statkov pochádzajú zo štátneho rozpočtu, pričom získajú svoje príjmy skôr ako začnú konkrétny verejný statok poskytovať. Z rozpočtu platení producenti verejných statkov nemusia (a v podstate ani nemôžu sporiť, keďže neminutý príjem musia vrátiť...čo ale akosi nebýva zvykom). Keďže verejné statky neprechádzajú trhom je priam nemožné overiť aké množstvo a kvalitu požadujú

¹⁸ publikácia *Všeřravý stát* z roku 2012

¹⁹ napr. „prohibičný zákon“ (z 30-tokov 20-teho storočia v USA) poukazuje na tento fakt...tento predmetný regulačný predpis síce väčšina obyvateľstva schvaľovala a vnímala ako prospešný, ale reálnym dôsledkom aplikácie tohto zákona bol vznik organizovaného zločinu (pašovanie alkoholu a jeho predaj), korupcia v polícii ako aj prerastanie zločinu do politiky...v konečnom dôsledku sa teda (v USA, počas platnosti prohibičného zákona) stal obchod s alkoholom, pre istú skupinu občanov, veľmi výnosnou záležitosťou, a to práve vďaka prohibícii, teda vďaka štátnej regulácii

²⁰ napr. na výrobku české buchtičky s makom je uvedená informácia obsahujúca cca 300 slov a 56 číselných údajov, ktoré väčšinu spotrebiteľov nezaujímajú, ale na druhej strane sa tým zvyšujú náklady producenta, ktoré samozrejme vstupujú do ceny daného produktu

²¹ napríklad predpisy o tvare banánov a im podobné

²² existujú akoby mimo trhu a sú poskytované akoby zadarmo a všetkým

spotrebitelia...teda verejné statky nemajú v ekonomickom zmysle svoju cenu (ich cenu v podstate predstavuje rozpočet určený na ich produkciu)...verejné statky nemôžu prinášať zisk, ktorý je hnacím motorom efektívnosti (nápadov, inovácií, zlepšení). Ktorý statok je teda vlastne verejne prospešným statkom?...o tom rozhodujú volení zástupcovia (poslanci), ale aj nevolení štátni úradníci a to tým, že na nich pridelia verejné zdroje...verejne prospešné statky tak vznikajú rozhodnutím. Položme si v tejto súvislosti otázku, ako kompetentní rozpoznajú (vyhodnotia a určia), ktorý produkt je reálne verejne prospešným statkom? Zákazy a príkazy, v podobe právnych predpisov, ktoré obmedzujú osobnú slobodu voľby, konania poukazujú na to, že existujú aj „verejne neprospešné statky“...ktoré statky budú teda skutočne verejne prospešné a ktoré nie?...o tejto skutočnosti rozhodujú volení aj nevolení zástupcovia štátu podľa svojej ľubovôle²³...takzvaný „spoločenský záujem“ je ale v podstate vždy záujmom len niekoho a niektorých, a teda niekomu prospeje a iným môže naopak uškodiť. S koncepciou poskytovania verejných statkov, sa v súčasnosti stále intenzívnejšie stretávame aj na nadnárodnej úrovni²⁴ (napokon aj Európska únia pôvodne vznikla za účelom poskytovania verejne prospešného statku „slobodná ekonomika“, a to v zmysle vytvorenia hospodárskej únie zabezpečujúcej odstránenie colných bariér²⁵, zabezpečenia voľného pohybu tovarov, služieb, kapitálu, osôb).

Dane vo svojich najrôznejších podobách sú určitým nástrojom regulácie ekonomiky a môžeme ich chápať ako nástroj intervencionistickej politiky, a to v tomto zmysle: 1. dane smerujúce k obmedzeniu produkcie a spotreby, 2. daň vyvlastňujúca časť príjmu alebo bohatstva, 3. daň vyvlastňujúca príjem a bohatstvo úplne. Ciele zdanenia z pohľadu fiskálneho a nefiskálneho sú v rozpore, pričom tento rozpor nie je možné v zásade konštruktívne vyriešiť...moc zdaňovať v sebe obsahuje zároveň moc ničiť...túto moc je možné použiť aj k zničeniu trhového hospodárstva²⁶ (napríklad zvyšovaním spotrebnej dane z liehu, piva, vína, dochádza k zvyšovaniu ceny výrobku, čím môže zároveň dochádzať k poklesu príjmov do štátneho rozpočtu, ale zároveň tak daň plní nefiskálny cieľ smerujúci k poklesu spotreby alkoholických nápojov). Zdanenie by malo vychádzať z princípu trhového hospodárstva, t. j. dane, ktoré nezasahujú výrazným spôsobom do výroby a spotreby²⁷. Ako píše Mises...veľká časť literatúry zaoberajúca sa problematikou zdanenia, rovnako ako aj politika, sa zaoberá skôr hľadaním spravodlivej dane ako dane neutrálnej. Neutrálna daň by ovplyvnila situáciu občanov iba do tej miery, že časť práce a materiálnych statkov je absorbovaná vládny aparátom. V imaginárnom svete rovnomerne plynúcej ekonomiky ministerstvo financií sústavne uvaľuje dane a míňa celý príjem

²³ výsledkom môže byť napríklad aj realita, že v niektorej krajine si v nedeľu pokojne zájdete na nákup do supermarketu a v inej susednej krajine to možné nebude...

²⁴ napr. organizácia OSN vznikala tiež za účelom poskytovania verejne prospešného statku „svetový mier“

²⁵ pozri bližšie napr. Prievozníková, K. : Vývinové tendencie v oblasti colného práva. In: *Humanum: Miedzynarodowe Studia Społeczno-Humanistyczne*. 2008, č. 1, s. 223-226. ISSN 1898-8431, ako aj Prievozníková, K. : Smerovanie colného práva po vstupe do Európskej únie. In: *Stretnutie finančných právnikov*. Bratislava, 2007, s. 149-152. ISBN 978-80-8054-410-2

²⁶ konštatoval Marshall, J., ktorý pôsobil aj vo funkcii predsedu Najvyššieho súdu USA

²⁷ každá konkrétna daň, napokon tak ako aj celý daňový systém, po prekročení určitej výšky jej nastavenia smeruje k vlastnej deštrukcii

na financovanie nákladov spojených s aktivitami vládnych úradov, pričom časť príjmu každého občana je vynakladaná na verejné výdavky. Ak predpokladáme, že v takejto rovnomerne plynúcej ekonomike prevažuje dokonalá príjmová rovnosť a to v takej podobe, že dôchodok každej domácnosti zodpovedá počtu ich členov, tak ako daň „z hlavy“, tak aj proporcionálna daň z príjmu by bola v podstate neutrálnou daňou (časť príjmu každého človeka by bola absorbovaná verejnými výdavkami a nedochádzalo by ku druhotným dopadom zdanenia). Reálna ekonomika ale nefunguje rovnomerne a teda sa od rovnomerne plynúcej ekonomiky odlišuje neustálymi zmenami a nerovnosťou príjmov a bohatstva. V takomto systéme trhového hospodárstva je zrejme nemožné nastaviť neutrálnu daň. Daň z hlavy, ktorá zdaňuje každého občana jednotne a rovnako bez ohľadu na veľkosť jeho príjmu a bohatstva „dopadne“ viac na ľudí s priemerným príjmom ako na ľudí s nadpriemerným príjmom. Jej makroekonomický efekt následne spočíva v obmedzení výroby produktov, ktoré sú spotrebovávané viac občanmi s priemerným príjmom, na druhej strane ale menej obmedzuje tvorbu úspor a akumuláciu kapitálu ako progresívne zdaňovanie...nespomáha tendenciu k poklesu hraničnej produktivity kapitálových statkov. Existujúce fiskálne politiky sa dnes prikláňajú k myšlienke, že dane by mali byť občanovi vymierané podľa jeho „schopnosti platiť“, pričom cieľom naplnenia tejto tézy je sa priblížiť k obsahu neutrálneho zdanenia...kde sa princíp „schopnosti platiť“ dane často spája s princípom sociálnej spravodlivosti, čo ale znamená určitý odklon od fiskálnej a rozpočtovej podstaty daní, v takomto prípade sa základnou funkciou zdanenia stáva reforma sociálnych podmienok v súlade so sociálnou spravodlivosťou (s myšlienkou sociálnej spravodlivosti sa stretávame v oblasti zdaňovania v princípe platby daní podľa schopnosti ich platiť)...pokiaľ bude existovať akákoľvek nerovnosť v príjmoch a bohatstve je možné tvrdiť, že vyššie príjmy a hodnota majetku odhaľujú prebytok schopnosti platiť daň, a taktiež je možné argumentovať, že akákoľvek existencia nerovnosti príjmu a bohatstva odhaľuje rozdiely v schopnosti platiť, z čoho vyplýva, že v prípade naplnenia myšlienky sociálnej spravodlivosti platenia daní (podľa schopnosti platiť) by muselo nutne dochádzať k odobratiu príjmu a hodnoty majetku až na úroveň, ktorú dosiahne občan s najnižším príjmom a hodnotou majetku.

Záverom

Marford²⁸, T. konštatuje, že síce nevieme toho mnoho o našej ekonomickej prehistórii...je ale nepochybnou realitou, že ekonomický rast v priebehu dejín výrazne akceleroval...na podklade zaznamenávaných historických faktov by sme mohli skonštatovať, že s rastom príjmov sa výrazne a permanentne začíname stretávať až v 19. storočí²⁹ (existenčný príjem ľudí v ekonomickej histórii bol cca 1 dolár denne a to až do roku 1880, ktorý predstavoval významný medzník v raste príjmu, od tohto obdobia sa príjem na osobu zvýšil desaťnásobne a jeho rast pokračoval aj naďalej). Priemerný denný príjem na osobu v najbohatších krajinách

²⁸ anglický ekonóm a žurnalista

²⁹ ekonomický rast pred týmto obdobím sa skôr odrazil v populačnom raste ako v raste príjmov obyvateľstva

sveta je v 21. storočí cca 100 amerických dolárov...v tomto zmysle teda nebola historicky ekonomika nikdy na prudkom vzostupe³⁰.

Ludwig von Mises vo svojom diele *Human Action* konštatuje, že ekonómia je teoretickou vedou, a teda ako taká sa zdržiava hodnotových súdov a taktiež nie je jej úlohou hovoriť ľuďom o čo by sa mali usilovať (aké ciele dosahovať), vychádzajúc zo samotnej podstaty vednej disciplíny, by veda nemala „nariadovať“ človeku ako jednať, ale ukázať mu akým spôsobom musí jednať ak chce dosiahnuť určité ciele. V súčasnom štádiu ekonomického myslenia a politických procesov nie je možné riešiť spoločenské problémy izolovane. Otázky charakteru, či má byť za predmet záujmu (konečný cieľ) považovaná spoločnosť alebo jednotlivec, či záujmy jednotlivcov majú byť podriadené záujmom spoločnosti alebo naopak, sú v končnom dôsledku „neplodné“...keďže konanie (aj keď to spoločné) je vždy konaním jednotlivca...autor tu poukazuje aj na skutočnosť, že v hypotetickom svete kde by neexistovala deľba práce, ktorá zvyšuje produktivitu, neexistovala by ani spoločnosť (ako spoločenstvo ľudí). Charakteristickým rysom ľudskej spoločnosti je účelová spolupráca, spoločnosť je teda výsledkom ľudskej činnosti, t.j. vedomého smerovania k dosiahnutiu cieľov. Historická úloha teórie deľby práce bola rozpracovaná anglickou politickou ekonómiou (od Huma až po Ricarda), čím bola dovŕšená duchovná, mravná a intelektuálna emancipácia ľudstva, kde heteronomickú a inštitucionalistickú etiku nahradila autonómna racionálna morálka. Právo a zákonnosť, mravný kód a sociálne inštitúcie už nie sú uctievané ako „nariadenie z nebies“...majú ľudský pôvod a jediné meradlo, ktoré sa musí v tomto zmysle používať je kritérium prospešnosti pre ľudské blaho. Predstavitelia utilitarizmu radia konať človeku v zmysle *fiat iustitia, ne pereat mundus* a nie *fiat iustitia, pereat mundus*...teda radia mu aby poznal, čo sú jeho správne chápané záujmy a nežiadajú aby sa zriekol svojho blahobytu v prospech spoločnosti...spoločnosť a štát sú pre všetkých ľudí základným prostriedkom k dosiahnutiu cieľov, ku ktorým smerujú svojou vlastnou vôľou.

Z uvedeného textu môžeme vydedukovať skutočnosť, že ak väčšina je „za“ nezaručuje to ešte ekonomickú efektívnosť a ani ekonomickú spravodlivosť...nedostatky skupinového rozhodovania sú vlastné v podstate akejkolvek skupine, ktorá rozhoduje hlasovaním...pri hlasovaní v skupine sa vytráca racionalita jednotlivca. Ako uvádza aj Šikula vo svojej štúdií ekonomické modelovanie musí byť kompatibilné, s aplikáciou pohľadov aj z iných odvetví (vedy o správaní sa človeka), pričom rozhodovanie jednotlivca bude vždy závislé na jeho informovanosti, motívoch, kapacite znalostí (vedomostí). Ekonómia založená na

³⁰ napr. anglický podnikateľ (Abraham Darby), ktorý začal vyrábať lacnú oceľ (na čo použil uhlie vo forme koksu ako palivo) dosiahol úspech, ktorý sa považuje za základ priemyselnej revolúcie, keďže výrobou lacnej ocele následne umožnil jej rozsiahle využitie (na stavbu lodí, železníc, strojov, mostov a pod.)...prečo sa ale tento „zlepšovák“ nerozšíril aj do kontinentálnej Európy?...dôvodom bola cena uhlia, teda tavenie železa bolo síce technologicky (v Nemecku, Francúzsku) možné, ale jednoducho v tej dobe nevýnosné...hľadanie odpovede na otázku: prečo práve Anglicko bolo dominantnou krajinou v zavádzaní „pokroku“ vo výrobe a realizácii technických výtvarných výrobkov tej doby, nás privádza k možnému dôvodu a to k výške mzdy (mzdy v Anglicku boli v porovnaní s ďalšími európskymi krajinami, ale aj s Čínou podstatne vyššie)

realite³¹ je menej unifikovaná ako napr. utopistická ekonómia, keďže dnešná moderná ekonómia už predstavuje zložitý labyrint, obsahujúci diferencované teórie, ktoré sa vzťahujú ku konkrétnemu zlyhaniu trhu, hľadanie „návodu“ na riešenie ekonomických problémov, resp. na ich elimináciu, sa tým v praxi značne komplikuje, pričom cca do konca 19-teho storočia sa stretávame s orientáciou politickej ekonómie na ekonomické aspekty ľudského konania³² (konanie na základe iných motív „nespadalo“ do pôsobenia výskumu v rámci ekonómie)...zmena pohľadu, ktorú vyvolali klasický ekonómovia viedla až k dnešnej modernej subjektívnej ekonómii³³, ktorá možno ponúkne konštruktívne východisko, už z historicky „začarovaného kruhu“ opakujúcich sa krízových javov a situácií, ktoré stále viac nadobúdajú aj globálnu povahu, čo z hľadiska celosvetového fungovania ekonomiky nemožno považovať za pozitívnu perspektívu...je jasné, že akákoľvek reforma je náročná a najnáročnejšia je vo vzťahu k vlastnému ekonomickému, ako aj politickému „mysleniu“, ktoré vedie k rozhodnutiam jednotlivcov, ktoré ovplyvnia ekonomiku ako celok, a to často so závažnými a dlhodobými dôsledkami.

Zdroje:

- Barinková, M. : Social protection. 2. rozšírené vydanie. In: *Právo sociálneho zabezpečenia*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 26-34. ISBN 9788073804039
- Barinková, M. : Sociálna politika. In: *Právo sociálneho zabezpečenia*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 13-26. ISBN 9788073802127
- Barinková, M. : Vzájomné ovplyvňovanie globalizačných procesov a sociálnej sféry. In: *Sociálnoprávne následky globalizácie svetovej ekonomiky*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2002, s. 16-24. ISBN 80-89047-33-5
- Bujňáková, M., Románová, A. : Aktuálne otázky verejných financií. In: *Dny práva 2011 - Finance veřejného sektoru (právní a ekonomické aspekty jeho fungování)*. Brno: Masarykova univerzita, 2012, s. 32-38. ISBN 9788021059146
- Cassidy, J. : *How markets fail: The Logic of Economic Calamities*. Prekl. Kovářová, O. Praha: Academia, 2012. 420 s. ISBN 978-80-200-2100-7
- Čipkár, J. : Globalizácia a európska integrácia. In: *Hospodárska a menová únia ako nástroj európskej integrácie*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2008, 28-45. ISBN 9788070977248
- Čipkár, J., Baňacký, M., Čakociová, K. : K reflexii hľadania Slovenska svojej identity v Európskych integračných procesoch. In: *Etické a filozofické aspekty práva a právnej kultúry*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2003, s. 159-165. ISBN 80-7097-533-4

³¹ formovanie ekonómie založenej na realite sa viaže k vzniku behaviorálnej ekonómii, ktorá vznikla spojením dvoch samostatných prístupov, a to ortodoxnej ekonómii (koniec 60-tych rokov 20-teho storočia) a psychológii v ekonomickom správaní sa jednotlivca

³² napríklad na základe ziskového motívu (teória bohatstva)

³³ do teórie ľudskej voľby bola zahrnutá aj teória trhových cien, pričom všeobecná teória voľby prekračuje hranice „rýdzo“ ekonomických problémov

Čipkár, J., Červená, K. : Ekonomika, politika a právo v kontexte súčasnej globálnej krízy. In: *Právo Obchod Ekonomika II*. Praha: Leges, 2012, s. 393-409. ISBN 978-80-87576-33-5

Čipkár, J. : Liberálne cnosti subjektov politického systému. In: *Politický systém Slovenskej republiky /stav - kontexty - perspektíva/*. Prešov: Katedra sociálno-politologických vied FF Prešovskej univerzity, 1997. Prešovské politologické dni, č. 1 (1996), s. 54-58.

Čipkár, J. : Globalizácia a koniec demokracie. In: *Ekonomika a spoločnosť a ich premeny v procese globalizácie*. Bratislava: Slovenská technická univerzita v Bratislave, 2012, s. 9-16. ISBN 9788022738279

Greenspan, A. : *Věk turbulencí*. Prekl. Orel, J. Praha : Fragment, 2008. 551 s. ISBN 978-80-253-0755-7

Marford, T : *The logic of life*. Prekl. Zidor, M. Praha: Práh s.r.o., 2012. 247 s. ISBN 978-80-7252-301-6

Mises, L. : *Human Action: A Treatise on Economics*. 4 th revised edition. Fox & Wilkes, 1996. Prekl. Šíma, J. a kol. Praha: Liberální institut, 2006. 959 s. ISBN 80-86389-45-6

Obadi, S. M. a kol. : *Vývoj a perspektívy svetovej ekonomiky: Medzi stagnáciou a oživením*. Bratislava: Ekonomický ústav SAV, 2012. 354 s. ISBN 978-80-7144-197-7

Rambousek, V. : *Všežravý stát*. Praha: PLOT, 2012. 143 s. ISBN 978-80-7428-124-2

Románová, A. : Sprievodný jav krízy - znižovanie daňových príjmov štátneho rozpočtu Slovenskej republiky v dôsledku porušovania a obchádzania zákona. In: *Finanční věda a finanční právo v prostředí hospodářské krize*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2010, s. 98-110. - ISBN 97888024426631

Románová, A., Bujňáková, M., Prievozníková, K. : Kilka uwag o podatku od transakcji finansowych. In: *System prawnofinansowy: „Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku”*. Warszawa: CeDeWu, 2013, s. 163-172. ISBN 9788375565683

Románová, A. : Politická vôľa ako limit práva na príklade dane z finančných transakcií. In: *Limity práva*. Praha: Leges, 2012, s. 386-393. ISBN 9788087576458

Štrkolec, M. : QUO VADIS verejné financie Slovenskej republiky? In: *Verejné financie Slovenskej republiky - Vybrané aspekty a tendencie vývoja*. Košice: UPJŠ, 2011, s. 83-92. ISBN 9788070978542

Štrkolec, M., Sýkora, M. : Verejné financie Slovenskej republiky v časoch predkrízových a krízových. In: *Finanční věda a finanční právo v prostředí hospodářské krize*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2010, s. 69-82. ISBN 97888024426631

Kontakt

karolina.cervena@upjs.sk

JUDr. Peter Huba

Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Katedra
finančného práva a daňového práva

Medzinárodné daňové plánovanie ako daňovo-právny fenomén súčasnosti¹

Abstrakt

Od 90. rokov 20. storočia daňovníci využívajú možnosti, ktoré so sebou prináša globalizácia svetovej ekonomiky. Jednou z nich je medzinárodné daňové plánovanie, ktoré je rozšírené v daňovo-právnom prostredí a v posledných rokoch má stúpajúcu tendenciu. Nielen nadnárodné obchodné korporácie, ale aj malé podniky sa snažia optimalizovať svoje daňové povinnosti a získať tak výhodu v konkurenčnom boji. Daňovníci využívajú právom nepokryté situácie, ktoré vznikajú v dôsledku vzájomného pôsobenia daňovo-právnych predpisov dvoch alebo viacerých štátov. Príspevok sa zaoberá špecifickými formami legálnych daňových únikov na dani z príjmu právnických osôb, ktoré majú medzinárodnú povahu a sú výsledkom činnosti, ktorá je označovaná ako agresívne daňové plánovanie. Predmetom skúmania sú právne aspekty jeho vzniku, pričom sa poukazuje na možné spôsoby riešenia tohto problému na vnútroštátnej i medzinárodnej úrovni.

Abstract

Since the 1990s taxpayers benefit from the opportunities posed by globalization of the world economy. One of them is international tax planning, which is extended in tax and legal environment and it has a growing trend in recent years. Not only multinational enterprises, but also small businesses seeking to optimize their tax obligations and gain a competitive advantage in the global market. Taxpayers exploit situations which are uncovered by the law that arise due to the interaction of the tax legislation of two or more states. The paper deals with specific forms of legal tax evasion on corporate income tax, which are international in nature and result from the activity, which has been described as aggressive tax planning. The subject of examination are the legal aspects of his formation, and paper also points out the possible ways of solving this problem at the national and international level.

¹ Príspevok vznikol ako čiastkový výstup v rámci riešenia grantového projektu VVGS č. VVGS-2013-108 „Formy a predchádzanie daňovým únikom pri medzinárodnom zdaňovaní“.

1. Úvod

Zdaňovanie subjektov patrí medzi suverénne právomoci štátov.² Pri cezhraničných aktivitách je problémom vzájomné pôsobenie vnútroštátnych daňovo-právnych predpisov, ktoré môže viesť k vzniku daňových medzier. Je to spôsobené tým, že štáty pri koncipovaní svojho daňového systému nezohľadňujú účinok právnych noriem iných štátov pri cezhraničnom zdaňovaní. Potom vznikajú nežiaduce situácie, ako je najmä dvojité zdanenie, kedy viacero štátov žiada splnenie daňovej povinnosti od spoločnosti, ktorá pôsobí na ich území. Štáty sa túto problematiku snažia riešiť uzatváraním bilaterálnych zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia. Tieto ustanovenia eliminujú dvojité zdanenie pri dohodnutých druhoch príjmov a majetku, ale ich nedôslednou formuláciou môže dôjsť k opačnej situácii, a to k dvojitému nezdaneniu.

Z počiatku štáty pokladali daňové plánovanie za legitímny postup, ktorým sa daňovníci snažili znížiť daňový základ a nezaoberali sa ani morálnym aspektom ich konania. V súčasnej dobe, ktorá je poznamenaná nízkym ekonomickým rastom spolu s neudržateľnou výškou verejných dlhov, možno zaznamenať zvýšenú snahu štátov o zamedzenie týchto aktivít.

Názov príspevku má zdôrazniť skutočnosť, že medzinárodné plánovanie už nie je doménou iba nadnárodných spoločností a kapitálovo silných podnikateľských subjektov. S postupujúcou globalizáciou a liberalizáciou obchodu a služieb dochádza k nárastu obchodných transakcií a regionálnemu až celosvetovému pôsobeniu aj malých obchodných spoločností. Medzinárodné daňové prostredie im umožňuje využívať rôzne štruktúry a formy daňového plánovania, vďaka ktorým si legálnou cestou znižujú daňové povinnosti alebo sa im vyhnú úplne. Predmetom tohto príspevku preto bude právny rozbor medzinárodného daňového plánovania a opatrení na jeho zabránenie, ktoré štáty prijímajú na medzinárodnej a vnútroštátnej úrovni. Osobitná pozornosť bude venovaná aktuálnym medzinárodným dokumentom, ktoré sa danou problematikou zaoberajú.

2. História medzinárodného daňového plánovania

Medzinárodné daňové plánovanie nie je vynálezom posledných rokov. Jeho počiatky siahajú až do medzivojnového obdobia, keď sa začal formovať systém medzinárodných daňových vzťahov založený na bilaterálnych daňových zmluvách. Spoločnosť národov sa v tomto období zaoberala problematikou prekrývania sa daňových právomocí štátov a metód spravodlivého rozdelenia medzinárodného daňového základu. Už v 20. rokoch 20. storočia expertné skupiny Spoločnosti národov konštatovali, že interakcia domácich daňových systémov môže viesť k dvojitému zdaneniu, ktoré má nežiaduce účinky na ekonomický rast štátov

² Toto konštatovanie neplatí absolútne, keďže štáty, ktoré sú členmi medzinárodných politicko-hospodárskych integračných zoskupení, ako je napríklad Európska únia, sa museli pred vznikom členstva v nich vzdať časti svojej daňovej suverenity. V prípade členských štátov Európskej únie ide najmä o podriadenie sa spoločným pravidlám v oblasti nepriamych daní.

a globálnu prosperitu.³ Z ich záverov vyplynulo, že k zamedzeniu medzinárodného dvojitého zdanenia dôjde najmä uzatvorením bilaterálnych daňových zmlúv, ktoré obsahujú pravidlá zdaňovania vybraných druhov príjmov a majetku a metódy vylučujúce dvojité zdanenie. Súčasne odporúčili štátom postupovať pri zdaňovaní príjmov na základe princípov štátu zdroja a daňovej rezidencie. V daňovo-právnej teórii sa stále vedie diskusia, či tieto princípy vedú k dosiahnutiu spravodlivého prerozdelenia celosvetových príjmov a daňového základu.⁴ Faktom ale zostáva, že štáty pri formulovaní svojich daňových politík využívajú obidva uvedené princípy zdanenia. Ktorý z nich sa použije v konkrétnych situáciách alebo pri určitých druhoch príjmov závisí od ekonomickej vyspelosti štátov a ich hospodársko-politických záujmov. Práve stret týchto dvoch princípov zdaňovania je jedným z predpokladov, ktorý umožňuje a vedie k medzinárodnému daňovému plánovaniu.

S prudkým rozvojom medzinárodného obchodu a ekonomickým rastom štátov po 2. svetovej vojne prišiel aj rozmach daňového plánovania. Postupne dochádzalo k zväčšovaniu osobného majetku jednotlivcov, ktorí sa snažili zachovať si svoje bohatstvo aj cestou vyhýbania sa daňovým povinnostiam. V tom čase bezvýznamné ostrovné štáty začali ponúkať daňové a ďalšie výhody, vďaka ktorým sa etablovali na medzinárodnej scéne pod súhrnným označením ako „daňové raje“. Ich služby začali využívať kapitálovo silné nadnárodné spoločnosti z anglo-amerického prostredia, ku ktorým sa neskôr pridali spoločnosti zo západnej Európy. Napríklad vzostup New Yorku ako svetového finančného centra je spojený so vznikom daňových preferenčných režimov na Kajmanských ostrovoch, Bermudách či Bahamách.⁵

V roku 1961 vznikla Organizácia pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (ďalej len „OECD“), ktorá sa stala vedúcim medzinárodným fórom pre rokovania o cezhraničných daňových otázkach. V roku 1963 zverejnila svoju prvú Vzorovú zmluvu o zdanení príjmu a majetku (ďalej len „Vzorová zmluva OECD“) a Komentár k nej.⁶ Od tej doby je Vzorová zmluva OECD priebežne aktualizovaná, pričom jej prvá revízia bola vykonaná v roku 1977 a posledná v roku 2010. Na jej základe uzatvárajú ekonomicky vyspelé štáty bilaterálne daňové zmluvy, ktoré zakotvujú pravidlá zdaňovania určitých príjmov, výmenu informácií medzi príslušnými orgánmi v boji proti daňovým únikom, ale zároveň obsahujú aj ustanovenia zabezpečujúce právnu istotu a nediskrimináciu subjektov, ktorá je nevyhnutná pre prilákanie zahraničných investícií.⁷ V tomto smere zastávame názor, že zmluvy o zamedzení dvojitého sú najvýznamnejším prameňom medzinárodného

³ Pozri: Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, s. 7. [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete: [<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>].

⁴ Pozri napr. HJI PANAYI, CH. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*. London : Kluwer Law International, 2007. s. 5-6.

⁵ Pozri viac: PETROVIČ, P. a kol. *Encyklopedie mezinárodního daňového plánování*. 1. vyd. Beroun : Martin Novotný - NEWSLETTER - vydavatelství, 2002. s. 66-70.

⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version. Paris : OECD Publishing, 2010.

⁷ Pozri viac: HUBA, P. *The Role of Double Tax Conventions in International Tax Law*. In: AD ALTA: Journal of Interdisciplinary Research. Vol. 3, No. 1, 2013. s. 50-53.

daňového práva. Niektorí autori dokonca medzinárodné pravidlá a normy v nich obsiahnuté považujú za súčasť medzinárodného obyčajového práva.⁸

Od konca 80. rokov minulého storočia dochádzalo v mnohých štátoch sveta k zmene politicko-hospodárskych pomerov. Postupne sa stávali členmi Svetovej obchodnej organizácie a súčasťou svetovej ekonomiky. Štáty strednej a východnej Európy, ktoré vstúpili do Európskej únie, sa stali súčasťou jednotného trhu charakterizovaného voľným pohybom osôb, kapitálu, služieb a tovarov. Globalizácia hospodárskeho priestoru, liberalizačné tendencie a užšia integrácia priniesli so sebou mnoho príležitostí, ale aj problémov. Jedným z nich je medzinárodné daňové plánovanie, ktoré sa týka všetkých štátov sveta.

Medzinárodné daňové pravidlá, ktoré sú obsiahnuté v zmluvách o zamedzení dvojitého zdanenia, už často nie sú aktuálne a nevedia reagovať na umelé štruktúry, ktoré zneužívajú zmluvné ustanovenia. Dojednávajú sa ustanovenia, ktoré odzrkadľujú ekonomické záujmy a zároveň rešpektujú daňovú suverenitu zmluvných štátov, ale vývoj v globálnom prostredí napreduje veľmi rýchlo. Takže napriek všetkej snahe štátov nie je možné pokryť všetky situácie, ktoré nastávajú pri aplikácii zmluvných ustanovení a vedú napríklad k dvojitému nezdaneniu. V tomto ohľade sa budeme v príspevku snažiť o zhodnotenie prínosu zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia k riešeniu problematiky medzinárodného daňového plánovania.

3. Vymedzenie pojmu medzinárodné daňové plánovanie

Je treba povedať, že štáty so špeciálnym daňovým režimom uplatňujú nízke alebo žiadne daňové sadzby, ale to nie je jediný dôvod, pre ktorý ekonomické subjekty využívajú daňový systém týchto štátov. Medzi ďalšie daňové zvýhodnenia patria aj rôzne formy oslobodenia od dane napríklad pri kapitálových ziskoch alebo dividendách, ďalej je to možnosť zrýchleného odpisovania, široko koncipované daňovo uznateľné výdavky, minimálne alebo žiadne účtovné povinnosti. Takisto štáty poskytujú ďalšie výhodné podmienky ako je stabilné právne prostredie, zabezpečenie anonymity vlastníctva, nízke administratívne náklady, etc.

Na druhej strane musíme konštatovať, že určité formy daňového zvýhodnenia pre zahraničné podnikateľské subjekty poskytujú všetky štáty sveta. Slovenská republika poskytuje významným investorom úľavy na dani z príjmu – tzv. „daňové prázdny“ podľa zákona č. 561/2007 Z. z. o investičnej pomoci a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.⁹ Holandsko je známe daňovým zvýhodnením holdingových spoločností. Takisto uzatvára zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia, v ktorých sa uplatňujú nižšie sadzby zrážkových daní u niektorých druhoch príjmov. Ďalšie štáty vytvárajú ekonomické zóny s nízkym alebo nulovým zdanením, pričom táto téma vyvoláva kontroverzie najmä v európskom priestore. Niektorí autori nesúhlasia s ponímaním škodlivej daňovej

⁸ Pozri: AVI-YONAH, R. *International Tax as International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007. s. 5.

⁹ Tento zákon pozná aj iné formy investičnej pomoci, a to dotáciu na obstaraný dlhodobý hmotný i nehmotný majetok, príspevok na vytvorenie nového pracovného miesta a prevod nehnuteľného majetku alebo zámenu nehnuteľného majetku za cenu nižšiu, ako je jeho všeobecná hodnota.

konkurencie v rámci Európskej únie (ďalej len „EÚ“) a argumentujú v prospech špeciálnych ekonomických zón pre daňových nerezidentov EÚ.¹⁰ Tieto názory majú svoj racionálny základ a mali by byť brané do úvahy, keďže prínos takýchto zón, najmä v ekonomicky zaostalých európskych regiónoch s vysokou nezamestnanosťou, by bol obrovský. Zároveň by boli jednoducho a účinne eliminované viaceré možnosti daňového plánovania tam usadených podnikateľských subjektov.

Je zrejmé, že ekonomické subjekty sa snažia o maximalizáciu zisku, čo nevyhnutne vyvoláva potrebu znižovať nákladové položky. Jednou z nich je suma daňovej povinnosti, ktorú majú odvieť štátu zo svojho zisku. Z tohto pohľadu môžeme daňové plánovanie vymedziť ako daňovníkmi organizované a cieľavedomé využívanie výhod, ktoré ponúkajú štáty v rámci ich daňového systému, s cieľom optimalizovať svoj daňový základ a celkovú výšku daňovej povinnosti.

Teória rozlišuje medzi pojmami daňový únik („*tax evasion*“) a vyhýbanie sa daňovej povinnosti („*tax avoidance*“). Daňový únik sa vymedzuje ako neplatenie daní v rozpore so zákonom, na rozdiel od vyhýbanie sa daňovej povinnosti, kedy ide o šikovné využitie možností, ktoré zákon poskytuje.¹¹ Na základe uvedeného môžeme urobiť záver, že vyššie vymedzený pojem daňové plánovanie je synonymum pojmu vyhýbanie sa daňovej povinnosti.

V dnešnej dobe, poznačenej nízkou hospodárskou výkonnosťou štátov, je oblasť medzinárodného zdaňovania charakterizovaná snahou štátov odstrániť prekážky, ktoré bránia rozvoju medzinárodného obchodu. Najočividnejším príkladom je uzatváranie bilaterálnych daňových zmlúv, ktorých cieľom je zamedziť dvojitému zdaneniu a zabrániť daňovým únikom. Práve v úsilí o elimináciu dvojitého zdanenia môžu vzniknúť situácie, kedy nedôjde k zdaneniu ani v jednom štáte. Daňovníci medzinárodným daňovým plánovaním dosiahnu zníženie daňovej povinnosti alebo nezaplatia daň vôbec, keďže využijú rozporné alebo vágne ustanovenia v daňovo-právnych predpisoch, či v zmluvách o zamedzení dvojitého zdanenia. Ich postupy sú v súlade so zákonom, ale štáty pripravujú o daňové príjmy, na ktoré by mali nárok, ak by daňová legislatíva bola jasná a exaktná. Teória v týchto prípadoch používa pojem legálne daňové úniky, keďže na rozdiel od nich, nelegálne daňové úniky vznikajú ako dôsledok zatajenia skutočností dôležitých pre stanovenie základu dane, pre uloženie dane alebo na základe predstierania skutočností, ktoré umožňujú vyhnúť sa daňovej povinnosti.¹² Ide o priame alebo skryté porušovanie daňovo-právnych predpisov.

4. Spôsoby medzinárodného daňového plánovania

Problematika medzinárodného daňového plánovania nie je len doménou nadnárodných spoločností. V súčasnosti aj stredné a malé podniky majú možnosti ako optimalizovať svoje daňové povinnosti. Podľa OECD je najbežnejším spôsobom zníženie základu dane („*tax base erosion*“) a presunutie ziskov („*profit shifting*“)

¹⁰ Pozri: LIPTÁK, F. *Problematika špeciálnych ekonomických zón s nízkym zdanením a reforma práva EÚ v kontexte štátnej pomoci*. In: Vybrané otázky daňovej politiky Európskej únie a jej členských štátov. Košice : Univerzita P. J. Šafárika, 2013. s. 181-189.

¹¹ RYLOVÁ, Z. *Mezinárodní dvojí zdanění*. 4. akt. a rozš. vyd. Olomouc : ANAG, 2012. s. 14-15.

¹² BABČÁK, V. *Slovenské daňové právo*. Bratislava : EPOS, 2012. s. 103-104.

daňovníkov.¹³ Ide o zložité právne konštrukcie a úkony, ktorých cieľom je presunúť zisk zo štátu, kde bol vygenerovaný, do štátu s nízkou alebo nulovou daňovou sadzbou. Daňovníci využívajú najmä právom nepokryté situácie, ktoré vznikajú v dôsledku vzájomného pôsobenia daňovo-právnych predpisov dvoch alebo viacerých štátov. Takisto využívajú medzery, ktoré vyplývajú z interakcie zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia s vnútroštátnym právom.

Daňovníci majú viacero možností ako sa vyhnúť splneniu daňových povinností alebo ako ich aspoň zredukovať a platiť nižšie dane. Využívajú sofistikované štruktúry daňového plánovania, ako sú najmä rôzne právne entity, hybridné nástroje a transakcie, ktoré budú predmetom nasledujúcich riadkov. Jednou z foriem je aj dosiahnutie dvojitej daňovej rezidencie spoločnosti, čo znamená, že subjekt je rezidentom dvoch štátov pre daňové účely. Iným spôsobom je dvojitý daňový odpočet, kedy dôjde k zaplateniu dane v jednom štáte, ale následne si spoločnosť uplatní daňový odpočet vo viacerých štátoch, kde pôsobí. Ďalší spôsob je, ak v jednom štáte dôjde k daňovému odpočtu, ale daný príjem sa v druhom nezahrnie do základu dane. V jednom štáte je možné uplatniť si zápočet dane, ktorá nebola v druhom štáte vôbec odvedená. Príkladov je mnoho, ale základnou myšlienkou je doceliť, aby sa príjmy či transakcie posudzovali rozdielne v rôznych štátoch za účelom vyhnutia sa daňovej povinnosti.

Podľa nášho názoru medzi základné spôsoby medzinárodného daňového plánovania patria:

- a) hybridné situácie – podstatou hybridov je, že sa rovnaký príjem alebo obchodná transakcia posudzuje na daňové účely rozdielne v dvoch štátoch. Napríklad pri hybridných situáciách dochádza k odlišnému daňovému zaobchádzaniu s dosiahnutým ziskom v rôznych štátoch. Daňovník sa snaží využiť vzájomne rozpornú daňovo-právnu úpravu v dvoch štátoch alebo znenie zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia, ktorú majú uzatvorenú, za účelom vyhnutia sa daňovej povinnosti. Najčastejšie sú prípady, keď je spoločnosť považovaná za daňového rezidenta v oboch štátoch alebo ani v jednom.
- b) využitie výhod daňového zákonodarstva – daňovníci využívajú vo svoj prospech rozdielnosti v daňovo-právnych predpisoch.
- c) zakladanie účelových spoločností – majú rôznu právnu formu, ktorá vyplýva z právneho poriadku štátu s výhodným daňovým režimom, kde je založená. Ich spoločným znakom je minimálny alebo nulový počet zamestnancov, veľmi malá alebo žiadna podnikateľská aktivita v štáte založenia, ich aktíva a záväzky predstavujú investície zo zahraničia a jadrom ich podnikania sú finančné aktivity.
- d) transferové ceny – uplatňujú sa ceny za tovary a služby medzi vzájomne závislými osobami, ktorých cieľom je umelo navýšiť zisk v štátoch s výhodnejším zdanením na úkor štátov s vysokým daňovým zaťažením. Ide o prevod zisku do štátu s nízkym zdanením pomocou manipulácie s cenou operácií uskutočňovaných medzi združenými podnikmi.

¹³ Pozri viac: Addressing Base Erosion and Profit Shifting [online]. [cit. 2013-08-25].

Dostupné na internete: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page1].

- e) presun sídla spoločnosti do štátu s preferenčným daňovým režimom – daňovníci využívajú rozdielne právne úpravy, ktoré považujú za sídlo spoločnosti miesto založenia alebo miesto, skadiaľ je skutočne riadená, kontrolovaná alebo kde má svojich zamestnancov.
- f) znižovanie zisku pomocou manipulácie s nákladmi.

Možno zhrnúť, že vyššie uvedené nástroje a konštrukcie medzinárodného daňového plánovania využívajú benevolentnosť daňovej legislatívy niektorých štátov a medzery v interakcii daňových systémov štátov, ktoré vedú k dvojitému nezdaneniu alebo aspoň k zníženiu daňovej povinnosti. V rýchlo sa meniacom medzinárodnom daňovom prostredí je preto potrebné zvážiť zmenu medzinárodných daňových štandardov, na ktorých sú budované zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia. Malo by ísť najmä o pravidlá týkajúce sa rozdelenia práv na zdanenie medzi štát zdroja a štát daňovej rezidencie, aby nemohlo dôjsť k dvojitému nezdaneniu. Týmto a ďalším opatreniam, ktoré by viedli k sťaženiu medzinárodného daňového plánovania, sa budeme venovať v osobitnej časti príspevku.

5. Otázka legálnosti a morálnosti medzinárodného daňového plánovania

V súčasnosti sme svedkami postupného prepájania a integrácie národných ekonomík prostredníctvom medzinárodného obchodu a cezhraničného pohybu kapitálu. Ako sa svetová ekonomika stáva stále viac integrovanou, nadnárodné korporácie zvyšujú svoj podiel na globálnom obchode. Načrtnutý vývoj globálnej ekonomiky im umožňuje minimalizovať daňový základ a tým platiť nízke alebo žiadne dane. V súčasnosti už vnútrofirémne obchody predstavujú väčšiu časť celosvetového obchodu.¹⁴ Z toho možno usudzovať rastúci význam transferového oceňovania na zabránenie zneužívania prevodných cien v rámci nadnárodných korporácií.

Dnešná digitálna ekonomika je charakteristická tým, že je možné mnoho produktov a služieb objednať i dodať prostredníctvom internetu. Pre spoločnosti je preto ľahšie umiestniť výrobné podniky v štátoch, ktoré poskytujú lacnú pracovnú silu, aj keď sú vzdialené tisícky kilometrov od ich zákazníkov, ale svoje formálne sídlo ponechať v štáte s preferenčným daňovým režimom. Takisto je bežné, že subjekt v rámci skupiny, ktorý je vlastníkom nehmotných práv, je založený v štáte s výhodným zdaňovaním, pričom zaplatením licenčných a ďalších poplatkov v rámci skupiny spolu s kumulovaním ziskov v štáte s nízkym alebo nulovým zdanením dochádza k vyhnutiu sa daňovej povinnosti. Tento výsledok sa takisto dá dosiahnuť šikovným využitím zákazu dvojitého zdanenia, ktorý je primárnym cieľom daňových zmlúv. Príkladom takého konania je spoločnosť Amazon, ktorá má svoje európske sídlo v Luxemburgu a tam zdaňuje miliardy príjmov, ktoré dosahuje predajom v rôznych európskych štátoch.¹⁵

Skôr popísané konanie obchodných spoločností spôsobuje stratu daňových príjmov štátov, čo má za následok znižovanie verejných služieb alebo zvyšovanie ostatných daní. Takisto ovplyvňuje podnikateľské prostredie, keďže malé podniky,

¹⁴ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, s. 7. [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete: [<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>].

¹⁵ <http://www.theguardian.com/technology/2013/may/15/amazon-tax-bill-new-questions>

pôsobiace na národnom trhu, nemajú také možnosti na presun ziskov do zahraničia s cieľom platiť nižšie dane a dostávajú sa tak do konkurenčnej nevýhody. Spoločnosti, ktoré sa bránia týmto praktikám medzinárodného daňového plánovania sú nútené hľadať úspory na iných miestach, aby mohli obstáť v hospodárskej súťaži na trhu. Nepriamo sú tak tlačené do budovania čo najefektívnejších daňových štruktúr. V tejto súvislosti hovorca internetovej spoločnosti Google povedal: „Máme povinnosť voči našim akcionárom používať efektívnu daňovú štruktúru, pričom naša súčasná štruktúra je v súlade s daňovými predpismi všetkých štátov, kde pôsobíme.“¹⁶ Toto prehlásenie má síce svoju logiku, keďže spoločnosti chcú dosiahnuť čo najvyšší zisk. Na druhej strane takéto konanie vyvoláva množstvo otázok. Tie súvisia so spochybnením princípu daňovej spravodlivosti a dôvery v daňový systém, ale aj so spoločenskou zodpovednosťou firiem a etikou podnikania. Týmto správaním dochádza k zníženiu daňových príjmov štátov, čo má za následok prehĺbenie deficitu a nárast verejných dlhov. Napríklad zo štúdie OECD *Taxing Wages 2013*¹⁷ vyplýva, že daňové zaťaženie príjmov zo závislej činnosti vo vyspelých štátoch kontinuálne narastá. Štáty sa teda snažia prijímať úsporné opatrenia na úkor pracujúcich daňovníkov, čo ale postupne vyvoláva nevôľu. Daňovníci nepovažujú za spravodlivé, že majú znášať väčšiu daňovú záťaž, keďže mnoho spoločností sa plateniu daní legálnou cestou vyhýba. Nespravodlivosť z narušenia hospodárskej súťaže pociťujú aj národné či lokálne spoločnosti, ktoré nemajú také možnosti daňového plánovania ako nadnárodné podniky a dostávajú sa do konkurenčnej nevýhody.

Podľa nášho názoru spomínané spôsoby a formy medzinárodného daňového plánovania využívajú skutočnosť, že napriek tomu, že sa ekonomiky štátov čoraz viac globalizujú a prepájajú, ich daňové systémy stále fungujú na teritoriálnom princípe, ktorý počíta s tým, že spoločnosti pôsobia najmä na území štátu, kde boli založené. V dostatočnej miere sa nezaoberajú otázkami interakcie daňových systémov dvoch štátov a z nej vyplývajúcich konzekvencií pri aplikácii rozporných vnútroštátnych daňovo-právnych predpisov. Takisto nevedia účinne zdaňovať nadnárodné spoločnosti a problémy vyvolávajú aj cezhraničné operácie a transakcie subjektov. Tieto postupy síce vychádzajú z vôle štátu ako suveréna, ktorý nemá ničím obmedzené právo pri koncipovaní svojho daňového systému, ale v oblasti medzinárodného zdaňovania je takéto nazeranie už zastarané a neakcentuje dobu, pre ktorú platí rýchle a jednoduché presúvanie daňového základu subjektov či sofistikované spôsoby vyhnutia sa daňovej povinnosti. V dnešnej dobe sa vyžaduje väčšia vzájomná spolupráca štátov na bilaterálnej i multilaterálnej úrovni.

6. Súčasný stav v oblasti boja proti medzinárodnému daňovému plánovaniu

Spoločnosti vykonávajú ekonomické činnosti v globálnom prostredí, v ktorom sa štáty snažia prilákať priame zahraničné investície aj cieľenou daňovou politikou. Tá zahŕňa rôzne formy daňového zvýhodnenia – oslobodenie určitých príjmov, daňové prázdny, širokú možnosť daňových výdavkov. Štáty, ktoré sú členmi politicko-

¹⁶ <http://www.theguardian.com/technology/2011/oct/14/us-investigates-google-tax-strategies>

¹⁷ Pozri: *Taxing Wages 2013* [online]. [cit. 2013-08-29]. Dostupné na internete: [\[http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/taxingwages.htm#TW_AA\]](http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/taxingwages.htm#TW_AA).

ekonomických integračných zoskupení ako je napr. EÚ, majú k dispozícii rozsiahly vnútorný trh, na ktorom je pohyb kapitálu, osôb, tovaru a služieb ešte uľahčený. Možno konštatovať, že v dnešnej dobe je medzinárodné daňové plánovanie prístupné pre všetky podnikateľské subjekty. Tie majú veľa možností ako, čo najvýhodnejšie optimalizovať svoje daňové povinnosti. Uplatňujú sa najmä rôzne štruktúry daňového plánovania, ktoré využívajú rôznorodosť právnych úprav štátov a rozdielnosti v ich daňových systémoch. Ako už bolo spomínané, takéto konanie daňovníkov spôsobuje straty na daňových príjmoch štátov. Medzinárodné daňové plánovanie sa tak stáva naliehavým problémom, čo potvrdzujú aj najnovšie politické iniciatívy medzinárodných organizácií – G 20, OECD, ale i EÚ. Na ilustráciu uvedieme iba jeden príklad. Na stretnutí ministrov financií a guvernérov centrálnych bánk štátov G 20 v júli 2013 sa deklaroval boj proti agresívnemu daňovému plánovaniu.¹⁸ Vedúcu úlohu na tomto poli má zohrávať OECD, ktorá v tomto smere už vydala aj niekoľko dokumentov.¹⁹ Predmetom tejto časti príspevku preto bude rozbor odporúčaní a opatrení, ktoré sa majú prijať na medzinárodnej a vnútroštátnej úrovni za účelom zamedzenia situáciám, pri ktorých dochádza k vyhybaniu sa daňovej povinnosti. Osobitná pozornosť bude venovaná aktuálnym medzinárodným dokumentom, ktoré sa danou problematikou zaoberajú.

6.1 Medzinárodné opatrenia

Globalizácia spôsobuje väčšiu integráciu národných ekonomík a trhov. Zvyšujúca sa mobilita kapitálu, služieb a osôb spolu s odstraňovaním obchodných prekážok predstavuje významný impulz k rozvoju cezhraničného podnikania. Takisto prudký rozvoj internetovej ekonomiky má ďalekosiahle dôsledky pri uskutočňovaní podnikateľskej činnosti. Internetové podnikanie prináša množstvo príležitostí na dosiahnutie zisku a medzinárodnú expanziu, ale na strane štátov prináša problémy pri zdaňovaní tejto činnosti.

Problémom je, že niektoré nadnárodné spoločnosti neplatia žiadnu daň v štátoch, kde pôsobia a dosahujú svoje tržby. Táto anomália sa stala v posledných rokoch predmetom odborných, ale i politických a laických debát na celom svete. Spoločnosti ako Google, Apple alebo Amazon svoje finančné operácie realizujú cez dcérske spoločnosti v štátoch s nízkym zdanením alebo v daňových rajoch. Napríklad Apple zaplatil v európskych štátoch daň len vo výške 1,9 % z jej tunajších príjmov.²⁰ Ešte väčším problémom je, že v týchto prípadoch nejde o nelegálne konania či porušovanie daňovo-právnych predpisov. Dnešné daňové systémy štátov nevedia udržať krok s vynaliezavosťou spoločností, ktoré pôsobia v rýchlo sa rozvíjajúcej a globalizovanej svetovej ekonomike. V súčasnej dobe sa daňová legislatíva štátov nevie dostatočne vyrovnáť najmä so zdaňovaním internetových a technologických spoločností. Tie si znižujú dosiahnuté príjmy výdavkami na rôzne práva duševného vlastníctva, ktoré vlastní spoločnosť založená v daňovo výhodnom štáte.

¹⁸ <http://www.g20.org/news/20130720/781661760.html>

¹⁹ Pozri napr. Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure (2011), Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues (2012), Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging (2013).

²⁰ <http://ekonomika.sme.sk/c/6594459/europa-chce-reformu-apple-ci-starbucks-musia-platit-dane.html>

S cieľom eliminovať umelé štruktúry daňového plánovania OECD vypracovala 15-bodový Akčný plán proti erózii daňovej základne a presunu ziskov (ďalej len „Akčný plán OECD“). Ide o najnovší počín OECD, ktorý obsahuje návrh medzinárodných a vnútroštátnych opatrení v boji proti presunu ziskov do štátov s výhodnejším daňovým režimom. Akčný plán OECD nadväzuje na Správu o riešení daňovej erózie a presunu ziskov z februára 2013, ktorá pojednávala o potrebe zmien v medzinárodnom zdaňovaní nadnárodných spoločností. Akčný plán OECD sa snaží o zvýšenie transparentnosti a výmeny informácií medzi spoločnosťami a štátnymi orgánmi so zámerom efektívneho boja s medzinárodnými štruktúrami daňového plánovania. Jeho ambicióznosť podčiarkuje stanovený časový rámec na prijatie návrhov a odporúčaní do septembra 2015. Primárnym cieľom je eliminovať dvojité nezdanenie príjmov právnických osôb a obmedziť daňové stratégie, ktoré minimalizujú daňové povinnosti cez prerozdeľovanie zdaniteľných príjmov do štátov s výhodnejším daňovým režimom.

Možno konštatovať, že Akčný plán OECD sa zaoberá širokou škálou problémov v oblasti medzinárodného zdaňovania, ktoré vyplývajú z cezhraničného pôsobenia spoločností a špecifik, ktoré so sebou prináša rozvoj digitálnej ekonomiky. V tomto smere navrhuje vymedziť pôsobenie stálej prevádzkarne s ohľadom na jej ekonomické aktivity v danom štáte, aby nedochádzalo k zdaňovaniu dosiahnutých ziskov v inom štáte, ktorý uplatňuje výhodnejší daňový režim. Jedným z opatrení je aj snaha o zastavenie zneužívania transferových cien tým, že zisk nemôže byť umelo presúvateľný prostredníctvom prevodu autorských práv, práv k patentom, či iných nehmotných práv mimo štátov, kde hodnota vzniká. Súhlasíme s týmto postupom, keďže zastávame názor, že medzinárodné daňové pravidlá by mali vo väčšej miere akcentovať zdaňovanie podľa štátu zdroja ziskov. Je spravodlivejšie ak štát, na území ktorého sa vykonáva ekonomická činnosť, z ktorej plynú spoločnosti zisky, tieto zisky aj tu zdaňuje.

Akčný plán OECD sa takisto zaoberá hybridnými entitami a nástrojmi, ktoré daňovníci využívajú s cieľom vyhnúť sa daňovej povinnosti. Na eliminovanie daných štruktúr navrhuje zmeny v zmluvách o zamedzení dvojitého zdanenia a to napríklad prijatím ustanovenia, ktorým sa odníme právo na daňové odpočítanie platby, ktoré je umožnené aj v inom štáte, čím sa zabráni dvojnásobnému daňovému odpočtu. Ďalšie opatrenia sa týkajú zabráneniu situácií, pri ktorých dochádza k zneužívaniu ustanovení daňových zmlúv. Osobitná pozornosť sa venuje otázkam automatickej výmeny informácií a podávaniu informácií zo strany nadnárodných spoločností týkajúcich sa ich celkových príjmov a odvedenej dani v jednotlivých štátoch ich pôsobenia.²¹

Reálny prínos Akčného plánu OECD bude závisieť od implementácie opatrení členskými štátmi OECD, ale aj od pripojenia sa štátov zo zoskupenia G 20 a ďalších rozvíjajúcich sa ekonomík k napĺňaniu jeho zámerov. Úspešné prijatie návrhov je skôr uskutočniteľné na medzinárodnej úrovni najmä v oblasti daňovej transparentnosti a automatickej výmeny informácií medzi príslušnými štátnymi orgánmi. Takisto je možné očakávať zmeny vo Vzorovej zmluve OECD, ktorej ustanovenia budú reagovať na rôzne spôsoby vyhýbania sa daňovej povinnosti. Vo

²¹ Pozri viac: Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete: [<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>].

vymedzenom časovom rámci sú ťažko dosiahnuteľné opatrenia, ktoré je nutné prijať na vnútroštátnej úrovni. Ide o zložité cezhraničné a domáce otázky týkajúce sa daňovej politiky, ktorej formovanie je suverénnym právom štátov, ale na prijatie konkrétnych opatrení bude potrebná politická vôľa.

Štruktúry medzinárodného daňového plánovania využívajú interakcie vnútroštátnych právnych predpisov i ustanovení zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia, ktoré vedú k vzniku daňových medzier a v konečnom dôsledku k vyhnutiu sa daňovej povinnosti v dotknutých štátoch. Primárnym dôvodom je skutočnosť, že vnútroštátne a ani medzinárodné daňovo-právne normy nereflektujú súčasný stav v oblasti cezhraničných daňovo-právnych vzťahov. Je treba skonštatovať, že výzvy v daňovej oblasti, ktoré so sebou prináša globalizácia národných ekonomík je možné prekonať len užšou spoluprácou štátov na bilaterálnej i multilaterálnej úrovni. Jednostranné opatrenia na vnútroštátnej úrovni štáty neochránia pred znižovaním daňovej základne a poklesu daňových príjmov. Zastávame názor, že štáty by mali pokračovať v dojednávaní zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia, ktoré by mali obsahovať osobitné ustanovenia týkajúce sa dvojitého nezdanenia, ale i ďalších foriem daňového plánovania. Tak sa vytvorí medzinárodný systém daňových zmlúv s veľmi podobnými pravidlami, ktoré eliminujú dvojité zdanenie, ale i dvojité nezdanenie ziskov z cezhraničných aktivít.

6.2 Opatrenia na úrovni Európskej únie

Nesúlad medzi právnymi poriadkami jednotlivých členských štátov, ako aj legislatívne medzery v daňovo-právnych úpravách, ponúkajú na vnútornom trhu EÚ, ktorý je súčasťou globalizovaného hospodárskeho priestoru, príležitosť pre tie subjekty, ktoré sa snažia uniknúť daňovej povinnosti alebo nesplniť ju v stanovenej výške. Európska únia sa snaží na zmienené problémy reagovať, preto prijala 6. decembra 2012 Odporúčanie Komisie v súvislosti s agresívnym daňovým plánovaním²² a Akčný plán na posilnenie boja proti daňovým podvodom a daňovým únikom.²³ Ten vymedzuje širokú škálu opatrení, ktoré sa majú prijať na úrovni EÚ a členských štátov v boji proti daňovým únikom a vyhýbaniu sa daňovým povinnostiam v oblasti priamych i nepriamych daní. Vzhľadom na zameranie tohto príspevku sa v tejto časti budeme zaoberať snahami o zamedzenie daňového plánovania v oblasti dane z príjmu právnických osôb.

Treba povedať, že Odporúčanie Komisie zo 6. decembra 2012 nepoužíva pojem medzinárodné daňové plánovanie, ale agresívne daňové plánovanie, čo je v podstate totožný termín. Vymedzuje ho ako využitie technických detailov daňového systému alebo nesúladu medzi dvoma či viacerými daňovými systémami s cieľom znížiť daňovú povinnosť. K jeho dôsledkom patrí dvojitý daňový odpočet

²² Pozri: Commission Recommendation on aggressive tax planning. C(2012) 8806 final [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete:

[http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf].

²³ Pozri: Action Plan for strengthen the fight against tax fraud and tax evasion. COM(2012) 722 final [online]. [cit. 2013-08-28]. Dostupné na internete:

[http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_en.pdf].

(to znamená, že tá istá strata sa odpočíta v štáte zdroja príjmu aj v štáte daňovej rezidencie) a dvojité nezdanenie (to znamená, že príjem, ktorý je nezdanený v štáte jeho zdroja, je oslobodený od dane v štáte daňovej rezidencie).²⁴ Podľa tohto odporúčania je na úrovni EÚ potrebné zabezpečiť, aby došlo k spravodlivému rozdeleniu daňového základu medzi členské štáty. V súčasnosti daňovníci používajú komplexné umelé úpravy, ktoré majú vplyv na presunutie ich základu dane do iných jurisdikcií. Daňovníci pritom využívajú nesúlad medzi vnútroštátnymi daňovo-právnymi predpismi alebo ustanoveniami zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia s cieľom zaistiť, aby určité príjmové položky zostali nezdanené alebo aby využili rozdiely v daňových sadzbách, a takým spôsobom minimalizovali svoju daňovú povinnosť.

Ako konštatoval komisár pre dane, colnú úniu, audit a boj proti podvodom Algirdas Šemeta: „Dvojité nezdanenie podkopáva spravodlivé rozdelenie daňového zaťaženia a spoločnosti, ktoré to využijú, získavajú neoprávnenú konkurenčnú výhodu. Boj proti dvojitému nezdaneniu nezabezpečí členským štátom len vyššie daňové príjmy, ale povedie aj k silnejšiemu a spravodlivejšiemu vnútornému trhu EÚ.“²⁵ Nielen z tohto vyhlásenia, ale aj z prijatých dokumentov možno vyvodiť, že jednou z priorít sa tak stáva boj proti dvojitému nezdaneniu. Odporúčanie Komisie v súvislosti s agresívnym daňovým plánovaním vymedzuje pojem dvojitého nezdanenia ako situáciu, keď daňovník získa daňové výhody vďaka tomu, že si daňové záležitosti zorganizuje tak, že príjem nie je zdanený v žiadnej z príslušných daňových jurisdikcií.

Možno konštatovať, že k dvojitému nezdaneniu príjmov dochádza z dôvodov majúcich svoj pôvod na vnútroštátnej i medzinárodnej úrovni. Daňovníci prostredníctvom umelých štruktúr daňového plánovania využívajú rozdiely medzi dvoma či viacerými daňovými systémami štátov, ktorých výsledkom je absolútne nezdanenie. Patrí tam napríklad zakladanie „nastrčených“ spoločností, ktoré nemajú ekonomickú funkciu, ale sú určené výhradne na získanie daňového zvýhodnenia v jurisdikciách, do ktorej by inak daňovníci nepatrili. Je dôležité povedať, že pri koncipovaní daňových zmlúv sa štáty, v snahe zamedziť dvojitému zdaneniu, vzdávajú práva zdaníť vybrané príjmy, čo ale v niektorých prípadoch môže viesť k ich dvojitému nezdaneniu. Najčastejším prípadom je situácia, keď štát daňovej rezidencie na základe zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia nemá právo na zdanenie príjmu a zároveň v štáte zdroja nepodlieha príjem zdaneniu, keďže podľa vnútroštátnych daňovo-právných predpisov daný príjem zdaníť nemožno. Štát zdroja príjmu tak môže konať zámerne - ako súčasť svojej daňovej politiky, aby napríklad prilákal zahraničné investície, ale väčšinou ide o neúmyselné situácie, ktoré nastanú po uzavretí daňovej zmluvy a následnej zmene vnútroštátnej úpravy.

V súčasnej dobe je základným predpokladom v snahe o zamedzenie nesúladu daňových ustanovení vzájomná spolupráca štátov. Vedúcu rolu v tomto boji zohráva OECD, ktorá sa snaží riešiť túto problematiku prostredníctvom daňových zmlúv. Na multilaterálnej úrovni sa jej členské štáty snažia prijímať pravidlá proti

²⁴ Commission Recommendation on aggressive tax planning. C(2012) 8806 final [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete:

[http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf].

²⁵ Viac na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-201_en.htm.

zneužívaníu daňových ustanovení („anti-abuses rules“), ktoré sa stávajú súčasťou Vzorovej zmluvy OECD. Následne na bilaterálnej úrovni štáty prijímajú zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia a zabránení daňovému úniku, ktoré vychádzajú zo Vzorovej zmluvy OECD, ale obsahujú aj originálne ustanovenia zmluvných strán týkajúce sa konkrétnych daňových situácií, kedy daňovníci využívajú hybridné štruktúry s cieľom vyhnúť sa daňovým povinnostiam. Prínos OECD zvýrazňuje pravidelné vydávanie Komentára, ktorý štátom ponúka usmernenia a rady pri interpretácii a aplikácii ustanovení Vzorovej zmluvy OECD. Z Komentára zvyknú vychádzať aj vysvetľujúce materiály, ktoré štáty vydávajú po uzavretí konkrétnej zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia.

Zastávame názor, že členské štáty EÚ by mali prijať spoločné pravidlá, ktoré eliminujú rôzne spôsoby medzinárodného daňového plánovania. Uvedomujeme si, že problematika patrí do oblasti priameho zdanenia a tá je vo výhradnej právomoci členských štátov. Napriek tomu sme toho názoru, že je potrebné zabezpečiť väčšiu koordináciu daňových politík členských štátov a to prostredníctvom prijímania vhodných opatrení nielen na vnútroštátnej úrovni, ale aj na úrovni Európskej únie. Zároveň by mali byť skúmané dopady navrhovaných opatrení na konkurencieschopnosť európskych podnikateľských subjektov a hospodársku výkonnosť členských štátov. Možno vítať krok Komisie, ktorá v tomto smere vyzýva členské štáty, aby do svojich vnútroštátnych právnych predpisov začlenili túto doložku: „Umelá úprava alebo umelý sled úprav, ktoré sa vytvorili hlavne na účely vyhnutia sa zdaneniu a ktoré vedú k daňovému zvýhodneniu, sa ignorujú. Vnútroštátne orgány pristupujú k takýmto úpravám na daňové účely na základe ich ekonomickej podstaty.“²⁶ Toto ustanovenie by mohli príslušné štátne orgány aplikovať na umelé štruktúry daňového plánovania a eliminovať tak prípady vyhýbania sa daňovej povinnosti.

6.3 Prijaté a navrhované opatrenia v Slovenskej republike

Slovenská republika prijala Akčný plán boja proti daňovým podvodom na roky 2012 až 2016²⁷, ktorý obsahuje harmonogram postupných krokov na prijatie účinných opatrení proti daňovým únikom a daňovým podvodom v oblasti priamych i nepriamych daní. Z analýzy doteraz prijatých opatrení, ale i návrhov budúcich iniciatív vyplýva, že dôraz je kladený na potlačenie daňových podvodov v oblasti nepriamych daní. Tomuto záveru sa nemožno čudovať, keďže podľa dostupných štúdií najväčšie straty na daňových príjmoch štátu sú spôsobené daňovými podvodmi pri dani z pridanej hodnoty. V marci 2012 zverejnil Inštitút finančnej politiky Ministerstva financií SR ekonomickú analýzu Odhad straty príjmov z dane z pridanej hodnoty, podľa ktorej celková strata DPH dosiahla v roku 2010 v absolútnom

²⁶ Pozri: Commission Recommendation on aggressive tax planning. C(2012) 8806 final [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete:

[http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf].

²⁷ Pozri: Akčný plán boja proti daňovým podvodom na roky 2012 až 2016. [online]. [cit. 2013-08-20]. Dostupné na internete:

[<http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=21072>].

vyjadrení úroveň 2,3 mld. Eur, čo predstavuje 3,5% HDP.²⁸ Snaha o navrátenie aspoň častí týchto príjmov do štátneho rozpočtu je motivovaná aj úlohou vlády SR dodržať záväzok voči EÚ, ktorým je zníženie deficitu verejných financií v roku 2013 pod 3 % HDP.

V oblasti priameho zdaňovania je podľa Akčného plánu boja proti daňovým podvodom na roky 2012 až 2016 naplánované iba uzatváranie bilaterálnych zmlúv o výmene daňových informácií, vrátane aktualizácie starých a uzatváranie nových zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia. Toto opatrenie nie je ničím novým oproti doterajšej praxi štátnych orgánov. Uzatváranie zmlúv o výmene informácií týkajúcich sa daní patrí medzi základné medzinárodno-právne nástroje v boji proti daňovníkom vyhýbajúcim sa daňovým povinnostiam. Vytvárajú právny rámec na výmenu údajov potrebných pre uplatňovanie vnútroštátnych právnych predpisov upravujúcich dane, a to bez ohľadu na to, či ide o získavanie informácií v administratívnom alebo trestnom konaní. Takisto poskytujú právny rámec pre vyššiu transparentnosť transakcií, ktoré sa uskutočňujú v medzinárodnom kontexte a podporujú medzinárodnú spoluprácu v daňových záležitostiach.

Štandardným nástrojom v boji proti dvojitému zdaneniu a daňovým únikom sú aj zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia, ktoré vytvárajú právny priestor pre rozvoj hospodárskych vzťahov medzi štátmi. Slovenská republika má v súčasnosti uzavreté platné zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia so 64 štátmi vrátane všetkých členských štátov Európskej únie.²⁹ Podľa nášho názoru by dôraz mal byť kladený na aktualizáciu zmlúv, ktoré by mali reflektovať najnovší vývoj v medzinárodných daňových vzťahoch, najmä problematiku umelých štruktúr daňového plánovania. Vhodným riešením môžu byť osobitné ustanovenia proti zneužívaniu, ktoré by zamedzili vyhýbaniu sa daňovej povinnosti. Najnovším príkladom v tomto smere je Protokol medzi Slovenskou republikou a Poľskou republikou (ďalej len „Protokol“)³⁰, ktorého znenie schválila vláda SR 10. júla 2013 a odporučila na ratifikáciu prezidentovi SR po vyslovení súhlasu Národnej rady SR. Protokol zmenil znenie článkov 9 až 13, 24 a 27 Zmluvy medzi Slovenskou republikou a Poľskou republikou o zamedzení dvojitého zdanenia v odbore daní z príjmov a z majetku a doplnil nový článok 28A. Vzhľadom na predmet tejto časti príspevku je zaujímavá zmena čl. 24, ktorý už nebude umožňovať dvojité nezdanenie príjmu. Po novom, ak Slovenská republika ako štát zdroja bude uplatňovať na niektoré príjmy daňových rezidentov Poľskej republiky v súlade s vnútroštátnymi právnymi predpismi alebo medzinárodnými zmluvami oslobodenie od zdanenia, nebude možné v Poľskej republike použiť ako metódu zamedzenia dvojitého zdanenia metódu vyňatia príjmu, ktorá viedla k dvojitému nezdaneniu, ale metódu započítania. Novinkou doterajšej praxe v oblasti uzatvárania daňových zmlúv je zaradenie čl. 28A, ktorý tvorí právny základ pre daňové orgány na identifikáciu

²⁸ Pozri: Odhad straty príjmov z dane z pridanej hodnoty. [online]. [cit. 2013-08-21]. Dostupné na internete: [<https://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=8181>].

²⁹ Zoznam zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia [online]. [cit. 2013-08-20]. Dostupné na internete: [<http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=4422>].

³⁰ Pozri bližšie: Protokol medzi Slovenskou republikou a Poľskou republikou, ktorým sa mení Zmluva medzi Slovenskou republikou a Poľskou republikou o zamedzení dvojitého zdanenia v odbore daní z príjmov a z majetku, podpísaná vo Varšave 18. augusta 1994.

skutočnej podstaty transakcie. Druhá veta predmetného článku predstavuje významný príspevok v boji proti daňovým únikom prostredníctvom eliminácie hybridných štruktúr daňového plánovania a zabránenia vyhnutiu sa daňových povinností, keďže ustanovuje, že v prípade, že sa jedná o transakcie v spojení s umelými konštrukciami, výhody plynúce zo zmluvy sa neuplatnia. Zjavnou nevýhodou aktualizácie ustanovení zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia je dlhé časové obdobie dojednaní konkrétného znenia medzi zmluvnými stranami spolu s časovo náročným vnútroštátnym schvaľovacím procesom, ktorý vedie k nadobudnutiu platnosti zmien.

Napriek vyššie uvedenému musíme vyjadriť kritiku, keďže sa Akčný plán explicitne nezaobera problematikou medzinárodného daňového plánovania a bojom s hybridnými štruktúrami či dvojitým nezdanením. V tomto smere jedinou pozitívnou správou je deklarovaná snaha o aktualizáciu zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia, aj keď konkretizácia zmien ustanovení nebola predložená. Takisto asi nemožno predpokladať, že pôjde o cielenú a generálnu renegociáciu zmlúv uzatvorených pred rokom 1989, ale skôr o úpravu zmlúv ad hoc. Možno len uvítať zmeny ustanovení, ktoré priniesol vyššie rozoberaný Protokol a veriť, že nepôjde len o ojedinelý prípad.

Daňové zákony obsahujú aj v súčasnosti ustanovenia, ktoré majú za cieľ eliminovať snahu subjektov o vyhýbanie sa daňovým povinnostiam. V súvislosti s transferovými cenami je treba uviesť § 17 ods. 5 zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o dani z príjmov“), ktoré zakotvuje opatrenie proti znižovaniu základu dane medzi závislými osobami. Podľa jeho znenia je súčasťou základu dane zahraničnej závislej osoby aj rozdiel, o ktorý sa ceny pri vzájomných obchodných vzťahoch zahraničných závislých osôb vrátane cien za poskytnuté služby, pôžičky a úvery líšia od cien používaných medzi nezávislými osobami v porovnateľných obchodných vzťahoch. Pri určení tohto rozdielu sa má použiť niektorá z metód vychádzajúcich z porovnávaní cien, ak ich nemožno spoľahlivo použiť, tak sa má vychádzať z porovnávaní zisku alebo kombinácie týchto metód. Môže sa použiť aj v zákone neuvedená metóda, ale tá musí byť v súlade s princípom nezávislého vzťahu.³¹ Toto ustanovenie predstavuje medzinárodný štandard proti zneužívaniu obchodných cien medzi zahraničnými závislými osobami. Najvýznamnejším ustanovením slovenského daňového zákonodarstva v boji proti rôznym formám daňového plánovania je § 3 ods. 6 zákona č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, podľa ktorého sa pri správe daní berie do úvahy skutočný obsah právneho úkonu alebo inej skutočnosti rozhodujúcej pre vyrubenie alebo vybratie dane. Z hľadiska zdaňovania cezhraničných transakcií a príjmov ide o najdôležitejšiu zo základných zásad pri správe daní. Správcovia dane majú právny základ pre postup, ktorým môžu rozlíšiť formálno-právnu stránku transakcie od jej materiálnej podstaty. Pri uplatnení tejto zásady sa zastieracie úkony budú zdaňovať podľa ich skutočného obsahu.

Od 1. januára 2014 by mali byť účinné zmeny v zákone o dani z príjmov, ktoré sa týkajú medzinárodného zdaňovania v oblasti priamych daní. Najvýznamnejším opatrením je zavedenie vyššej zrážkovej dane a vyššieho zabezpečenia dane pre platby daňovníkom z tzv. rizikových štátov, t.j. štátov mimo EÚ, Európsky

³¹ Pozri bližšie: § 18 zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov.

hospodársky priestor a štátov s ktorými SR nemá uzatvorené medzinárodnej zmluvy obsahujúcej ustanovenia o výmene informácií na daňové účely. V tomto smere sa zavádza nový pojem, a to daňovník z nezmluvného štátu. Má ísť o fyzické osoby, ktoré nemajú trvalý pobyt a právnické osoby, ktoré nemajú sídlo v členskom štáte EÚ, alebo v štáte Európskeho hospodárskeho priestoru, alebo v štáte, s ktorým má SR uzatvorenú zmluvu o zamedzení dvojitého zdanenia, alebo zmluvu o výmene informácií vo veci daní, alebo v štáte, ktorý je zmluvným štátom medzinárodnej zmluvy obsahujúcej ustanovenia o výmene informácií na daňové účely. Podstatou je zrazenie dane z príjmov pri odosielaní platieb zo SR do offshore jurisdikcií, pričom sa takáto transakcia zdaní sadzbou vo výške 35%. Reálny dopad tohto opatrenia je otáznym, keďže daňová optimalizácia využitím daňových rajov sa v súčasnosti už vo väčšine prípadov neuskutočňuje priamo, ale prostredníctvom štruktúr daňového plánovania v štáte so zvýhodneným daňovým režimom, s ktorým má SR uzatvorenú zmluvu o zamedzení dvojitého zdanenia a spravidla sa jedná o členský štát Európskej únie. Aplikovaním ustanovení zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia sa predmetné opatrenie stáva neúčinné a daňovníkovi umožňuje vyhnúť sa tejto platbe.

7. Záver

Je možné tvrdiť, že súčasné vnútroštátne pravidlá umožňujú transfer zdaniteľných ziskov zo štátov, kde boli na základe podnikateľskej činnosti dosiahnuté, do štátov s výhodným daňovým režimom, ktorý uplatňuje nízke alebo žiadne sadzby dane. Deje sa tak rôznymi konštrukciami daňového plánovania, ktoré sú dnes veľmi sofistikované a zasahujú do viacerých daňových jurisdikcií. V súčasnosti už nielen nadnárodné spoločnosti vytvárajú umelé štruktúry, aby dosiahli pre ne vyhovujúci stret vnútroštátnych daňovo-právnych predpisov, ktorý povedie k dvojitému nezdaneniu alebo zneužívajú na tento účel ustanovenia zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia, ak ju štáty majú uzatvorenú.

V dôsledku daňových medzier, ktoré vytvára interakcia daňových systémov dvoch a viacerých štátov, dochádza k nezdaneniu ziskov z cezhraničných aktivít alebo iba nízkemu zdaneniu, keď ide o presun ziskov do štátov s výhodným daňovým režimom. V uvedených prípadoch ide síce o legálne konania, ktoré sú ale v rozpore s účelom právnej úpravy a vôľou zákonodarcu. Takisto je eticky neprípustné, aby podnikateľské subjekty nezdaňovali svoje príjmy na území, kde vykonávajú svoju ekonomickú činnosť, ale v štáte s výhodnejším daňovým režimom.

Je nepopierateľné, že postupujúca globalizácia a liberalizácia spôsobujú prepojenosť ekonomík a trhov. Z toho možno vyvodiť záver o nevyhnutnosti tvorby daňovej politiky v oblasti cezhraničných daňových vzťahov v kooperácii s inými štátmi. Tvorbu daňovej politiky považujeme za súčasť štátnej suverenity, keďže každý štát má právo vytvoriť si daňový systém, ktorý odzrkadľuje jeho národné a ekonomické záujmy, ale i spoločenské a historické korene. Na druhej strane je nutné konštatovať, že dochádza k postupnej integrácii národných ekonomík do svetovej ekonomiky, čo so sebou prináša okrem nových príležitostí aj vznik rozličných rizík. Jedným z nich je problematika medzinárodného daňového plánovania. Zastávame názor, že v oblasti medzinárodného zdanenia je vzájomná spolupráca štátov na bilaterálnej i multilaterálnej úrovni nevyhnutná. Na základe v príspevku uvedených argumentov za najefektívnejší nástroj v boji proti

agresívnemu daňovému plánovaniu považujeme zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia a zabránení daňovému úniku, ktoré štáty uzatvárajú na podklade Vzorovej zmluvy OECD.

Zoznam použitých zdrojov

1. AVI-YONAH, R. *International Tax as International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007. 213 s. ISBN 978-0-521-85283-8.
2. BABČÁK, V. *Slovenské daňové právo*. Bratislava : EPOS, 2012. 670 s. ISBN 978-80-8057-971-5.
3. HJI PANAYI, CH. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*. London : Kluwer Law International, 2007. 296 s. ISBN 978-90-411-2658-0.
4. HUBA, P. *The Role of Double Tax Conventions in International Tax Law*. In: AD ALTA: Journal of Interdisciplinary Research. Vol. 3, No. 1, 2013. s. 50-53. ISSN 1804-7890.
5. LIPTÁK, F. *Problematika špeciálnych ekonomických zón s nízkym zdanením a reforma práva EÚ v kontexte štátnej pomoci*. In: Vybrané otázky daňovej politiky Európskej únie a jej členských štátov. Košice : Univerzita P. J. Šafárika, 2013. 448 s. ISBN 978-80-7097-999-0.
6. Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version. Paris : OECD Publishing, 2010. 466 s. ISBN 978-92-64-08948-8.
7. PETROVIČ, P. a kol. *Encyklopedie mezinárodního daňového plánování*. 1. vyd. Beroun : Martin Novotný - NEWSLETTER - vydavatelství, 2002. 433 s. ISBN 80-86394-81-6.
8. RYLOVÁ, Z. *Mezinárodní dvojí zdanění*. 4. akt. a rozš. vyd. Olomouc : ANAG, 2012. 487 s. ISBN 978-80-7263-724-9.
9. Akčný plán boja proti daňovým podvodom na roky 2012 až 2016. [online]. [cit. 2013-08-20]. Dostupné na internete: [<http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=21072>].
10. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete: [<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>].
11. Action Plan for strengthen the fight against tax fraud and tax evasion. COM(2012) 722 final [online]. [cit. 2013-08-28]. Dostupné na internete: [http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_en.pdf].
12. Commission Recommendation on aggressive tax planning. C(2012) 8806 final [online]. [cit. 2013-08-27]. Dostupné na internete: [http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf].

Kontakt

peter.huba@yahoo.com

JUDr. Regina Hučková, PhD. - JUDr. Diana Treščáková, PhD.

Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva Právnická fakulta
UPJŠ v Košiciach

Právne aspekty elektronického podpisu a jeho využitie v aplikačnej praxi¹

Abstrakt

Tento príspevok sa zaoberá právnymi a okrajovo aj technickými aspektmi elektronického podpisu a tiež jeho využívaním v praxi. V poslednom období sa elektronický podpis využíva čoraz častejšie, je preto na mieste venovať sa nielen jeho právnym aspektom, ale aj možným problémom, ktoré sa vyskytujú v súvislosti s jeho aplikáciou, či už právnych alebo technických.

Abstract

This paper deals with and technical aspects of electronic signature and also its use in practise. Recently the electronic signature is used more frequently, therefore there is a place to deal not only with its legal aspects but also potential problems that occur in connection with its application, whether legal or technical.

V súčasnosti sa nám ponúka čoraz viac možností, ako si zjednodušiť život ako celok, a to prostredníctvom rôznych technológií a technických vymožeností. Toto zjednodušovanie si situácií sa dotýka aj formovania právnych vzťahov. Už v predchádzajúcich článkoch sme sa zmieňovali napríklad o zmluvách uzatváraných elektronicky a o problémoch vyskytujúcich sa v tejto súvislosti.² V súvislosti so zmluvami uzatvorenými elektronicky sa vyskytujú otázky týkajúce sa aj právnej úpravy elektronického podpisu. Z dôvodu, že táto problematika nie je často riešená, bude potrebné zamerať sa nielen na právnu stránku elektronického podpisu, ale aj na aplikačné problémy spojené s jeho využívaním v praxi.

Úvodom bude potrebné vysvetliť, čo elektronický podpis je a načrtnúť aj jeho právnu úpravu.

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. 0263-10 pod názvom „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko – finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní“

² Pozri napríklad Treščáková, D.: Uzatváranie zmlúv v 21. storočí – nové pohľady a výzvy. In.: Suchoža, J. – Husár, J. (eds.): PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA II. Zborník vedeckých prác. Praha: Leges, 2012, s. 577. ISBN: 978-80-87576-33-5.

Zjednodušene možno uviesť, že elektronický podpis je jednou z foriem ako pri uzavieraní zmlúv elektronickým spôsobom preukázať svoju identitu. Tak ako pri „klasických“ zmluvách a iných právnych úkonoch sa vyžaduje podpis osoby oprávnenej na uskutočnenie určitého právneho úkonu, tak aj pri zmluvách uzavretých elektronicky bude potrebné aplikovať elektronický podpis, pričom bude potrebné sa vysporiadať s tým, či jednoduchý alebo zaručený. Neplatí to však pri všetkých zmluvných typoch. V tomto prípade je treba rozlišovať pojmy ako elektronický obchod a internetový obchod. Elektronický obchod je súčasťou širšej oblasti elektronického podnikania, pričom internetový obchod je podmnožinou elektronického obchodu. Je treba mať na pamäti, že tieto dva pojmy nepredstavujú synonymá.

Pre účely tohto príspevku sa, okrem iného, budeme zaoberať elektronickým obchodom v oblasti B2B (business to business), t.j. vzťahy medzi podnikateľmi. Čo sa týka internetového obchodu, s týmto je možné sa stretnúť v súvislosti s nakupovaním cez internet a ide v prevažnej miere o vzťahy B2C (business to consumer), t.j. podnikateľ a konečný spotrebiteľ. V týchto prípadoch sa nebude vyžadovať uskutočnenie právneho úkonu prostredníctvom aplikácie elektronického podpisu, či už jednoduchého alebo zaručeného. Bude postačovať potvrdenie uskutočnenia právneho úkonu prostredníctvom e-mailu, resp. v tom jednoduchšom prípade stačí len kliknutie polohovacím zariadením na políčko napríklad „Súhlasím“ alebo „Áno“, čím dôjde v vyjadrení súhlasu s uzatvorením elektronickej zmluvy prostredníctvom internetového obchodu. Toto je typické pre zmluvy typu „Click – wrap“.³

Situácie, kedy je potrebné preukázať svoju virtuálnu identitu nastávajú vo väčšine prípadoch v elektronickom obchode vo vzťahoch B2B a tiež vo vzťahoch B2G (business to government), t.j. vzťahy podnikateľ a štátna organizácia alebo vo vzťahoch B2A (business to administration), t.j. vzťahy podnikateľ a štátna správa. Jedná sa o prípady napríklad Obchodného registra, t.j. podávania návrhov na zápis, výmaz a zmeny obchodných spoločností, Živnostenského registra, Správy katastra nehnuteľnosti, súdov a všade tam, kde funguje komunikácia na virtuálnej úrovni. Pred každým vyššie spomenutým orgánom bude potrebné preukázať svoju virtuálnu identitu, a to prostredníctvom zaručeného elektronického podpisu.

Vo vzťahoch medzi podnikateľmi, kde sa uzatvárajú zmluvy v elektronickej forme, je vecou obchodníkov, ako si určia podmienky preukazovania virtuálnej identity. Môžu sa dohodnúť na jednoduchom elektronickom podpise, prípadne môžu trvať na zaručenom elektronickom podpise. V praxi sa toto odvíja od dôvery medzi obchodnými partnermi.

Pre účely tohto príspevku bude potrebné sa zaoberať podstatou a zmyslom elektronického podpisu.

Ako uvádza Mates, P. a Smejkal, V. elektronický podpis je rovnako ako vlastnoručný podpis výsledkom určitého procesu, vyplývajúci z rozhodnutia

³ K tomu bližšie pozri Treščáková, D.: Uzatváranie zmlúv v 21.storočí – nové pohľady a výzvy. In.: Suchoža, J. – Husár, J. (eds.): PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA II. Zborník vedeckých prác. Praha: Leges, 2012, s. 577 a nasl. ISBN: 978-80-87576-33-5.

podpisujúcej osoby, ktorého úlohou je potvrdiť vôľu tejto osoby, prípadne jej identitu.⁴

Elektronický podpis je fundamentálnym inštitútom, bez ktorého by rozvoj právne relevantných a všeobecne použiteľných elektronických dokumentov nebol vôbec mysliteľný.⁵

Elektronický podpis upravuje zákon č. 215/2002 Z.z. o elektronickom podpise o zmene a doplnení niektorých zákonov. Ako sme už vyššie načrtli, tento zákon rozlišuje dva druhy elektronických podpisov, a to jednoduchý a zaručený elektronický podpis.

V ustanovení § 3 zákona o elektronickom podpise je vymedzený tzv. „jednoduchý“ elektronický podpis, a to ako informácia pripojená alebo inak logicky spojená s elektronickým dokumentom, ktorá musí spĺňať tieto požiadavky:

- a) nemožno ju efektívne vyhotoviť bez znalosti súkromného kľúča a elektronického dokumentu,
- b) na základe znalosti tejto informácie a verejného kľúča patriaceho k súkromnému kľúču použitému pri jej vyhotovení možno overiť, že elektronický dokument, ku ktorému je pripojená alebo s ním inak logicky spojená, je zhodný s elektronickým dokumentom použitým na jej vyhotovenie,
- c) obsahuje údaj, ktorý identifikuje podpisovateľa

Elektronickým podpisom sa v širšom význame môže označovať aj jednoduché nešifrované uvedenie identifikačných údajov (osobné údaje, ďalej názov a sídlo spoločnosti, rodné číslo atď.) na konci textu v elektronickej (digitálnej) forme, ktoré umožňuje identifikovať (teda jednoznačne určiť) označenú osobu, ale nie pravosť údajov a celistvosť podpísaného dokumentu ani autentizáciu podpísaného.

Vyšší stupeň jednoduchého elektronického podpisu tvorí zaručený elektronický podpis. Podľa ustanovenia § 40 ods. 3 *„písomný právny úkon je platný, ak je podpísaný konajúcou osobou; ak právny úkon urobia viaceré osoby, nemusia byť ich podpisy na tej istej listine, ibaže právny predpis ustanovuje inak. Podpis sa môže nahradiť mechanickými prostriedkami v prípadoch, keď je to obvyklé.“* Ďalej podľa ods. 4 tohto ustanovenia *„Písomná forma je zachovaná, ak je právny úkon urobený telegraficky, dalekopisom alebo elektronickými prostriedkami, ktoré umožňujú zachytenie obsahu právneho úkonu a určenie osoby, ktorá právny úkon urobila. Písomná forma je zachovaná vždy, ak právny úkon urobený elektronickými prostriedkami je podpísaný zaručeným elektronickým podpisom.“* Z tohto teda vyplýva, že zaručený elektronický podpis ako jediný podľa ustanovenia § 40 ods. 4 Občianskeho zákonníka zaručuje písomný charakter dokumentu, bez nutnosti splnenia ďalších zákonných stanovených podmienok. Zákonodarca v ustanovení § 40 ods. 5 ide čo do charakteru zaručeného elektronického podpisu ďalej keď uvádza že *„na právne úkony uskutočnené elektronickými prostriedkami, podpísané zaručeným elektronickým podpisom a opatrené časovou pečiatkou sa osvedčenie pravosti*

⁴ Mates, P. a Smejkal, V.: E-government v České republice: Právní a technologické aspekty. 2. podstatně přepracované a rozšířené vydání. Praha: Leges, 2012, s. 270. ISBN: 978-80-87576-36-6.

⁵ Lechner, T.: Elektronické dokumenty v právní praxi. Praha: Leges, 2013, s. 64, ISBN: 978-80-87576-41-0.

podpisu nevyžaduje“. Je tomu tak z dôvodu, že zaručený elektronický podpis možno prirovnať k úradne overenému podpisu. Ustanovenie § 40 ods. 4 a 5 možno hodnotiť ako prelomové, najmä čo do oblasti zmluvného práva s tým súvisiaceho elektronického obchodu.

Zaručený elektronický podpis okrem podmienok vzťahujúcich sa na jednoduchý elektronický podpis, musí spĺňať aj tieto podmienky:

- a) musí byť vyhotovený pomocou súkromného kľúča, ktorý je určený na vyhotovenie zaručeného elektronického podpisu, pričom podľa ustanovenia § 2 písm. e) zákona o elektronickom podpise, je súkromným kľúčom tajná informácia, ktorá slúži na vyhotovenie elektronického podpisu elektronického dokumentu
- b) možno ho vyhotoviť len s použitím bezpečného zariadenia na vyhotovovanie elektronického podpisu. Bezpečným zariadením na vyhotovenie elektronického podpisu je prostriedok na vyhotovenie elektronického podpisu, ktorý spĺňa požiadavky zákona o elektronickom podpise a ktorý slúži na vyhotovovanie zaručených elektronických podpisov (ustanovenie § 2 písm. h) zákona o elektronickom podpise)
- c) spôsob jeho vyhotovovania umožňuje spoľahlivo určiť, ktorá fyzická osoba zaručený elektronický podpis vyhotovila. Prostriedkom na overenie elektronického podpisu je technické zariadenie alebo programové vybavenie, alebo algoritmy, alebo ich kombinácia, prostredníctvom ktorých môže overovateľ na základe podpísaného elektronického dokumentu a verejného kľúča patriaceho k súkromnému kľúču, ktorý bol použitý na vyhotovenie elektronického podpisu, overiť správnosť elektronického podpisu
- d) na verejný kľúč patriaci k súkromnému kľúču použitému na vyhotovenie zaručeného elektronického podpisu je vydaný kvalifikovaný certifikát, pričom verejným kľúčom podľa ustanovenia § 2 písm. e) zákona o elektronickom podpise je informácia dostupná overovateľovi, ktorá slúži na overenie správnosti elektronického podpisu vyhotoveného pomocou súkromného kľúča patriaceho k danému verejnému kľúču

Na základe vyššie uvedeného možno uviesť, že reč ide o elektronickom podpise v takej podobe, kde je možné overiť pravosť dokumentov a autentifikáciu podpísaného. Toto je zaručené spravidla kryptografickými metódami.

Zaručený elektronický podpis môže byť vyhotovený iba pomocou certifikovanej aplikácie, bezpečného zariadenia na vyhotovenie elektronického podpisu a kvalifikovaného certifikátu.

Na základe charakteristiky zaručeného elektronického podpisu možno dospieť k záveru, že zaručený elektronický podpis javí znaky bezpečnosti, a to z dôvodu, že podpísanému dokumentu zaručeným elektronickým podpisom zabezpečuje:

- autenticitu – čím možno overiť pôvodnosť t.j. virtuálnu identitu subjektu, ktorému patrí elektronický podpis. Od autenticity, resp. autentizácie je potrebné odlišovať identifikáciu, pretože pri identifikácii ide o zistenie identity subjektu, ktorá sa realizuje porovnávaním osobných údajov alebo prejavov osobnej povahy fyzickej osoby s inými, ktoré sú obvykle zachytené na určitom nosiči. Pri autentizácii ide

o overenie, že subjekt je skutočne tým, za koho sa prostredníctvom takejto identity vydáva. Identifikácia sa na písomnom dokumente realizuje napríklad uvedením mena, priezviska, dátumu narodenia, adresy a iných údajov a autentizácia je vlastne overením, že dokument skutočne podpísala uvedená osoba a realizuje sa podpisom (najčastejšie pred svedkami, pred notárom alebo iným hodnoverným spôsobom). Aj úradne overený podpis však nie je absolútne nevyvrátiteľný, z dôvodu, že môže dôjsť k falšovaniu dokumentov (napríklad občianskeho preukazu).⁶

- integritu - možno preukázať, že po podpísaní dokumentu zaručeným elektronickým podpisom nedošlo k žiadnej zmene, súbor nie je úmyselne alebo neúmyselne poškodený,

- nepopierateľnosť – autor, ktorý podpíše dokument zaručeným elektronickým podpisom nemôže tvrdiť, že elektronický dokument podpísaný takýmto podpisom nevytvoril, je teda možné ho identifikovať. Tento znak zaručeného elektronického podpisu úzko súvisí s autenticitou, ktorú zaručený elektronický podpis zabezpečuje.

Z dôvodu, že tak na vytvorenie a používanie jednoduchého elektronického podpisu, ako aj na zaručený elektronický podpis kladie zákon určité obdobné požiadavky, je potrebné si zjednodušene uviesť, aký je medzi nimi rozdiel v aplikačnej praxi. Rozdiel medzi jednoduchým a zaručeným elektronickým podpisom je podobný rozdielu medzi úradne neovereným, resp. obyčajným podpisom na dokumente a úradne overeným vlastnoručným podpisom. Zaručený elektronický podpis by sa mohol prirovnávať k notársky overenému podpisu.

Aj napriek tomu, že zaručený elektronický podpis možno prirovnávať k podpisu úradne overenému pred notárom, zákon o elektronickom obchode vylučuje niektoré úkony z elektronickej kontraktácie. Príkladom slúžia zmluvy o prevode nehnuteľností, resp. závet, kde sa vyžaduje vlastnoručný podpis. Toto ustanovenie zákona však vyvoláva polemiky, keďže už aj so Správou katastra nehnuteľností možno komunikovať elektronicke, pričom možno podávať aj návrhy na začatie správneho konania. Ďalším dôvodom, pre ktorý je zákon o elektronickom obchode neaktuálnym a nepredvídavým je to, čo už bolo načrtnuté vyššie o zaručenom elektronickom podpise. Tento druh elektronického podpisu sa tak technicky, ako aj právne rovná notársky overenému vlastnoručnému podpisu. Nie je teda dôvod vylučovať zmluvy o prevode nehnuteľností z elektronickej kontraktácie v prípade, ak by ich účastníci podpísali zaručeným elektronickým podpisom.

Naopak však, v prípade, ak sa podáva návrh na zápis, výmaz, resp. zmenu v obchodnej spoločnosti do Obchodného registra prostredníctvom elektronických prostriedkov, na právne úkony uskutočnené elektronickými prostriedkami a podpísané zaručeným elektronickým podpisom sa už nevyžaduje úradné, resp. notárske overenie podpisu, aj keď sa pri „riadnom“ vyhotovovaní týchto dokumentov notársky overený podpis vyžaduje (napríklad zakladateľská listina pri založení spoločnosti alebo spoločenská zmluva).

⁶ Porovnaj Mates, P. a Smejkal, V.: E-government v České republice: Právní a technologické aspekty. 2. podstatně přepracované a rozšířené vydání. Praha: Leges, 2012, s. 272. ISBN: 978-80-87576-36-6.

Dôležitým momentom pre komunikáciu napríklad so Správou katastra nehnuteľností alebo so súdmi najmä pri podávaní návrhov na začatie konania, je použitie tzv. elektronickej časovej pečiatky, ktorú obsahuje elektronický podpis a ktorá už jednoznačne preukazuje dátum a čas podpísania dokumentu. Použitie tzv. časovej pečiatky zaručuje poskytnutie presnej informácie podpísania a podania návrhu na začatie konania, prípadne odvolania alebo vykonania iného právneho úkonu, kde sa vyžaduje zachovanie zákonnej lehoty. Vtedy sa dá presne určiť, či nárok žalobcu je alebo nie je premlčaný, prekludovaný alebo či stihol lehotu na podanie odvolania voči rozhodnutiu prvostupňového súdu.

Bude namieste, aby sme ozrejmili pojem časovej pečiatky. Túto upravuje zákon o elektronickom podpise v ustanovení § 9. V zmysle tohto ustanovenia je časovou pečaťou informácia pripojená alebo inak logicky spojená s elektronickým dokumentom, ktorá musí spĺňať určité požiadavky, obdobné ako pri elektronickom podpise. Časovú pečať nemožno efektívne vyhotoviť bez znalosti súkromného kľúča určeného na tento účel a bez elektronického dokumentu. Aj časovú pečať vyhotovuje akreditovaná certifikačná autorita použitím súkromného kľúča určeného na tento účel. Časovú pečať, rovnako ako elektronický podpis, nemožno vyhotoviť bez použitia bezpečného zariadenia určeného na vyhotovovanie časovej pečiatky, t.j. technické zariadenie a programové vybavenie, ktoré spĺňa požiadavky zákona o elektronickom podpise a prostredníctvom ktorého možno na základe časového údaja, elektronického dokumentu a na tento účel určeného súkromného kľúča vyhotoviť časovú pečať daného elektronického dokumentu. Okrem toho, ako sme už vyššie uvádzali, časová pečať nám umožňuje jednoznačne identifikovať dátum a čas, kedy bola vyhotovená.

Na to, aby bolo možné z praktického hľadiska vytvoriť zaručený elektronický podpis bude potrebné to, aby podpisovateľ vlastnil platný kvalifikovaný certifikát. Tento certifikát musí mať atribút kvalifikovaného certifikátu. Tieto certifikáty vydávajú na území Slovenskej republiky iba akreditované certifikačné authority. Môžu ich však vydávať aj akreditované certifikačné authority v rámci Európskej únie.

Akreditovanou certifikačnou autoritou je certifikačná autorita, ktorá poskytuje akreditované certifikačné služby podľa tohto zákona a ktorá má na poskytovanie týchto služieb akreditáciu Národného bezpečnostného úradu SR. Akreditované certifikačné authority po získaní atribútu kvalifikovaného certifikátu môžu poskytovať akreditované certifikačné služby. V zmysle ustanovenia § 2 písm. 1) zákona o elektronickom podpise pod akreditovanú certifikačnú službu patria nasledovné činnosti:

1. vydávanie kvalifikovaných certifikátov, zrušovanie platnosti kvalifikovaných certifikátov, poskytovanie zoznamu zrušených kvalifikovaných certifikátov, potvrdzovanie existencie a platnosti kvalifikovaných certifikátov, vyhľadávanie a poskytovanie vydaných kvalifikovaných certifikátov,
2. dlhodobé uchovávanie elektronických dokumentov podpísaných zaručeným elektronickým podpisom,
3. vydávanie časových pečiatok,

Kvalifikovaný certifikát je možné v súčasnosti vydať iba fyzickej osobe. Nie je ho možné vydať právnickej osobe.

Ďalšou podmienkou pre vytvorenie zaručeného elektronického podpisu je to, že súkromný kľúč podpisovateľa musí byť uložený na certifikovanom zariadení (napr. čipová karta, USB kľúč). Súkromný kľúč je na tomto zariadení priamo vytvorený a nijako ho nie je možné z tohto zariadenia získať do externého prostredia. Takýmto spôsobom dochádza k jeho zabezpečeniu, teda nie je možné ho zneužiť tretím subjektom, avšak toto tvrdenie akreditovaných certifikačných autorít treba brať s výhradou. Podľa Matesa, P. a Smejkal, V. súkromné kľúče v súbore vkladanom z CD nosiča alebo inej externej pamäti napríklad USB pamäti a certifikáty na čipovej karte tvoria dve z piatich metód využívaných užívateľmi pri vyhotovovaní elektronického podpisu, t.j. pri autentizácii.⁷ Metóda súkromného kľúča v súbore vkladanom z CD nosiča alebo inej externej pamäti napríklad USB pamäti sa využíva k verifikácii identity užívateľa kryptografických metód v rámci realizovanej infraštruktúry verejných kľúčov, kedy užívateľ k autentizácii využíva elektronický podpis, avšak je z hľadiska zabezpečenia proti útokom plne závislý na odolnosti jeho pracovnej stanice. Podľa Matesa, P. a Smejkal, V. nie je táto metóda príliš bezpečná, pokiaľ tam uložené údaje nie sú šifrované a chránené proti neoprávnenému prístupu. Metóda certifikátu na čipovej karte je lepšie kontrolovateľná a menej zraniteľná z dôvodu, že citlivé dáta sú uložené oddelene od operačného systému a programové vybavenie karty je do počítača nainštalované jednorázovo.⁸

Dovolíme si tvrdiť, že v súčasnej dobe nie je nič, čo sa týka technológií stopercentné a z dôvodu, nemožno hovoriť o absolútnej bezpečnosti tej – ktorej metódy pri autentizácii prostredníctvom elektronického podpisu. Na druhej strane však pri vytváraní elektronického podpisu musí byť použitá certifikovaná aplikácia, ktorá zabezpečí, že všetky jej komponenty sú pre používateľa bezpečné, a najmä že obsahuje zobrazovací komponent, ktorý zaručuje, že podpísané dáta (elektronický dokument) sú skutočne tie, ktoré certifikovaná aplikácia pri vytváraní, resp. overení podpisu zobrazí, čím sa tento proces stáva bezpečnejším a ťažšie napadnuteľným. Proces zabezpečovania a vyvíjania stále napreduje. A tak ako tvrdí Lechner elektronický podpis nie je nemenným zavedeným inštitútom, ale je stále sa vyvíjajúcim konceptom tak po stránke technologickej, ako aj po stránke právnej.⁹

A akým spôsobom v aplikačnej praxi funguje zaručený elektronický podpis? Ako už bolo uvádzané, dokumenty podpísané elektronickým podpisom (najmä zaručeným) sú akceptované pred orgánmi verejnej moci, štátnej správy a pred súdnymi orgánmi, t.j. všade tam, kde takýto orgán disponuje elektronickou podateľňou. Elektronickou podateľňou je technické zariadenie slúžiace najmä na prijímanie, odosielanie a potvrdzovanie prijatia elektronických dokumentov, elektronických dokumentov podpísaných elektronickým podpisom a elektronických dokumentov podpísaných zaručeným elektronickým podpisom.

⁷ Ďalšími metódami autentizácie, okrem v texte uvádzaných, sú 1. využitie EMV karty vo formáte aliance „Europay International, Master Card International a VISA International, 2. Autentizačné kalkulatory, 3. Mobilné telefóny

⁸ Mates, P. a Smejkal, V.: E-governmrnt v České republice: Právní a technologické aspekty. 2. podstatně přepracované a rozšířené vydání. Praha: Leges, 2012, s. 278. ISBN: 978-80-87576-36-6.

⁹ Lechner, T.: Elektronické dokumenty v právní praxi. Praha: Leges, 2013, s. 62, ISBN: 978-80-87576-41-0.

V právnej aplikačnej praxi je možné podávať dokumenty podpísané zaručeným elektronickým podpisom na súdy, t.j. návrhy na začatie konania, vyjadrenia, odvolania a pod. Tu však, ako sme už vyššie uvádzali, je potrebné disponovať a dokument opatriť okrem zaručeného elektronického podpisu aj časovou pečiatkou.

Dokumenty podpísané zaručeným elektronickým podpisom prijíma aj Živnostenský úrad a Obchodný register. Toto uľahčuje subjektom zakladajúcim obchodné spoločnosti, resp. vykonávajúcim v nich zmeny alebo ich vymazávajúcim z Obchodného registra, komunikovať s týmito orgánmi. Všetky tlačivá podávané v elektronicky je možné vyplniť v elektronickej forme. Ako však ukazuje aplikačná prax, vyhotovenie týchto elektronických dokumentov je komplikovanejšou činnosťou, z dôvodu, že každý jeden dokument podávaný na Živnostenský register alebo Obchodný register musí byť vytvorený v súbore PDF a každý jeden dokument musí byť podpísaný zaručeným elektronickým podpisom.

V konečnom dôsledku však využívanie zaručeného elektronického podpisu je menej nákladné, z dôvodu, že všetky súdne poplatky (napríklad poplatok za zápis obchodnej spoločnosti do Obchodného registra, za zmeny v Obchodnom registri a iné) sa znižujú na polovicu.

Elektronický podpis je čoraz častejšie využívaný aj v obchodnom styku medzi podnikateľmi, ktorí môžu uzatvoriť zmluvu v elektronickej podobe a podpísať ju elektronickým podpisom. Ako sme už uvádzali vyššie, je to na rozhodnutí obchodných partnerov, či trvajú na podpisovaní len elektronickým podpisom alebo zaručeným elektronickým podpisom. Podmienkou uzatvorenia elektronickej zmluvy, resp. zobrazenia elektronickej zmluvy podpísanej (zaručeným) elektronickým podpisom je to, aby obidve zmluvné strany disponovali technológiou, resp. aby mali oprávnenie – certifikát na používanie elektronického podpisu, pretože uzatvorenie elektronickej zmluvy aj s elektronickým podpísaním nebude možné a najmä viditeľné.

Vyššie načrtnuté poukazuje na to, že oblasť elektronického obchodu a tém s tým súvisiacich, nie je ešte dostatočne prebádaným a jasným teritóriom. V súčasnej dobe sa do slovenského zákonodarstva začleňuje aj legislatíva s tým súvisiaca. Niektoré zákony, týkajúce sa elektronického obchodu sú vo svojich niektorých častiach už neaktuálne a nekopírujú neustále sa vyvíjajúcu dobu. Z tohto dôvodu by bolo vhodné sa v odborných kruhoch zaoberať aj týmito témami, aby sa postupne odstraňovali výkladové problémy a dávali sa aj podnety na riešenie vzniknutých situácií v aplikačnej praxi.

Kontakt

regina.palkova@upjs.sk

trescakova@easylaw.sk

*Kabanova Irina Yevgenjevna,
PhD, research associate*

Moscow State Law University named after O.E. Kutafin

Civil Liability of the Government Bodies and Public Officials for Damages, Caused by their Actions

Abstract

This article is devoted to the civil liability of government bodies and public officials for damages, caused by their unlawful actions, unlawful inaction and lawful actions. Also is mentioned the idea of strict liability and its place in the Russian civil law.

Harmful actions by public entities and their officials are commonplace, as are lawsuits complaining of them, though success in these suits is less common. To examples of the illegal inaction which has caused losses, belong failure to provide privileges on payment of housing and utilities, loss of possibility of collection of debt from the debtor because of non-execution of the officials' duties, duty non-execution on acceptance from competitive operating property of housing stock. Government officers not only enforce prohibitions but also authorize, grant, or alternatively – deny needed official permission. The injuries that flow from wrongful denials of permission are equally varied, ranging from simple loss of profits or profitable opportunity to loss of a lifetime investment in professional development to serious, and perhaps permanent, social stigma. Nor is the harm that can result from government authorization or licensing limited to that consequent on improper denial. And widespread economic harm may result when licensing has the effect of granting a monopoly but not of exerting the price or quality controls that the statutory licensing scheme also intended.

In many ways government grant and benefit activities partake of both enforcement and licensing functions and give rise, when poorly administrated, to similar harms. The wrongfully rejected disability applicant may suffer pecuniary injury similar to that of the wrongfully rejected applicant for a license.

The occasions for harmful official activity that gives rise to civil liability are perhaps most numerous when officials act in proprietary capacities.

The notion that government officers should be shielded from liability for their misconduct is of relatively recent origin. Early opinions made no distinction between public officers and ordinary citizens in determining liability for tortious conduct. Indeed, many early decisions imposed liability for official acts that were not even tortious by private-law standards.

But then it was established the principle that free and untrammelled behavior of certain government representatives is so important to the public welfare that, within limits, they should not be exposed to liability for damages by charges of improper motives, or of conscious wrongdoing. The difficulty is the extent of the principle. In the first place the conduct of the defendants in all cases, viewed without reference to the defendants' alleged motives, was within the normal scope of their agency powers. A second common denominator is that the activity of the defendant was *prima facie* in accordance with his duties and customary behavior.

Thirdly, since the doctrine of absolute immunity is based upon the relative importance of the public, as against a private, interest, application of the doctrine must vary with the relative weight of the competing interests.

Official immunity is treated as a personal immunity accorded to a public official from liability to anyone injured by any of his actions that are the consequence of the exercise of his official authority or duty. This immunity is complete for judges, so long as they act within the jurisdiction of their respective courts; administrative officers, however, are generally immune only for discretionary as opposed to ministerial acts that are done honestly and in good faith¹.

As a public officer engaged in the performance of his duty it is clear that the defendant had a conditional privilege if he did not have an absolute one. Such a privilege is a defense until "malice" is shown, the burden being on the plaintiff. Lest we be misunderstood, we do not hold the officer to the same standard with respect to personal liability as we would the government in testing the validity of its actions. For example, a search made with a warrant supported by what is subsequently determined to be an insufficient affidavit is illegal. We would not suggest that the officer's personal liability is so easily established. An error in constitutional interpretation, or in concluding what are "reasonable grounds to believe" may be fatal to the government's position, but not to the officer's. Unreasonableness and recklessness are by no means equivalent.

The simple economic justification for damage remedies is that they impose the cost of harmful conduct on parties who might have avoided it, thus providing appropriate incentives for the exercise of care. The legal system thus, in general, denies private persons the right to be careless. Public officers are an exception. Because they cannot be made to bear the costs of their negligence, they can be viewed as having a special form of property: the right to be careless. This seems a strange right to confer on any group; doubly strange for a group that exerts its personal power through the coercive instruments of the state.

But an official's right to negligent conduct is limited. The exercise of that right may affect the value of his other property interests, which include a considerable bundle of rights that generally attend official position. Perhaps the clearest are the official's contract rights as a public servant: his title, pay, benefits, tenure, and prospects for advancement within or outside government.

The official might also be considered to have property in the form of his authority, that is, in his ability to use state power to pursue ends which, while not exclusively his own, are usually not inconsistent with his. And given greater or lesser discretion within the boundaries of his instructions, the official may have numerous

¹ See: Law Dictionary / By Steven H. Gifis. – 5th ed. // Barron's legal studies. – P. 240.

opportunities to modify societal purposes by his own preferences. Officials may also find utility in the associations, opportunities for learning, and general social milieu that are established by their position and functions.

It seems clear that negligent conduct may adversely affect all of these property interests. Negligent officials can be fined or demoted, their prospects dimmed by poor efficiency reports, their opportunity to wield power circumscribed by continuous supervision or legal limitation. And, of course, the contrary is true of the conscientious and effective public employee. The critical issue is whether these alternatives to liability provide appropriate incentives for efficient care.

The major explicit reason for insulating officials from damage actions is the fear that damages will induce timidity in them. This assertion, as generally used, includes two separable assumptions. The first is that certain types of official activity would be more discouraged by the prospect of action for damages of commission than they would be encouraged by the prospect of action or damages of omission. The second, more general argument is that civil liability would drive officials to an inappropriate level of defensive activity across the whole range of their functions. This view contemplates, for example, that an official may be likely to undertake excessive enforcement activity-in the form of additional investigation, interrogation, preliminary stop orders, or the like-in order to guard against liability for underenforcement errors. Such activity would be analogous to the defensive-medicine syndrome thought to be engendered by medical malpractice claims.

A consideration of the public official's property rights supports both assumptions. Officials obviously are limited in their ability to capture the gains from holding their caution to efficient levels. If civil liability obtained, one form of inefficient care (i.e., negligence) would entail a pecuniary sanction activated by parties who would benefit directly from its imposition. Efficient (rather than excessive) caution, however, would be rewarded only indirectly, if at all, through career advancement marginal increases in status, pay, discretion, comfort, and the like. And since bureaucratic devices for detecting efficiency and the incentives for rewarding it seem relatively weak, it appears sensible to predict that civil liability would engender official overcautiousness characterized perhaps by the already too common bureaucratic faults of rigidity, technicality, excessive demands for information, and buck-passing.

In short, the argument is that civil liability is too direct and powerful a sanction for a system of fragile or underdeveloped property rights. Although appealing, this disproportionate-sanction argument is hardly conclusive. There is every reason to believe, for example, that in many instances the legal system imposes civil liability where property-rights regimes limit the employees' opportunities to appropriate the gains of efficient caution. If civil liability imposed on officials were shifted in this way, the usual effects of enterprise liability might be expected: civil suits would provide both important information about where negligence occurs and incentives for internal policing that do not currently obtain. The incentives of government officials could thus be made identical to those of private-sector employees who enjoy no immunity to civil liability.

The actual effects of imposing civil liability on officials might, of course, be quite different. The government might decide that holding individual employees civilly liable is a good idea and that it would not provide insurance as a part of the

employment package. Provided that a rough equilibrium exists in factor markets, this decision would reduce the effective pay rates of government officials, and a new equilibrium would have to be established. In principle there is no way to know what the new equilibrium would be, but polar possibilities can be imagined.

First, there might be no change in officials' rates of pay, perquisites, or authority. In that case there would be a general reduction in the value of government employment, and workers who now command lesser rates of pay than the current crop of government officers would gradually replace them. Alternatively, the expected value of liability (equivalent to the insurance premium that the government has decided not to pay) might be added in full to pay scales. In that case persons more ready to accept economic risks than those currently employed by the government would find their way into public service. In both cases incentives for overcautiousness would remain. This argument against civil liability for officials is thus valid, but only if the burdens imposed were not somehow shifted onto the government.

As a new step from the doctrine of officials' immunity can be named the idea of civil liability of the government bodies and their officials for damages, caused by their lawful actions.

This idea can be partly compared with the doctrines of so called vicarious liability and strict liability. The first one deals with the imputation of liability upon the person for the actions of another. The second one is concerned with the liability without fault.

One of important novelties of the Russian civil legislation concerns possibility of compensation of the damage caused to the personality or property of the citizen, and also to the property of legal entities, by lawful actions of the government or municipal bodies, their officials or other persons possessing state powers of authority (art. 16¹ of the Civil Code of the Russian Federation).

Fixing civil liability of bodies of the public power of various levels and their officials for the actions (inaction) belongs to indisputable achievements of the Russian law. The Russian civil legislation proclaims the indemnification of damages caused by the illegal actions (inaction) and legal actions of government bodies and officers. This legal regulation is based on the constitutional passage about compensation of the harm caused to the citizen by illegal actions (inaction) of bodies of the state and their officials (art. 53 of the Constitution of the Russian Federation),

By the general rule civil liability for the harm caused both by illegal actions, and illegal inaction of power bodies and their officials, is imposed on them only in the presence of four conditions: illegal action (inaction), injury, connection between action (inaction) and its effect, fault. Art. 16¹ of the Civil Code of the Russian Federation presents liability for the lawful action of the specified subjects which has injured the personality or property of the citizen or property of the legal entity.

The circle of the government bodies and also the list of persons, possessing public authority isn't strictly defined. Among the persons allocated with public authority, and potentially responsible for the harm caused as a result of their activity, prevail federal executive authorities officers and executive authorities officers of subjects of the Russian Federation. It is easily explainable because one of signs of executive authority is implementation of imperious and administrative powers which in jurisprudence are understood as the requirements attracting for the addressee

change of its rights and duties and, probably violating rights and legal interests. At the same time other bodies and the organizations can also appear to be offenders.

In the art. 16 of the Civil Code of the Russian Federation officers are directly named as responsible persons, along with government bodies and local governments, however the respondent in court in the claim about compensation of harm, will be the corresponding public entity, and replacement of the body authorized to represent public entity isn't replacement of the respondent. The compensation to the victim is made not at the expense of the official or government body or local government, but at the expense of treasury of an appropriate level.

The Russian Federation, subject of the Russian Federation or the municipality, after they had compensated to injured person the harm caused by illegal actions of the official, get the right of the regress requirement to the official which is directly guilty of commission of illegal actions. Liability as regress is assigned to this official in full if other isn't established by the law, but the regress claim can't be satisfied if at the time of his statement the claimant (government body or local government) didn't compensate the harm caused to the victim.

The basis of delictual liability of public entities, according to the art. 16 of the Civil Code of the Russian Federation is the legal fact, which generates the delictual obligation. Because of this obligation one party (an offender) is obliged to compensate caused harm to other party (injured) and also in the cases provided by the law to compensate non-property harm, to suspend or stop harmful activity, and the victim has the right to demand from an offender the execution of the specified duty.

Harm can be caused also by lawful actions of the government bodies and officials. According to the principle of the general delict infliction of harm by one person to another is the basis of emergence of an unconditional duty to compensate harm, and influence of the principle affects distribution of duties on proof.

Harm traditionally is defined as derogation, destruction of subjective civil law or benefit. It can be property harm, and then the damage has its material assessment, and can be non-property which is defined as suffering of the person and isn't subject to an assessment in a money equivalent therefore protection of the corresponding interests of the person is reached not by compensation of losses in its property sphere, and granting other benefit directed on improvement of a morale state of the victim.

The art. 15 of the Civil Code of the Russian Federation divides the losses which must be compensated, into real damage and the missed benefit. According to the art. 16¹ the Civil Code of the Russian Federation only real damage, caused by lawful actions of the government bodies, will be compensated. And this legal regulation deals only with lawful actions, so the damage caused by lawful inaction, wouldn't be compensated.

The question of guilt doesn't arise in the absence of any other basis: there is no illegality (or the special instruction on assignment of civil liability for lawful behavior) or there is no connection between cause and effect.

However in the reverse situation – absence of fault, the person who had caused damages to another, isn't exempted from civil liability. It is confirmed by standards of item 3 of the art. 401, 1079 of the Civil Code of the Russian Federation and others. Existence of similar legal regulations in the legislation gives the grounds

for the statement about existence of non-guilty liability (strict liability) in the Russian civil law.

The problem of the legal nature of non-guilty liability remains so far debatable in the science of civil law. Many scientists continue to refuse to liability irrespective of fault the right to existence as, in their opinion, this civil phenomenon contradicts the settled, "classical" view on essence of legal liability, and namely that only guilty liability is morally justified.

The principle of liability for fault, for the first time pronounced in the art. 1382 – 1383 of the French Civil Code (the Napoleon's Code), is a manifestation of rather not Christian values, but rules of so-called "natural" justice in its liberal and individualistic treatment. Evolution of the public relations blew up the bourgeois law and along with individual subjective liability for fault was created the category of objective liability for risk which is in direct link with the socialist concept of the law. Non-guilty liability became inevitable result of complication of the public relations. The principle of subjective imputation began to act as an obstacle for realization of the fair beginnings of civil liability. The increasing value has gained an idea of the increased liability of the subject for own actions. This idea lays down gradually in a basis of legal regulations of social activity and turns thereby into norm of cultural activity of modern western society.

Lawyers unanimously deny the existence of non-guilty criminal liability. The question of non-guilty liability arises exactly and only in the private-law sphere. The main conclusion from numerous discussions can be reduced to that non-guilty liability is an exception of the general rule about the guilt of an offender as the basis of civil liability. Its exclusive character is connected with that activity of a potential offender can lead to violation of the subjective rights of any person, therefore, is risky. Risky character assumes an assumption of adverse effects and readiness of an appropriate subject to assume these consequences, to be responsible for them.

Activity as a result of which there is non-guilty liability has no illegal character. So, while designating differentiation of lawful behavior of the owner of a source of the increased danger and liability of this owner for the harm caused by the relevant source, it is reasonable to specify the next: the operation of the railroad or tram are lawful. But from it doesn't follow that causing thus death or mutilations or damage or destruction of someone else's property are lawful.

Many authors explain existence of non-guilty liability by requirement for stimulation of the corresponding person to limit care and discretion, to constant aspiration not to allow (or to reduce) possibility of approach of harm.

The last position most precisely explains the purpose of emergence of the art. 16¹ in the Civil Code of the Russian Federation. It is urged to promote prevention in the future of infliction of harm from power bodies and their officials, to promote strengthening of legality, a law and order and increase of efficiency of implementation of imperious and administrative activity.

For the civil relations with which is connected the formation of the idea of non-guilty liability, the legal regime at which liability for behavior of persons and its consequence really entirely lays down only on subjects of legal relations is one of the main characteristics. In a case with non-guilty liability of government bodies, local governments and officers it is impossible to say that this rule is observed. It was already emphasized above that the harm caused by non-guilty actions has to be

compensated by not a direct offender, but the corresponding public entity at the expense of treasury.

The phenomena of a strict liability and the liability based on guilt of an offender, aren't antinomical, and represent manifestations of the uniform principle of justice. The social role of the principle of justice consists on burden distribution, and benefits of social life, specifies that the law of torts has to be more concentrated on the solution of questions of distributive justice, than corrective.

Equitable proportional distribution of burden and benefit useful, but risk kinds of activity has to be the main objective of delictual liability. Will it do an injustice if the subject of risk activity shifts burden of damage from such activity onto victims, reserving only benefits? It emphasizes fundamental moral value of the principle of reciprocity of risks, differentiating the sphere of guilty and non-guilty liability.

Thus, the theory of reciprocity of risks, proving non-guilty liability, serves the realization of fair idea of a social system based on the concept of the social contract and cooperation. Since Aristotle had formulated classical determination of justice: each person has to have a share due to it, it has been grounds for non-guilty liability. Therefore it is fair that subjects who benefit, get profit on implementation of these or those kinds of activity but if they create the increased threat of infliction of harm, directly it cause, it is fair that they bore also all consequences of the behavior on the non-guilty beginnings.

The theory of reciprocity of risks allows to prove first of all the owner's liability of a source of the increased danger under the art. 1079 of the Civil Code of the Russian Federation as the person, carrying out is raised dangerous activity, creates not mutual, but unilateral risks. For example, if an employee while in the scope of his employment for employer drives a delivery truck and hits and injures a person crossing the street, employer will be vicariously liable for injuries sustained by such a person².

At the same time guilty liability of owners of sources of the increased danger witnesses at their interaction as the called subjects created concerning each other approximately comparable risks. As it is explained in point 25 of the Resolution of Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of January 26, 2010 N 1 at infliction of harm to life or to health of owners of sources of the increased danger as a result of their interaction harm is compensated in accordance with general practice (art. 1064 of the Civil Code of the Russian Federation), i.e. by the principle of liability for fault.

Realization of distributive function of delictual liability, needs ensuring equitable distribution of burden and benefit from social activity proves also non-guilty liability for the harm caused by defective goods, works or services.

So, according to the art. 1095 of the Civil Code of the Russian Federation the harm caused to life, health or property of the citizen or to property of the legal entity owing to constructive, prescription or other shortcomings of goods, work or service, and also owing to unreliable or insufficient information about goods (work, service), must be compensated by the seller or the manufacturer of goods, the person which has performed work or has rendered service (performer), irrespective of their

² See: Law Dictionary. Ibid . – P. 550.

fault and from that, does the victim consist with them in the contractual relations or not. Owing to the art. 1096 of the Civil Code of the Russian Federation the harm caused by defective goods, etc is compensated by the seller or the manufacturer of goods according to the choice of the victim. The harm caused by defective work or service, is compensated by the person which has performed work or has rendered service (performer).

Thus, it is fair that businessmen profited from production and sale of goods, performance of work and rendering services, but at the same time they are obliged to bear the burden of non-guilty liability for the harm caused by goods, works or services. It is the price of their presence at the social world. Thus according to point 4 of the art. 14 of the Federal law “About Protection of Consumers’ Rights” the manufacturer (performer) bears liability for the harm caused to life, health or property of the consumer in connection with use of materials, the equipment, tools and other means necessary for production of goods (performance of work, rendering services) irrespective of reveal level of scientific and technical knowledge about their special characteristics.

Sacralization of the principle of liability exclusive for fault and denial of a phenomenon of liability irrespective of fault is the deadlock direction of civil researches. Objectively caused strengthening of value of the principle of justice in the sphere of delictual liability blew up the individualistic concept of liability and generated a phenomenon of the socialized non-guilty liability. Thus the sphere of non-guilty delictual liability fixed in point 1 of the art. 1070, 1079, 1095, 1100, 1104 of the Civil Code of the Russian Federation, tends to further expansion. So, scientists already introduced the idea that establishment of a duty of the state to compensate harm irrespective of fault helps to promote balance of private and public interests, and also to observe social justice.

It should be noted that the transition tendency from unfair guilty liability to its contrast – fair, but non-guilty – is a way for the further evolution of the civil liability. This tendency testifies also that in modern society the increasing value gains justice as the main beginning of civil liability.

Contact

irina_kabanova@mail.ru

Prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc. - JUDr. Zdeněk Karfík, CSc.

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, Česká republika

Daňové právo ve světle rekodifikace soukromého práva a daňových zákonů¹

Abstrakt

V České republice byl přijat nový občanský zákoník, zákon č. 89/2012 Sb., který má nabýt účinnosti dne 1. ledna 2014. Jedná se o rozsáhlou rekodifikaci soukromého práva, která se dotkne i veřejného práva, a to konkrétně finančního práva a daňového práva. Tato nová právní úprava znamená rozsáhlou novelizaci daňové právních předpisů a na tyto podstatné změny reaguje příspěvek.

Rekodifikace soukromého práva od 1. 1. 2014

Nový občanský zákoník, který byl dne 22. 2. 2012 vyhlášen ve Sbírce zákonů pod č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, dále jen „NOZ“, je základním předpisem tzv. rekodifikace soukromého práva. Spolu s NOZ byl přijat také zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích, který upravuje právo obchodních společností a družstev, a dále zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém. Na tyto základní normy rekodifikace soukromého práva navazují rozsáhlé doprovodné legislativní změny. Rekodifikace soukromého práva zásadním způsobem zasahuje celý právní řád a bude mít bezpochyby značný dopad do běžného života občanů a podnikatelské praxe. Citované zákony mají účinnost od 1.1.2014. Na straně jedné by se zdálo, že od doby platnosti do doby účinnosti, tj. tzv. legisvakance, byla nastavena správně, tj. poměrně dlouho. Na straně druhé tzv. doprovodná legislativa, je značně rozsáhlá, dotýká se řádově cca jednoho sta zákonů a tato tzv. doprovodná legislativa byla schválena dnes již rozpuštěnou Poslaneckou sněmovnou Parlamentu České republiky a 12. září 2013 byla schválena Senátem (podrobnosti dále). Lze předpokládat, že bude podepsána prezidentem republiky a poté publikována ve Sbírce zákonů. Kdy to bude, se neví a přitom se čas krátí pro seznámení se s touto

¹ Tento text byl zpracován v rámci programu „PRVOUK – P06 Veřejné právo v kontextu europeizace a globalizace“ realizovaného v roce 2013 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze

úpravou. Bohužel to neplatí o daňových zákonech, které nebyly schváleny 12. září 2013 Senátem. Zda bude tato oblast řešena zákonným opatřením, se nyní jedná².

Co přináší rekodifikace v podobě NOZ. Vychází z ideje, že funkční určení soukromého práva je sloužit člověku jako prostředek k prosazování jeho svobody. Účel občanského kodexu je umožnit i garantovat svobodné utváření soukromého života, a ponechat tedy co nejširší prostor svobodné iniciativě jednotlivce. Proto také zákon klade zásadní důraz na hledisko autonomie vůle. Se zřetelem k tomu se za první zásadu soukromého práva nepokládá rovnost osob, ale zásada autonomie vůle. Hledisko rovnosti osob nemůže být určující v první řadě, protože důraz na zásadu rovnosti jako určující pro občanské právo neodpovídá skutečnému stavu. Akcent na zásadu rovnosti jednak zastírá přirozenou nerovnost mezi fyzickými a právními osobami, neboť mezi nimi nemůže být právně, především v oblasti osobních práv, rovnosti nikdy dosaženo, jednak pomíjí hledisko ochrany slabší strany, která je pro soukromé právo stejně významná jako zásada rovnosti.

NOZ vychází z faktu, uznaného i českým ústavním pořádkem, že přirozená svoboda člověka má přednost před státem v tom smyslu, že stát není tvůrcem svobody člověka, ale jejím ochráncem. I podle čl. 8 Listiny základních práv a svobod³ stát člověku svobodu nedává, nýbrž zaručuje mu ji. Z tohoto pojetí vychází hledisko autonomie vůle. Autonomie vůle je pojata jako způsob určení a utváření vlastního právního postavení jednotlivce z jeho iniciativy a v důsledku jeho chtění. Jestliže je první hodnotou právního státu svobodný člověk a ochrana jeho přirozených práv, plyne z toho pro soukromé i občanské právo nezbytnost ponechat co nejširší prostor jeho rozhodnutí, jak je z vlastní iniciativy projeví a uskuteční. A protože člověk nejčastěji sdílí své soukromé záležitosti s jinými osobami, je základním soukromoprávním nástrojem pro uspořádání těchto záležitostí konsens vyjádření ujednáním. Smlouvě a smluvní svobodě se tudíž ponechává rozsáhlý prostor; NOZ vystupuje jako ultima ratio jen tam, kde dohoda vůbec není možná, anebo nedojde-li k ní. Tento koncept vychází ze zásadních kautel našeho ústavního pořádku, jak je vyjadřují česká Ústava⁴ (čl. 2 odst. 4) i Listina základních práv a svobod (čl. 2 odst. 4). NOZ bere za své konvenční pojetí, že úlohou občanského zákoníku je shrnout hlavní masu právních pravidel vztahujících se k soukromým právním záležitostem společným všem osobám, tedy k osobám, k věcem vůbec a k právním jednáním vůbec. NOZ v ustanovení § 3080 zrušuje celkem 238 obecně závazných právních předpisů (zákony, nařízení vlády a vyhlášky).

² Čl.33 Ústavy: Dojde-li k rozpuštění Poslanecké sněmovny, přísluší Senátu přijímat zákonná opatření ve věcech, které nesnesou odkladu a vyžadovaly by jinak přijetí zákona. Senátu však nepřísluší přijímat zákonné opatření ve věcech Ústavy, státního rozpočtu, státního závěrečného účtu, volebního zákona a mezinárodních smluv podle čl. 10. Zákonné opatření může Senátu navrhnout jen vláda. Zákonné opatření Senátu podepisuje předseda Senátu, prezident republiky a předseda vlády; vyhláší se stejně jako zákony. Zákonné opatření Senátu musí být schváleno Poslaneckou sněmovnou na její první schůzi. Neschválí-li je Poslanecká sněmovna, pozbývá další platnosti.

³ Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění Ústavního zákona č. 162/1998 Sb., kterým se mění Listina základních práv a svobod, (dále jen „Listina základních práv a svobod“)

⁴ Ústava České republiky č. 1/1993 Sb., (dále jen „Ústava“)

Tzv. doprovodná legislativa, která je schválena Senátem, je představována celou řadou návrhu nových zákonných úprav. Jedná se o návrh zákona o investičních společnostech a investičních fondech (sněmovní tisk 896), návrh zákona o změně některých zákonů v souvislosti s přijetím zákona o investičních společnostech a investičních fondech (sněmovní tisk 897), návrh zákona o katastru nemovitostí (sněmovní tisk 778), návrh zákona, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o katastru nemovitostí (sněmovní tisk 779), návrh zákona, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekodifikace soukromého práva (sněmovní tisk 930a) – materiál má 847 stran textu právních předpisů, návrh zákona o zvláštních řízeních soudních (sněmovní tisk 931), návrh zákona, kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) a zákon č. 312/2006 Sb., o insolvenčních správcích (sněmovní tisk 929), návrh zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další předpisy (sněmovní tisk 932), návrh zákona o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob (sněmovní tisk 986), návrh zákona o statusu veřejné prospěšnosti (sněmovní tisk 989), návrh zákona o převodu vlastnického práva k jednotkám a skupinovým rodinným domům některých bytových družstev a o změně některých zákonů (sněmovní tisk 990), návrh zákona, kterým se mění zákon č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony (sněmovní tisk 1000).

Jak jsme již uvedli, Senát neschválil návrh zákona o změně daňových zákonů v souvislosti s rektifikací soukromého práva a o změně některých zákonů (sněmovní tisk 1004) – tento tisk má 586 stran, a dále nebyl schválen návrh zákona z nabytí nemovitých věcí (sněmovní tisk 1003).

V oblasti daňového práva (v širším slova smyslu) došlo k rozsáhlým změnám dosavadní právní úpravou zákonem č. 458/2011 Sb., o změně zákonů související se zřízením jednoho inkasního místa a dalších změnách daňových a pojistných zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon realizuje projekt jednoho inkasního místa. Účinnost tohoto zákona je stanovena na 1. ledna 2015, ale některé části tohoto zákona nabyly účinnosti dnem 1.1.2012, 1.4.2012 a 1.1.2013.

Odůvodnění hlavních principů navrhované právní úpravy

Navrhovaná právní úprava má za cíl s účinností od 1. ledna 2014 přizpůsobit daňové zákony rekodifikaci soukromého práva a provést další potřebné změny, z nichž nejvýznamnější je realizace I. fáze jednoho inkasního místa; plné spuštění jednoho inkasního místa (II. fáze) se předpokládá s účinností od 1. ledna 2015.

Přizpůsobení daňových zákonů rekodifikaci soukromého práva

Rekodifikací soukromého práva došlo ke změně terminologie, obsahu některých institutů soukromého práva či zavedení některých zcela nových v českém právním řádu dosud neznámých institutů. Zákon o změně daňových zákonů v souvislosti s rekodifikací soukromého práva a o změně některých zákonů přizpůsobuje právní úpravu v oblasti daní, poplatků a jiných obdobných peněžitých plnění těmto rozsáhlým změnám v oblasti soukromého práva.

Na základě přechodných ustanovení NOZ se některé skutečnosti, poměry, vztahy, subjekty, předměty, práva a povinnosti soukromého práva i po dni nabytí účinnosti NOZ (a souvisejících předpisů) budou řídit ustanoveními právních předpisů ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti NOZ, a to včetně právních předpisů, které se účinností NOZ a souvisejících předpisů zcela zrušují. Některé také budou díky přechodným ustanovením moci na základě takových právních předpisů nadále vznikat. **Od 1. ledna 2014 je nutné ostatně.**

Přijetí rekodifikace soukromého práva vyvolalo nutnost přistoupit ke změnám v daňových zákonech, které mají povahu terminologických a věcných změn, přičemž často je konkrétní změna povahy terminologické i věcné současně (například daňový režim pachtu, výprosy či závdavku).

Terminologické změny

Daňové předpisy jsou součástí veřejného práva, ve kterém platí ústavní zásada ukládání povinností pouze na základě zákona (čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, více v části 4 Zhodnocení souladu navrhované právní úpravy s ústavním pořádkem). V daňovém právu je tento přístup akcentován zásadou v pochybnostech ve prospěch daňového subjektu (neboli „*in dubio pro libertate*“ či „*in dubio mitius*“), jak v mnohých svých rozhodnutích dovodil Nejvyšší správní soud. Například v rozhodnutí ze dne 14. července 2005, sp. zn. 2 Afs 24/2005 Nejvyšší správní soud zmiňuje, že „*v případě, že daňový zákon z důvodu své nejasnosti, nesrozumitelnosti či nepřesnosti nebo mezery v zákoně umožňuje vícero rovnocenně přesvědčivých výkladů, je nutno použít takový z nich, který je vůči daňovému subjektu mírnější (neboť je věcí státu, aby formuloval své daňové zákony natolik jednoznačně, srozumitelně, přesně a úplně, aby minimalizoval výkladové nejasnosti; v opačném případě by se jednalo o nepřipustnou libovůli zákonodárce)*“. Hrožícím následkem setrvání na zastaralé terminologii soukromého práva je vznik výkladových nejasností, jaký daňový režim použít. Z důvodu uplatňování zásady v pochybnostech ve prospěch daňového subjektu vždy převáží výklad ve prospěch daňového subjektu, tj. v neprospěch veřejného rozpočtu. Takový postup by mohl mít výrazné negativní dopady do inkasa jednotlivých daní. S cílem zabránit výkladovým nejasnostem a nežádoucím dopadům na výběr daní, přistoupil navrhovatel k důsledné obměně soukromoprávní terminologie v daňových zákonech. Dále je nutné poznamenat, že nahrazení starých pojmů novými automaticky neznamená změnu jejich obsahu, resp. nutnost přehodnocení výkladu daných pojmů.

S ohledem na to, že oblast daní, a to zejména daní nepřímých, je do značné míry regulována právem Evropské unie, je nadále nutné nové pojmy vykládat eurokonformně, aby nedošlo v důsledku změny terminologie k rozporu s unijním právem. Čistě terminologické změny, které si kladou za cíl zajistit vnitřní terminologickou jednotu a bezrozpornost tuzemského právního řádu bez toho, aby věcně posouvaly význam či obsah daného institutu, by z povahy věci neměly způsobovat rozpor s právem Evropské unie. Při výkladu jednotlivých pojmů, které mají svůj význam v evropském právu, je tak vždy nutné obsah daného pojmu v soukromém právu korigovat výkladem tohoto pojmu z hlediska evropského práva tak, aby daný výklad byl eurokonformní. Jako příklad lze uvést, že při výkladu pojmu nájem či pacht je třeba vycházet z judikátu Soudního dvoru Evropské unie ve věci Leichenich a Sinclair Colis, při výkladu pojmu obchodní závod z judikátu

Soudního dvoru Evropské unie Zita Modes a Schriever a při výkladu pojmu stavba z čl. 12 odst. 2 směrnice 2006/212/ES.

Věcné změny

Vedle změn terminologického charakteru je v rámci rekodifikace soukromého práva do právního řádu zavedena i řada věcných změn. Též na tyto změny je nutné v daňových zákonech reagovat. Jejich nerefektování by vyvolalo negativní následky v podobě vytvoření širokého prostoru pro daňovou optimalizaci s výrazným negativním dopadem na inkaso veřejných rozpočtů, založení nerovnosti mezi daňovými subjekty či vytvoření řady mezer v daňových zákonech, které by nebylo možné překlenout výkladem.

Věcné změny lze členit na ty, které jsou přímo vyvolány rekodifikací soukromého práva, a změny, ke kterým bylo přistoupeno s ohledem na to, že v důsledku rekodifikace soukromého práva se daný institut významným způsobem mění, čehož je vhodné využít k celkové revizi daného institutu a jeho další věcné úpravě.

Věcné změny, které jsou přímo vyvolané rekodifikací soukromého práva, jsou vyvolány zejména těmito instituty:

- **svěřenský fond⁵** – nový právní institut, který je entitou bez právní subjektivity, vyžadující změnu prakticky všech daňových zákonů,
- **nové vymezení pojmu nemovitá věc** (např. stavba se stává součástí pozemku, zavedení institutu práva stavby, nové pojetí jednotek atd.) – na tuto změnu je nutné reagovat v zákonech upravujících majetkové daně, daně z příjmů i daň z přidané hodnoty; následkem nereagování by bylo zásadní zúžení předmětu daně z nemovitostí (např. nebyly by zdaněny stavby, které by byly součástí pozemku, a stavby, které jsou součástí práva stavby, bez výslovné úpravy by jednotka nebyla předmětem daně z nemovitostí) či umožnění odpisování pozemků, což by významně snížilo základ daní z příjmů,
- **věc v právním smyslu** – současné vymezení věci se mění; aby byl zachován rozsah zdanění, je potřeba úprava v jednotlivých daňových zákonech,
- **vzájemné darování** – nereagování na tento institut by podstatným způsobem zúžilo rozsah předmětu daně z převodu nemovitostí; v dalších daňových zákonech (zejména v zákoně o daních z příjmů) by se tento nový institut ocitl zcela bez nastaveného daňového režimu,
- **kmenový list u společnosti s ručením omezeným⁶** – podíl ve společnosti s ručením omezeným může být nově vyjádřen cenným papírem, na což je třeba v daňových zákonech reagovat,
- **absence definice domácnosti** – soukromé právo nově nedefinuje institut společné domácnosti, důsledkem nerefektování této skutečnosti je rozšíření

⁵ Ustanovení § 1448 a násl. NOZ

⁶ Ustanovení § 137 a násl. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (dále jen „zákon o obchodních korporacích“)

okruhu subjektů oprávněných uplatnit si nezdanitelné části základu daně a slevy na dani z příjmů fyzických osob,

- **zrušení rozlišení běžného a vkladového účtu** – současné daňové právo dává těmto smluvním typům odlišný právní režim (zejména zákon o daních z příjmů),
- **zaknihované cenné papíry** – s ohledem na nové rozlišování mezi cennými papíry a zaknihovanými cennými papíry by beze změny daňových zákonů došlo k zúžení stávajícího pojmu cenný papír použitého v daňových zákonech, tj. na zaknihovaný cenný papír by nebylo možné použít daňový režim cenných papírů,
- **odkaz⁷ a dědická smlouva⁸** – v daňovém právu je potřeba zohlednit existenci nových institutů dědického práva, jinak by na ně nedůvodně dopadl obecný daňový režim (například zdanění příjmu z pozůstalosti i mezi osobami v I. a II. skupině),
- **statutární orgán je zákonným zástupcem** – nereagování na tuto změnu v procesních daňových předpisech by znamenalo, že veškeré písemnosti určené právnických osobám by byly doručovány statutárním orgánům,
- **status veřejné prospěšnosti⁹** – součástí rekodifikačních změn je i návrh nového zákona o statusu veřejné prospěšnosti, na který musí nutně navazovat změny v daňových zákonech,
- **další nové instituty** – výměnek, společenství jmění (situace při dědění, rozvodu apod.), rodinný závod (otázky vzniku a zániku rodinného závodu, rozdělování zisků rodinného závodu apod.), podnikatelský pronájem věcí movitých, apod.

Mezi věcné změny, které jsou nepřímo vyvolané rekodifikací soukromého práva, patří zejména:

- **integrace daně dědické a darovací do zákona o daních z příjmů** – daň z převodu nemovitostí má být nahrazena daní z nabytí nemovitých věcí, která bude upravena v samostatném novém zákoně o dani z nabytí nemovitých věcí¹⁰. Tento zákon přináší zásadní změnu v osobě poplatníka této daně, jímž má být zásadně nabyvatel vlastnického práva k nemovité věci. Daň dědická a daň darovací jsou na základě Programového prohlášení Vlády České republiky ze dne 4. srpna 2010 inkorporovány do zákona č. 586/1992, o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, čímž dochází k zavedení režimu daní z příjmů také pro tyto převodní daně. Veškeré příjmy fyzických a právnických osob z nabytí dědictví nebo odkazu je navrhováno osvobodit od daně z příjmů. Podle údajů daňové správy je z důvodu osvobození osob blízkých výnos daně dědické velmi nízký a jeho výběr neekonomický. Došlo by tak ke zrušení zákona č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

⁷Ustanovení § 1594 a násl. NOZ

⁸ Ustanovení § 1582 a násl. NOZ

⁹ Sněmovní tisk 989

¹⁰ Sněmovní tisk 1003

- **změna koncepce přechodu daňové povinnosti** – oproti stávající úpravě je navrhována změna okamžiku přechodu daňové povinnosti na dědice. Ta bude přecházet dnem rozhodnutí soudu o dědictví, nikoli tedy smrtí zůstavitele. Změna koncepce je rekodifikací soukromého práva vyvolána pouze nepřímo, neboť i bez změny koncepce by došlo k výraznému zásahu do tohoto institutu.

Přehled dotčených zákonů

Navrhovaná právní úprava v souvislosti s výše uvedeným novelizuje zejména následující daňové a navazující zákony:

- Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 593/1992 Sb., o rezervách pro zjištění základu daně z příjmů, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 397/2012 Sb., o pojistném na důchodové spoření, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 16/1993 Sb., o dani silniční, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů (v částech týkajících se energetických daní), ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů,
- Zákon č. 458/2011 Sb., o změně zákonů související se zřízením jednoho inkasního místa a dalších změnách daňových a pojistných zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Jednou ze základních novinek, kterou přináší NOZ je zásada superficies solo cedit, podle které je součástí pozemku budova nacházející se na pozemku včetně strojů a zařízení upevněných ve zdech budovy¹¹. Aby bylo možno i po 1. 1. 2014 odepisovat budovy a stroje tvořící součást pozemku, dochází k novelizaci § 28 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, který dosud vylučuje z odepisování pozemky, nově bude z odepisování vyloučen majetek a jeho části stanovené prováděcími předpisy. Zákon o dani z nabytí nemovitých věcí bude vymezovat budovy a další stavby v § 7 jako zdanitelné stavby představující samostatný předmět daně ze staveb (nezávisle na tom, zda budou či nebudou soukromoprávně součástí pozemku). Zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku, ve znění pozdějších předpisů, bude novelizován tak, aby při oceňování budovy byla zohledněna i cena strojů. To je pouze několik příkladů, jak jedna z novinek soukromého práva zasahuje do celého právního řádu.

¹¹ Ustanovení § 506 NOZ

Závěr

Závěrem, s ohledem na výše uvedené, si dovoluujeme malé zamyšlení ve vztahu k proklamovaným zásadám o stabilitě právního řádu atd. Stačí uvést, že za poslední roky počet vydávaných a publikovaných právních předpisů ve Sbírce zákonů je více jak 400 ročně. Tento počet není malý a je zarážející, že autoři těchto stále nových a nových předpisů nebo jejich stále se opakujících novelizací, používají stále shodné důvody: potřebou precizace a dosažení maxima právní jistoty, čímž však vzniká nekončící spirála, protože žádný právní pojem není dostatečně určitý¹² a žádá si vysvětlení, takže může následovat další novela, někdy označovaná jako technická, a tento proces se už nikdy nezastaví. Na tuto situaci ostatně již v roce 2007 reagoval Ústavní soud, když v judikátu o tzv. přílepcích či jezdcích (které se nicméně dějí i nadále) poněkud bezmocně dovodil, že: „Orientace adresáta právní normy v právním řádu se tak bez použití přístrojů informačních technologií stává zcela nemožnou. Přitom je zřejmé, že bez možnosti používání těchto systémů se dnes již v právním řádu České republiky nelze vyznat, a tak se problematizuje uplatnění obecné zásady právní, podle které neznalost zákona neomlouvá. Právo se tak stává pro své adresáty zcela nepředvídatelné.“¹³

Častá novelizace právních předpisů není tou nejlepší cestou pro stabilitu právního řádu a právního vědomí. Jako občané máme právo na dobré a čitelné právní předpisy, což v sobě zahrnuje i požadavek jejich stability, což je i jedním z ne často zmiňovaných znaků právního státu¹⁴. Materiální právní stát je vystaven mimo jiné na důvěře občanů v právo a právní řád. Podmínkou takové důvěry je stabilita právního řádu a dostatečná míra právní jistoty občanů. Stabilita právního řádu a právní jistota je ovlivňována nejen legislativní činností státu (tvorbou práva), ale též činností státních orgánů aplikujících právo, neboť teprve aplikace a interpretace právních norem vytváří ve veřejnosti vědomí toho, co je a co není právem. Stabilitu práva, právní jistotu jednotlivce a v konečném důsledku též míru důvěry občanů v právo a v instituce právního státu jako takové proto ovlivňuje i to, jakým způsobem orgány aplikující právo, tedy především soudy, jejichž základním úkolem je poskytovat ochranu právům (čl. 90 Ústavy ČR), přistupují k výkladu právních norem¹⁵.

S ohledem na výše uvedené a obecně proklamované zásady stability práva, ve vztahu k připravovaným změnám v souvislosti s rekodifikací soukromého práva je zřejmé, že nás čeká velmi složité období, a to nejen právníckou veřejnost, vědeckou frontu, ale i občany.

¹² Obecně na tento problém poukazuje P. Holländer, bývalý soudce Ústavního soudu ČR, když říká, že čím větší je snaha po přesnosti, tím stoupá riziko nesrozumitelnosti (Filozofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, str. 217). Očima zkušeného soudce na něj reaguje M. Mazanec, který mimo jiná dává instruktivní návod, jak by se s ním měla praxe vypořádat (Neurčité právní pojmy, volné uvážení, volné hodnocení důkazů a správní soud, Bulletin advokacie č. 4/2000, str. 8-19).

¹³ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 77/06.

¹⁴ Viz k tomu Čebišová, T.: Právo na dobré zákony (?), in: Vostrá, L., Čermáková, J.(eds.): Otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice: Plzeň, Aleš Čeněk 2005, str. 84 a následující.

¹⁵ Nález II. ÚS 566/05:

Kontakt

karfik@volny.cz

karfikov@prf.cuni.cz

prof. Kirsanov Sergey

candidate of economics, full member of the Russian Academy of Municipal, President of the Municipal Development Institute; Head of the Governmental and Municipal Management; St. Petersburg Institute for Humanitarian Education, St. Petersburg, Russia

New legal requirements in the housing and utilities sector Russia

Abstrakt

State of housing and communal services in Russia for a long period of serious concern. In addition to a significant shortfall in the budget allocated for the modernization of the industry, errors and distortions in the management of housing and communal complex regions and municipalities, there are legislative gaps in this area. Legislative and executive bodies of the regions and the Federation of making continuous efforts to eliminate the drawbacks of legislation to regulate differentiation of powers of regional and local authorities to improve the quality of public services.

The authorities of the Russian Federation and Subjects of the Russian Federation are taken consistent measures to regulate the housing services provided, to improve the performance of service providers, a network of civil society organizations in order to assist the authorities in monitoring the implementation of utility organizations of their obligations. This article discusses some important legislation.

Housing and communal sphere Russia last decade is in serious condition. The huge budget deficit, high wear and tear of infrastructure, mistakes and failed experiments in the management of housing and communal complex regions and municipalities, legislative shortcomings in this area, and many other serious problems. The legislative and executive authorities are making efforts to eliminate "blind spots" in the legislation, improve the efficiency of regional and local authorities, and the quality of public services.

Consider some important legislation. Thus, since January 1, 2013, the Federal Law № 416- FZ "On the Water Supply and Sanitation", which regulates the state policy in this important area, and adopt the rules of the development, approval and adjustment of investment and production programs of the organizations engaged in hot water, cold water supply and sanitation.¹

The powers of local government settlements, urban districts on the organization of water supply² and sanitation in the territories now include:

¹ The Federal Law of December 7, 2011 № 416-FZ "On the Water Supply and Sanitation"

² Water Supply - Water treatment (cooking), transmission and supply of potable or industrial water customers using centralized or decentralized systems of cold (hot) water.

- organization of water supply, including the adoption of measures of water supply and sanitation in the case of incapacity of the institutions engaged in hot water, cold water supply and sewerage, obligations or in the event of failure of these organizations to fulfill their obligations;
- definition for a centralized system of cold water and sanitation settlement, the city district ensuring the organization;
- matching the output objects of centralized hot water supply, cold water supply and sanitation services in repair and decommissioning;
- approval of schemes of water supply and sanitation of settlements, urban districts;
- approval of the terms of reference for the development of investment programs;
- coordination of investment programs;
- coordination of plans to reduce discharges of pollutants and other substances and micro-organisms in surface water , underground water bodies and watersheds (hereinafter - the plan to reduce discharges);
- making decisions about the order and timing of the termination of hot water with the use of open systems, heating (hot water) and the organization of subscribers , capital construction projects which are connected to such systems on a different system of hot water supply in the cases provided for by law;
- the conclusion of agreements on the terms of the regulated activities in the field of water supply and sanitation in the cases provided by law.

State policy in the sphere of water supply and sanitation is aimed at achieving the following objectives :

- protect public health and improve quality of life by ensuring the continuity and quality of water supply and sanitation ;
- improve energy efficiency by economic use of water;
- reduce negative impacts on water bodies by improving the quality of wastewater treatment;
- ensure the availability of water and wastewater for customers by improving the efficiency of the institutions engaged in hot water, cold water supply and sanitation;
- ensure the development of centralized hot water supply, cold water supply and sanitation through the development of effective forms of management of these systems , investment and capacity building in organizations engaged in hot water, cold water supply and sanitation.

Hot water, cold water supply and sanitation in Russia are carried out in accordance with the rules and regulations of the hot water cold water supply and sanitation³.

Extraction of water from water bodies and wastewater discharges into water bodies are governed by the water legislation.⁴

Water and waste water using centralized systems are carried out on the basis of agreements water and wastewater. Water using non-centralized systems - on the basis of agreements with individuals who exploit these systems.

³ Resolution of the Government of the Russian Federation of July 29, 2013 № 641 "On investment and production programs of organizations operating in the field of water and wastewater"

⁴ The Water Code of the Russian Federation

Subscribers connected to:

- A centralized system of cold water supply, conclude agreements with organizations guaranteeing cold water;
- A closed hot water system, enter into contracts with the organization operating the system;
- Open the heating system, enter into contracts heating and hot water;
- A centralized sewerage system, enter into agreements with organizations ensuring sanitation;
- Centralized water supply system, and are not connected to a centralized sewerage, drainage entered into a contract with an organization or guarantee contract with the provider of removal of liquid waste disposal and has a contract with the guarantee institution.

At the suggestion of guaranteeing organization subscribers connected to the centralized system of cold water supply and sanitation is a single contract of cold water and sanitation .

Prior to determining the organization of contracts guaranteeing cold water supply and sanitation are with the provider of the cold water supply and sewerage, to the water and sewage network is connected to the subscriber .

Organisation for 6 months from the date of vesting its status guaranteeing organization shall send to subscribers connected to the central system and that do not have corresponding contract with the organization , proposals for the conclusion of contracts . Subscriber within 30 days of receipt of his proposal for a treaty is obliged to conclude or a written waiver. If the subscriber has not signed the treaty or has not submitted a written waiver agreement is concluded.

If there is no settlement in the territory of a centralized system of cold water local government organized non-centralized cold water supply in the relevant territory, using decentralized system of cold water and drinking water supply.

Operation of

The bodies of local self-government for each centralized system of cold water and sanitation determine which guarantees the organization and establish areas of its activity.⁵

The decision of local authorities to confer the status of the organization ensuring the organization and its activities in the area for 3 days from the date of its adoption by the sending organization and posted on the official website of the municipality.

Guaranteeing organization concludes with the organizations operating an individual object of a centralized system of cold water supply, sanitation, contracts necessary to ensure uninterrupted water supply and sanitation:

- water treatment,
- transportation of water,
- transportation of wastewater,
- wastewater treatment plant,

⁵ Guaranteeing organization - an organization that is required to enter into a contract of cold water (sewage) with any applicant to face her, whose objects are connected (technically attached) to the centralized system of cold water supply and sanitation.

- for the treatment of sewage sludge,
- other necessary agreements

and pays for these services at established rates for these organizations.

Organizations operating individual objects centralized hot water systems, also enter into contracts for the preparation of hot water.

Organizations operating a centralized system of separate objects, are obliged to carry out sampling, preparation and transportation of water to the extent necessary to implement the cold water supply subscribers.

Organizations involved in the transport of cold water are required to purchase from the organization guaranteeing water to meet their own needs, including losses in water supply networks of such organizations.

When technically feasible operating organizations at the request of the organization are required to equip guarantees metered connection point to other water networks within the centralized system, a water sampling locations.

Natural person who is the owner of the centralized hot water supply, cold water supply and sanitation is required to enter into a contract with an organization on the basis of which the organization will operate these systems.

The organization has entered into a lease for a term of more than one year or a concession agreement, the objects of which are centralized domestic hot water, cold water and sanitation, individual objects such systems, shall, within three months from the date of the said contract or agreement to obtain licenses for species activities related to the implementation of domestic hot water, cold water and sanitation .

In case of unclaimed water canal ⁶ objects, which are provided by the exploitation of water supply and sanitation, maintenance of such facilities is ensuring an organization or an organization that provides hot water, cold water supply and sewerage, and water and sewer networks which are directly attached to these ownerless objects from the date of signing with the local government settlement, the city district transfer certificate specified objects to the recognition of such proprietary rights or to their acceptance into the possession, use and disposal of remaining such facilities by the owner in accordance with the civil law.

Water canal in specified circumstances, may temporarily suspend or restrict the water supply, and water transportation. In the event of termination or restriction of water supply the local government settlement, the city district shall, within one day provide the population with drinking water, including the transportation by water.

Organizations engaged in hot water, cold water supply and sewerage, shall coordinate with the local government objects conclusion of centralized water and wastewater sector in the repair and decommissioning, including in relation to the preservation or demolition of such facilities.

If the output of a water and sanitation operation of the scheme provided water and sanitation, local governments are required to notify owners and other legal owners of the specified object of the dates and reasons for such a decision no later than one year before the deadline.

Object owners of centralized water and sewer system, planned to withdraw them from service, not less than one year before the planned withdrawal must notify

⁶ Water canal - the organization water and sanitation

the local authority about the timing and reasons for withdrawal from the operation of these facilities, if such a solution is not provided by the scheme of water supply and sanitation.

The local authority within six months of receiving notification of decommissioning shall decide on the harmonization of withdrawal or redemption or the conclusion of the lease of the specified object. Price or the amount of rent determined by an independent appraiser, if such an object is used for hot water, cold water and sanitation population.

The municipality may require the owners of facilities of water and sanitation to suspend their conservation or liquidation for a period of not more than three years⁷ with the threat of a water shortage or excessive discharge of waste water, and the owners or other lawful owners of such systems must comply with this requirement of the local government.

In the case of matching the output of the object centralized hot water supply, cold water supply and sanitation, repair or operation of the local authority is obliged to arrange hot water, cold water supply and sanitation in other ways.

Water utility has the right to withdraw the application for the withdrawal from operation and continue their operation, provided compensation for the costs incurred by other persons in connection with the organization of decommissioning and providing other means of water supply and sanitation.

Ensuring the quality of drinking water, hot water

Organization is required to submit to subscribers drinking water that meets the requirements. Water for cold water supply must be made from sources that are allowed to be used as sources of drinking water. In the absence of such sources of water extraction from the water supply and the supply of drinking water to subscribers carried out in coordination with the regional office of the federal body of executive authority exercising the federal state sanitary and epidemiological supervision.

If the results of the sanitary -epidemiological control or production control mean levels of indicators of drinking water after a water treatment taken during the calendar year , did not meet the requirements for the quality of drinking water , the body performing the federal state sanitary and epidemiological supervision is required before February 1 of the next year to give notice about it to the local authority and organization engaged in cold water .

The bodies of local self-government by March 1 of the next year are required to make changes to the design specifications or adjustment of the investment program in terms of accounting measures to bring the water quality into compliance with the requirements. The implementation of these measures should ensure the reduction of the quality of drinking water in compliance with the requirements for no more than 7 years from the start of their implementation.

The Organization shall, within three months of receiving the terms of reference, to develop a plan to bring water quality into compliance , and align it with the territorial body of the sanitary -epidemiological control , in the period prior to 1

⁷ Or one year in the case of decommissioning of a centralized hot water system

July of the next year. Plan to bring the quality of drinking water in the line is included in the investment program.

For the term of the plan of measures to bring the quality of drinking water in compliance with permitted disparity quality of the drinking water within the requirements specified in this action plan, with the exception of quality of drinking water, which characterize its safety. During the term of the plan of measures to bring the quality of drinking water in compliance with the requirements is not allowed to decrease the quality of drinking water.

Local governments are required at least once a year to place in the media and on the official website of the municipal education network "Internet" information about the quality of potable water and hot water supplied to subscribers using centralized systems, plans measures to bring the water quality into compliance with statutory requirements and the outcome of the execution of these plans.

In the event of a significant deterioration in the quality of drinking water, the local government settlement, the city district is obliged to inform the public in the media, including post relevant information on the official website of the municipal education network "Internet".

If the decline in water quality occurs in the non-farming facilities operators must, not later than 2 years from the date of the transmission facilities in operation to ensure water quality standard, if the plans of measures to bring the water quality into compliance is not set shorter term. For a stated period may be lack of quality water, with the exception of water quality that characterize its safety.

The local authority is required, in the development of technical specifications for the development or adjustment of the investment program include measures to protect the environment in the area of sanitation, including the reduction of discards. These activities are to be included in the plan to reduce discards.

Organization of planning and development of centralized systems of water and sanitation

Mandatory technical inspection is performed at least once every five years. Water utility is obliged to carry out technical inspection of the development plan for reducing discharges, a plan of measures to bring the quality of drinking water, hot water in compliance with the requirements, as well as taking into use of unclaimed objects.

Technical survey conducted water channel independently or with the help of a specialized organization. The organization of water and sanitation inform local authorities about the dates of the beginning and end of a technical survey, during the meeting.

The results of the technical examination shall be subject to agreement with the local authority.

The development of centralized hot water supply, cold water supply and sanitation is carried out in accordance with the schemes of water supply and sanitation, which are developed in accordance with the territorial planning documents, as well as the patterns of energy supply, heat supply, gas supply.

Water supply and sanitation schemes are approved by local authorities and take into account the results of the technical examination of centralized hot water

supply, cold water supply and sanitation and contain the procedure development and approval of water supply and sanitation.

Current activities of the organizations for the implementation of domestic hot water, cold water and wastewater regulated activities in the field of water supply and sanitation is part of the production programs.

The production program to be included activities aimed at the implementation of the current (operational) activities of the regulated entity and the maintenance facilities of centralized hot water systems, cold water supply (hereinafter centralized water supply systems), and (or) disposal in a state corresponding to the requirements of technical regulations, except for construction, reconstruction and modernization of facilities.⁸

Construction, reconstruction and modernization of the - of the investment program. The basis for the development of the investment program is the design specifications of the investment program, approved by the local government.

Since January 1, 2014 without the approval of the investment program approved scheme of water supply and sanitation are not allowed. The investment program approved by the authorized body of the executive authorities of the Russian Federation of the program prior to its approval is subject to agreement with the local government settlement, the city district.

Disposal systems, water and sewerage facilities under state or municipal ownership

Transfer of possession and use of centralized systems of water and sanitation or individual objects within a state or municipal property is under lease agreements, concession agreements, the privatization of state and municipal unitary enterprises by transforming enterprises into joint stock companies.

Leases and concession agreements are based on the results of the competition. The competition for the concession agreement is open.

Under the lease contract of centralized systems and facilities, the landlord shall give the tenant such systems, individual objects such systems for payment for temporary possession and use or for temporary use. The lease systems and objects can not be more than ten years.

In the event that at least one object is put into operation for more than 5 years before the date of publication of the notice of the competition, or the date of commissioning of at least one object or system can not be determined, the transfer of the rights of ownership and use is only concession agreements.⁹

If the rights of ownership and use of objects and systems that are transmitted in a lease or concession agreement, these systems and facilities shall be subject to

⁸ Resolution of the Government of the Russian Federation of July 29, 2013 № 641 "On investment and production programs of organizations operating in the field of water and wastewater"

⁹ Except for the granting of rights to the property to the person possessing the rights of ownership and use of the network engineering and technical support, in cases where the property is part of the relevant network engineering and technical support and the data portion of the network and the network are technologically connected in accordance with the law on urban planning.

mandatory technical inspection. The results of technical examinations specified in the tender documentation.

Local governments need to urgently conduct an inventory of water supply and sewerage networks involved in water supply and sanitation, to approve the scheme water supply and sanitation, to determine which guarantees the organization set its zone of operations.

In cases when you want to develop an action plan to bring the quality of the hot water in accordance with the requirements, a plan of measures to bring the quality of cold water in compliance with the requirements, a plan to reduce discharges from January 1, 2014 without the approval of investment programs such plans are not allowed.

Terms of utility services

April 16, 2013 by the Government of the Russian Federation № 344 amended the rules for providing public services to owners and users of space in apartment buildings and homes:¹⁰

1. Excluded standard heating brownies needs. The ratio of consumption communal heating service in the accommodation will be determined on the basis of the total during the heating period of heat consumption for heating and total area of heated living and multi-family homes.

The consumer will pay a fee for heating collectively without separation of charge for heating of premises and pay for its consumption by brownies needs.

2. Excluded standard for wastewater on brownies needs.

3. Fleshed out to premises that are part of the common property: the area between apartments landings, stairways, corridors, lobbies, hallways, lobbies, pram, facilities concierge in an apartment building not owned by individual owners.

4. It is established that the allocation of the amount between the consumers of municipal services provided by brownies needs, may not exceed the amount of municipal services, calculated based on the standards of its consumption on brownies needs.

The owners at a general meeting may decide on the distribution of the specified height between all the residential and non-residential premises in proportion to their total area.

If the decision is made, the amount of municipal services at a rate exceeding the standard value of the management company or the homeowners pay their own expense.

If a performer - resource provider, the excess is calculated and distributed among consumers in proportion to the total area of the room.

5. Changes in the procedure and conditions of meter readings and utility costs on meter readings:

- excluded obligation to provide monthly data on consumer meter readings at a fixed time,

- introduced the obligation performer shall recalculate the amount of

¹⁰ Approved by the Resolution of the Government of the Russian Federation on May 6, 2011 № 354

payment for utility services on the results of verification of meter readings;

- the procedure for calculation of payment for utility services for non-provision of consumer meter readings or worn out.

6. Simplified procedure for the establishment of the absence, or the provision of municipal services to poor quality - the owners can do on their own.

7. Management companies are given the right and the obligation to establish the number of people actually living in dwellings that are not equipped with meters and draw up a report on the establishment of such citizens.

A procedure for drawing up management companies act on fixing the number of temporary residents (not registered in a residential area in the prescribed manner) with the possibility of recalculating the amount of payment on the basis of reports on administrative offenses provided for by the Code of Administrative Offences.¹¹

8. Since 2015 introduced multipliers to established standards of public services for heating, hot and cold water supply, electricity supply, in the absence of common house and individual metering, residential meters if technically possible to install them.

Funds received as the difference in calculating the amount of payment for utility services with the use of multiplying factors, the implementation of energy conservation and energy efficiency.

In accordance with the decree number 461¹² of the Government of the bodies of state power of subjects of the Federation must bring their regulations into conformity with the approved changes.

Local governments should organize a general meeting of owners of apartment buildings and public property owners engaged in the direct management of apartment buildings on energy efficiency measures in the event that the amount consumed by brownies needs of public resources defined on the basis of the collective testimony of meters, exceeds the applicable standards consumption.

It is very important that, in accordance with Presidential Decree "On measures to ensure the citizens of the Russian Federation, affordable and comfortable housing and improve the quality of housing and communal services" to the Government of the Russian Federation, together with the executive bodies of subjects of the Federation should take urgent measures to ensure the establishment of a network of public organizations in order to assist the authorized bodies in monitoring the implementation of utility organizations of their obligations.¹³

In conclusion, we emphasize that in the subjects of the Russian Federation has formed advisory bodies on issues of housing and communal services, operating under the executive branch, and carried out information and advisory activities aimed at raising the legal awareness of the population in this area. Problems are: the complexity of the funding for the development of social control in the public sector

¹¹ Article 19.15 of the Code of Administrative Offences

¹² Resolution of the Government of the Russian Federation of July 29, 2013 № 641 "On investment and production programs of organizations operating in the field of water and wastewater"

¹³ Decree of the President of the Russian Federation on May 7, 2012 № 600 "On measures to ensure the citizens of the Russian Federation, affordable and comfortable housing and improve the quality of housing and communal services"

due to the lack of fiscal capacity of regions, the lack of initiative on the part of existing community organizations for cooperation with the competent authorities, the lack of data a real opportunity to influence the creation of public organizations in the sphere of housing and communal services economy.

Thus, the authorities of the Russian Federation and Subjects of the Russian Federation is taking consistent action on a regulation provided housing services to improve the efficiency of the service provider, a network of civil society organizations in order to assist the authorized bodies to monitor the implementation of utility organizations of their obligations. We hope that the stabilization of the situation in the industry, as well as improve the quality of services will greatly contribute to the successful implementation of the adopted and the above regulations.

Sources used and regulations

1. The Civil Code of the Russian Federation
2. The Water Code of the Russian Federation
3. The Housing Code of the Russian Federation
4. The Code of Administrative Offences
5. Federal Law of the Russian Federation dated October 6, 2003 N 131- FZ "On General Principles of Local Self-Government in the Russian Federation."
6. The Federal Law of December 7, 2011 № 416 -FZ "On the Water Supply and Sanitation "
7. Decree of the President of the Russian Federation on May 7, 2012 № 600 "On measures to ensure the citizens of the Russian Federation, affordable and comfortable housing and improve the quality of housing and communal services"
8. Government Decree of 6 May 2011 N 354 "On the provision of public services to owners and users of space in apartment buildings and houses"
9. Resolution of the Government of the Russian Federation on April 16, 2013 № 344 "On Amendments to the Rules of utility services to owners and users of space in apartment buildings and houses , as approved by the Government of the Russian Federation dated May 6, 2011 № 354"
10. Resolution of the Government of the Russian Federation of July 29, 2013 № 641 "On investment and production programs of organizations operating in the field of water and wastewater."
11. Kirsanov S.A. Koval I.M. The theory and practice of management of an apartment house. Textbook. / S.A.Kirsanov, I.M.Koval - Tver: Branch VPO SPbGIEU in Tver , 2011 . - 220 p.
12. Sugurov I.V. Managing sustainable development of housing and communal services in the provision of services to consumers. The Abstract. - M., 2011.
13. Pereshein V.Y. Modern quality management of housing and communal services / Fundamental issledovaniya. -2007. - № 11. - P. 108-111
14. Pluttsov A.N. Pravila provision of public services to citizens / Management / apartment building. 2009. - № 4. - P.13 -15

Online Resources

1. Ministry of Regional Development -[http:// archive. minregion.ru / WorkItems / NewsItem.aspx? NewsID = 663](http://archive.minregion.ru/WorkItems/NewsItem.aspx?NewsID=663)

2. City of St. Petersburg - St. Petersburg - <http://gov.spb.ru>
3. Housing Reform -[http://www.reformagkh.ru/state # indom/1/0/0/0/1/9](http://www.reformagkh.ru/state#indom/1/0/0/0/1/9)

Contact

e-mail: ksaimr@mail.ru

196653, Russia, St. Petersburg-Kolpino, Str.Proletarskaaj 9-42

JUDr. PhDr. Michal Kočiš, LL.M.¹

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Osobná pôsobnosť noriem transferového oceňovania²

Abstrakt

Tento príspevok sa venuje problematike daňového práva, ktorej je v súčasnosti venovaná zvýšená pozornosť tak štátov, ako aj daňových subjektov. Osobitná pozornosť je pritom venovaná problematike transferového oceňovania v Slovenskej republike. Autor sa venuje analýze legálnych definícií závislých osôb s ohľadom na súčasný návrh novely zákona o dani z príjmov. Skúma pritom otázku faktickej závislosti zahraničných osôb, ktorá tvorí podstatnú súčasť vymedzenia osobnej pôsobnosti noriem transferového oceňovania. V tomto kontexte je osobitná pozornosť venovaná vzájomnému vzťahu medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia a vnútroštátneho práva. V naznačených súvislostiach je zvýraznené aj zvýšené riziko vzniku dvojitého zdanenia a daňových únikov ako následok navrhovanej zmeny zákonnej právnej úpravy.

Abstract

In this article the author is focusing on tax law issues which recently receive increased attention of both states and taxpayers. In particular the attention is paid to the transfer pricing area of tax law in the Slovak republic. The author is analysing legal definitions of associated enterprises that constitute personal scope of transfer pricing legislation. De-facto association of multinational enterprises is analysed in the light of recent proposal to amend the Income tax Act in the Slovak republic. In this context the author gives special consideration to the mutual relation between tax treaties and domestic legislation. In this respect potential risk of double taxation and tax avoidance is highlighted as a potential outcome of the recent legislative proposal.

Úvod

¹ Autor je doktorandom na Katedre finančného práva a daňového práva na Právnickej fakulte UPJŠ v Košiciach a môže byť kontaktovaný na adrese: michal_kocis@yahoo.com.

² Tento príspevok vznikol v rámci riešenia projektu VEGA č. 1/1170/12 "Vplyv daňovej politiky Európskej Únie na vnútroštátnu právnu úpravu v SR".

V prostredí neustále sa rozvíjajúcich medzinárodných obchodných vzťahov je možné identifikovať viacero právnych otázok vyžadujúcich si zvýšenú pozornosť odbornej verejnosti, ale aj akademickej obce. Zohľadňujúc problémy národných ekonomík a potrebu zabezpečiť realizáciu fiskálnych záujmov štátov sú to práve daňovo-právne otázky, na ktoré je sústredená pozornosť tak zo strany štátov, ako aj podnikateľských subjektov realizujúcich ekonomické aktivity v medzinárodnom kontexte. Vzhľadom na objem zdaniteľných príjmov realizovaných vnútorne štruktúrovanými nadnárodnými spoločnosťami sa do popredia daňovo-právnych otázok v celosvetovom meradle dostáva problematika transferového oceňovania.³ V medziach daňového práva ide o tie jeho normy, ktorých účelom je zabezpečiť rozdelenie ziskov v rámci skupiny zahraničných závislých osôb spôsobom, ktorý je v súlade s princípom nezávislého vzťahu. Následkom takéhoto rozdelenia ziskov medzi jednotlivé spoločnosti v rámci skupiny je zároveň rozdelenie daňovej jurisdikcie medzi dotknuté štáty.⁴

V súvislosti s oceňovaním transferov závislých osôb je možné vymedziť pojem „právo transferového oceňovania“ ako systematicky usporiadaný komplex formálnych a materiálnych prameňov práva, ktorých obsahom sú pravidlá oceňovania transferov v rámci skupiny zahraničných závislých osôb. Z takéhoto vymedzenia je zrejmé, že primárnym predpokladom uplatnenia týchto noriem na spoločensko-ekonomické vzťahy je naplnenie predpokladov ich osobnej pôsobnosti, čoho potvrdenie nachádzame tak v medzinárodných zmluvách o zamedzení dvojitého zdanenia⁵, ako aj v slovenskej vnútroštátnej právnej úprave.⁶

V tomto príspevku smeruje naša pozornosť na analýzu ustanovení slovenského zákona o dani z príjmov⁷ stanovujúcich definíčné kritéria závislosti zahraničných osôb. Ide o tie jeho normy, ktoré zakotvujú osobnú pôsobnosť práva transferového oceňovania a ktorým je podľa nášho názoru potrebné venovať náležitú pozornosť. Konkrétne sa zameriavame na právne aspekty tej časti noriem transferového oceňovania, ktoré vymedzujú závislé osoby s ohľadom na ich faktické

³ Problematiku transferového oceňovania je možné identifikovať ako jednu z kľúčových oblastí adresovaných v nedávnej správe OECD o erózii daňového základu a presúvaní ziskov. Porov. OECD: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing 2013, Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

V roku 2012 sa problematikou transferového oceňovania zaoberala aj správa OECD o efektívnom riešení problémov vznikajúcich v tejto oblasti daňového práva: Porov. OECD: *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing 2012, available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en>.

⁴ Bližšie k právnej povahe noriem transferového oceňovania pozri napr.:

SCHOEN, W.: *Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law*. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2011-08, September 2011, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1930237>.

⁵ V medzinárodných zmluvách o zamedzení dvojitého zdanenia je toto možné vyvodiť z ich čl. 9, ktorý je venovaný problematike spojených, resp. prepojených podnikov (v slovenskom preklade zmlúv sa môžeme stretnúť s oboma týmito pojmami).

⁶ V slovenskom zákone o dani z príjmov je táto osobná podmienenosť noriem transferového oceňovania vyjadrená predovšetkým v §17 ods. 5, v nadväznosti na ustanovenia §2 písm. n) – r).

⁷ Zákon č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov.

prepojenie. V tejto súvislosti sa tiež venujeme analýze existujúcich limitácií medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia na vnútroštátnu právnu úpravu. Zastrešujúcim zámerom nášho príspevku je identifikácia vnútroštátnych ustanovení práva transferového oceňovania, pri ktorých je možné pozorovať zvýšené riziko ich spôsobilosti byť príčinou vzniku dvojitého zdanenia. Nedostatočné a nejednotné zakotvenie osobnej pôsobnosti noriem transferového oceňovania zároveň skúmame z pohľadu jeho spôsobilosti byť rozhodujúcim činiteľom podmieňujúcim aktivitu daňových subjektov, ktoré je možné označiť ako daňové úniky. Zameriavame sa pri tom na identifikáciu vyvstávajúcich právnych otázok a prístupov k ich možnému riešeniu. Mimo rámec nášho príspevku ponechávame komparatívnu analýzu noriem transferového oceňovania iných štátov, ktorej sa budeme venovať v našej ďalšej publikačnej činnosti.

1. Formálna versus faktická závislosť

Pri skúmaní osobnej pôsobnosti noriem transferového oceňovania je možné v rámci slovenskej právnej úpravy obsiahnutej v §2 zákona o dani z príjmov rozlíšiť dve základné skupiny právnych definícií závislých osôb. Ide o právne normy-definície založené na formálnom vyjadrení závislosti zahraničných osôb a tie, ktorých podstata spočíva v zahrnutí do osobnej pôsobnosti noriem transferového oceňovania aj prípady tzv. faktickej závislosti.

Formálnou závislosťou tu rozumieme také vymedzenie vzájomného vzťahu daňových subjektov, ktoré ako rozhodujúci faktor považuje kvantitatívne znaky takéhoto vzťahu, resp. znaky umožňujúce ich naplnenie prostredníctvom navonok identifikovateľných kritérií, resp. iných kritérií právneho charakteru. Takouto formálnou kontrolou je predovšetkým zadefinovanie vzťahu dvoch daňových subjektov prostredníctvom vymedzenia minimálnej výšky vzájomnej účasti takýchto osôb na riadení, kontrole alebo na majetku. Takéto prepojenie nazýva súčasné znenie zákona o dani z príjmov v §2 písm. o) ako ekonomické, resp. personálne prepojenie. Ako to zakotvuje §2 písm. n) za závislé sa považujú aj blízke osoby, pričom obsahové vymedzenie je tu zhodné s vymedzením uvedeným v ustanoveniach Občianskeho zákonníka.⁸ V oboch týchto prípadoch⁹ je možné pozorovať právnu povahu závislosti zahraničných osôb, teda takú ich vzájomnú závislosť, ktorá je podmienená naplnením stanovených zákonných znakov závislosti. Kým tieto kritéria umožňujú pomerne jednoduchú identifikáciu naplnenia ich znakov, ich formálny charakter zároveň spôsobuje jednoznačné vymedzenie hranice ich uplatnenia. Táto ich druhá vlastnosť tak môže byť ľahko nástrojom, zo strany štátu neželaného, daňového plánovania s potenciálnym vyústením do daňového úniku.¹⁰

⁸ Za blízke osoby je preto potrebné považovať príbuzných v priamom rade, súrodencov, manželov a tiež iné osoby v pomere rodinnom alebo obdobnom, ak by ujmú, ktorú utrpela jedna z nich, druhá dôvodne pociťovala ako vlastnú ujmú.

⁹ Vzťah závislosti medzi blízkymi osobami je možné pri bližšom skúmaní označiť aj ako zmiešaný, nakoľko okrem úzko formálnych znakov je možné pod tento vzťah zahrnúť aj vzťah osôb na faktickom základe (napr. charakteristika pociťovanej ujmy, a pod.).

¹⁰ V súvislosti s vymedzením pojmu „daňový únik“ sa môžeme stretnúť s jeho poňatím ako legálneho, príp. nelegálneho daňového úniku. Daňovým únikom na tomto mieste rozumieme

Primárnym predmetom záujmu nášho príspevku sú však tie kritéria závislosti zahraničných osôb, ktoré môžeme označiť ako faktické, teda nezávislé na naplnení formálnych zákonných znakov. Okrem vyššie popisovaných druhov závislosti sa totiž za závislé považujú aj tzv. „inak prepojené osoby“. Takýmto iným prepojením zákon o dani z príjmov v jeho platnom a účinnom znení rozumie obchodný vzťah vytvorený **„len na účel zníženia základu dane alebo zvýšenia daňovej straty“**. V tomto definičnom kritériu tak absentuje požiadavka na naplnenie kvantitatívnych, resp. čisto formálnych znakov závislosti a rozhodujúcim sa stáva charakter obchodného vzťahu medzi takto posudzovanými osobami.

Zvýšený záujem o problematiku transferového oceňovania je možné pozorovať aj v oblasti legislatívneho procesu, kde práve kritéria faktickej závislosti osôb sú jedným z predmetov súčasného návrhu novely zákona o dani z príjmov.¹¹ V prípade schválenia tohto návrhu¹² by sa za iné prepojenie považoval obchodný vzťah vytvorený **„predovšetkým na účel zníženia základu dane alebo zvýšenia daňovej straty“**. V súvislosti s takouto novou definíciou závislosti je možné pozorovať zámer rozšíriť osobnú pôsobnosť noriem transferového oceňovania aj na prípady, kedy zníženie základu dane, resp. zvýšenie daňovej straty nebolo jediným, ale jedným z primárnych cieľov obchodnej transakcie. Ako sa uvádza v dôvodovej správe k tomuto návrhu, navrhovanou úpravou zákonného ustanovenia sa má zabezpečiť právna istota tak pre správcov dane z pohľadu uplatnenia v praxi, ako aj pre daňovníkov, nakoľko sa jednoznačne vymedzuje, že aj obchodný vzťah, ktorého hlavným zámerom je zníženie základu dane alebo zvýšenie daňovej straty v rozpore so zákonom, sa bude považovať za vzťah závislých osôb. Cieľom navrhovanej úpravy zároveň podľa dôvodovej správy nie je zahrnúť pod iné prepojenie štandardný obchodný vzťah, do ktorého daňovníci vstupujú v rámci svojej bežnej podnikateľskej činnosti.¹³

Z vyššie popísaného návrhu zákona, ako aj z dôvodovej správy je možné vyvodiť niekoľko záverov o ich potenciálnom vplyve na problematiku transferového oceňovania:

Ad 1.) Rozšírenie obsahového rozsahu definície závislých osôb vyššie uvedeným spôsobom bude mať podľa nášho názoru za následok pomerne vážne vyjadrenie vzájomnej závislosti osôb, nakoľko posúdenie miery dôležitosti zníženia daňového základu môže byť v konkrétnom zmluvnom vzťahu v porovnaní s inými podnikateľskými zámermi značne problematické. Na rozdiel od dôvodovej správy sa

taký výsledok správania daňového subjektu, ktorým je zníženie jeho daňovej povinnosti v súlade so zákonom.

¹¹ Návrh zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov a ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 564/2004 Z. z. o rozpočtovom určení výnosu dane z príjmov územnej samosprávy a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

¹² Analýza návrhu novely zákona o dani z príjmov vychádza zo stavu legislatívneho procesu ku dňu 30.9.2013. Na prípadné budúce doplňujúce alebo pozmeňujúce návrhy sa tento príspevok nevzťahuje.

¹³ Pozri bližšie Dôvodovú správu k návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov a ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 564/2004 Z. z. o rozpočtovom určení výnosu dane z príjmov územnej samosprávy a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

domnievame, že táto zmena nespôsobí zvýšenie právnej istoty daňových subjektov, ale naopak môže prispieť k jej zníženiu.

Ad 2.) Celkové dopady navrhovanej novely zákona je tiež potrebné vnímať v jej súvislostiach s ohľadom na ďalšie zamýšľané zmeny v úprave problematiky transferového oceňovania. Takou je predovšetkým predpokladaná zmena povinností súvisiacich s prípravou dokumentácie o transferovom oceňovaní. Kým podľa súčasnej právnej úpravy je daňový subjekt povinný predložiť túto dokumentáciu na výzvu správcu dane do 60 dní, s účinnosťou od 1. januára 2014 sa navrhuje túto lehotu skrátiť na 15 dní. Navyše sa navrhuje zakotviť možnosť správcu dane vyžadovať predloženie dokumentácie kedykoľvek, keď to bude odôvodnené, a teda nie len v priebehu daňovej kontroly ako to zakotvuje súčasné zákonné znenie. Vo vzťahu k formálne závislým zahraničným osobám je tento návrh možné vnímať ako nástroj zabezpečenia vedenia priebežnej dokumentácie o transferovom oceňovaní. Pokiaľ však ide o fakticky závislé osoby, je možné predpokladať budúce problémy so splnením tejto povinnosti. Nie je totiž možné vylúčiť prípady, kedy správca dane bude vyžadovať predloženie dokumentácie od osôb, ktoré svoj vzájomný vzťah na základe faktických okolností nepovažujú za závislý a preto ani priebežne nevypracúvajú dokumentáciu o transferovom oceňovaní. Výsledkom tak môže byť nadmerná administratívna záťaž týchto subjektov, v spojení so zníženou právnou istotou a hrozbou uplatnenia sankcií pri nedodržaní 15-dňovej zákonnej lehoty.

Ad 3.) Kým vyššie popisované problematické oblasti navrhovanej zmeny zákona bolo možné vyvodiť takmer výlučne s ohľadom na vnútroštátny právny rámec transferového oceňovania, je potrebné zohľadniť aj bilaterálny charakter¹⁴ problematiky transferového oceňovania. V tejto súvislosti je nevyhnutné ďalej skúmať dôsledky pôsobenia medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia na právnú úpravu Slovenskej republiky. Tento rozmer problematiky je dôležitý predovšetkým s ohľadom na možnosť vzniku prípadov dvojitého zdanenia, čo je zároveň hlbším vyjadrením vyššie zmieneného rizika zníženia právnej istoty daňovníkov. Týmito otázkami sa však dôvodová správa nezaobrá ani pri posudzovaní vplyvov predkladanej novely zákona na podnikateľské prostredie.

Aj na základe vyššie uvedeného považujeme za potrebné bližšie vymedziť vzťah vnútroštátneho práva a medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia, aby bolo možné posúdiť dôsledky vnútroštátnej normotvorby v oblasti vymedzenia faktickej závislosti zahraničných osôb.

3. Zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia

Pre vymedzenie vzťahu medzinárodných zmlúv daňovej povahy k vnútroštátnemu právu má veľký význam skutočnosť, že v kontexte

¹⁴ Transferové oceňovanie sa od iných predmetov úpravy vnútroštátneho zákonodarstva odlišuje svojim rozsahom zahŕňajúcim daňové subjekty v dvoch daňových jurisdikciách. Ocenenie transferu medzi zahraničnými závislými osobami totiž ovplyvňuje daňové atribúty oboch týchto subjektov a nevyhnutne tak pôsobí na úroveň zdanenia v dvoch rôznych štátoch. Izolované uplatnenie daňovo-právnych noriem a úprava základu dane daňovými orgánmi jedného štátu a súčasné nezohľadnenie tejto úpravy základu dane v druhom dotknutom štáte so sebou prináša riziko vzniku dvojitého zdanenia, a to buď v jeho právnom alebo ekonomickom význame s ohľadom na právnú formu dotknutých zložiek nadnárodnej skupiny.

medzinárodného práva nenachádzame pravidlo pre vymedzenie vzťahu týchto dvoch normatívnych celkov a tiež ani pravidlo upravujúce spôsob zabezpečenia plnenia záväzkov štátov v medzinárodnej oblasti. Medzinárodné daňové zmluvy sú z hľadiska svojej podstaty klasickými medzinárodnými zmluvami uzatváranými podľa pravidiel medzinárodného práva verejného a ich vnútroštátna relevancia je viazaná na vnútorné pravidlá dotknutých štátov.

Výsledkom tejto skutočnosti je kreovanie pravidiel na vymedzenie vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva doktrínou medzinárodného práva, v dôsledku čoho môžeme hovoriť o teóriách ponúkajúcich interpretáciu vzťahu týchto dvoch normatívnych celkov. Ide o monistickú teóriu s primátom vnútroštátneho práva, dualistickú teóriu a monistickú teóriu s primátom medzinárodného práva.¹⁵

Ústava Slovenskej republiky sa pri vymedzení postavenia medzinárodných zmlúv v slovenskom právnom poriadku a ich vzťahu k vnútroštátnym prameňom práva neprikláňa výslovne a výlučne k niektorej z vyššie uvedených teórií. Spočiatku viacerí autori náš právny stav označovali ako „zmiešaný dualizmus“, či „symbiózu monistickej a dualistickej koncepcie s preferenciou medzinárodných zmlúv“.¹⁶ Následne vykonané ústavné zmeny, a to najmä novelizácia Ústavy ústavným zákonom č. 90/2001 Z.z., však znamenali prielom do dovtedajšieho právneho stavu a pri posudzovaní vzťahu vnútroštátneho a medzinárodného práva sa do popredia dostáva monistická teória. Znenie čl. 1 ods.2 Ústavy¹⁷ poukazujúceho na vzťah Slovenskej republiky k medzinárodnému právu a jeho systematické zaradenie do textu Ústavy so sebou síce neprináša bezprostredné aplikačné účinky, avšak môže byť významné pre interpretáciu ostatných noriem nášho právneho poriadku.¹⁸ Uvedené ustanovenie je možné označiť aj ako základnú recepčnú normu, na ktorú nadväzuje celý rad tzv. sekundárnych recepčných noriem ústavného i zákonného charakteru.¹⁹

V zmysle čl. 7 ods.5 Ústavy SR majú pred zákonmi prednosť zmluvy upravujúce ľudské práva a základné slobody, ďalej zmluvy na ktorých vykonanie nie je potrebný zákon a medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických alebo právnických osôb a ktoré boli ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom. Súčasne sa ako podmienka ich prednostnej aplikácie vyžaduje ich ratifikácia a vyhlásenie spôsobom ustanoveným zákonom. Zákon o dani z príjmov vo svojom §1 ods. 2 ustanovuje, že prednosť pred týmto zákonom majú medzinárodné zmluvy schválené, ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom, ako aj dohody, ktoré boli uzatvorené alebo schválené vládou

¹⁵ Pozri bližšie napr. KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné, s. 93; DAVID, V. – SLADKÝ, P. – ZBOŘIL, F.: *Medzinárodní právo veřejné*, s. 85.

¹⁶ Porov. AZUD, J.: *Medzinárodné právo*, s. 42.

¹⁷ Čl. 1 ods.2 Ústavy SR: „Slovenská republika uznáva a dodržiava všeobecné pravidlá medzinárodného práva, medzinárodné zmluvy, ktorými je viazaná, a svoje ďalšie medzinárodné záväzky.“

¹⁸ Porov. DOBROVIČOVÁ, G.: *Vybrané otázky recentných prameňov práva v Slovenskej republike*, s.58; Porov. ČORBA, J.: *Prednosť medzinárodných zmlúv pred zákonom*, s.704-705.

¹⁹ JANKUV, J.: *Postavenie medzinárodných zmlúv v právnom poriadku Slovenskej republiky*, s. 25-40.

Slovenskej republiky a ktoré upravujú zdanenie a s tým súvisiace právne vzťahy vo vzťahu k nesamosprávnym územiám, ktoré v medzinárodných vzťahoch vystupujú samostatne. Výsledkom vyššie uvedených ustanovení Ústavy a zákona o dani z príjmov je tak aplikačná prednosť zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia.

4. Článok 9 zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia

V medzinárodných zmluvách o zamedzení dvojitého zdanenia je z hľadiska skúmania právnych následkov faktickej závislosti zahraničných osôb potrebné prihliadať predovšetkým na ich čl. 9 obsahujúci ustanovenia o združených podnikoch. Vzhľadom na členstvo Slovenskej Republiky v Organizácii pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (OECD) a význam činnosti tejto medzinárodnej organizácie v oblasti medzinárodného zdaňovania, opierame sa pri rozbere čl. 9 týchto zmlúv aj o ustanovenia Modelovej zmluvy OECD²⁰ o zamedzení dvojitého zdanenia a komentára k tejto modelovej zmluve. Predovšetkým sa budeme pýtať, aký je vzťah čl. 9 daňových zmlúv k vnútroštátnej právnej úprave a konkrétne k tým jeho ustanoveniam, ktoré definujú závislé osoby na účely uplatnenia noriem transferového oceňovania.

4.1 Článok 9 vo všeobecnosti

Vo vzťahu k pôsobeniu čl. 9 zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia sa viacerí autori zhodujú na tom, že tento neukladá nové daňové povinnosti, ale skôr obmedzuje daňové právomoci jednotlivých štátov. Švajčiarska literatúra v tejto súvislosti hovorí o tzv. „negatívnom efekte“ medzinárodných daňových zmlúv, keď zmluvy ani nezakladajú, no ani nezvyšujú povinnosti daňových subjektov.²¹ J.

²⁰ Pôvodná jazyková verzia čl. 9 Modelovej zmluvy znie nasledovne:

Where

a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.

Čl. 9, par. 2 Modelovej zmluvy OECD Model má nasledovné znenie:

Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State — and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.

²¹ Porov. LOCHER, P.: Zur „negativen Wirkung“ von Doppelbesteuerungsabkommen. In: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 365 (1988), In: VOGEL, K.: Klaus Vogel on Double 122

Wittendorff zas v tomto ohľade poukazuje na fundamentálny princíp vzťahu zmlúv a vnútroštátneho práva ako na tzv. „zlaté pravidlo“. Ako tiež uvádza, neexistujú žiadne indikácie, ktoré by vo vzťahu k čl. 9 odôvodňovali opačné tvrdenie.²²

V tejto súvislosti K. Vogel obdobne poukazuje, že zmienené základné pravidlo sa má uplatniť v prípade čl. 9 rovnako, ako je to aj pri ostatných článkoch daňových zmlúv. Vylučuje tiež, aby čl. 9 vytváral samostatný a nezávislý právny základ úpravy základu dane daňových subjektov, keďže k tomuto môže dôjsť len v dôsledku pôsobenia vnútroštátneho práva. Preto v prípade absencie vnútroštátnych ustanovení umožňujúcich takúto úpravu základu dane, nemôže byť táto vykonaná. Naopak, ako ďalej zdôrazňuje, v prípade koexistencie vnútroštátnych noriem poskytujúcich základ na úpravu základu dane a čl. 9 pojednávajúcom o obdobnej úprave je namieste otázka, aký je vzájomný vzťah týchto ustanovení.²³

Jednou zo skutočností, ktoré je pri skúmaní funkcií čl. 9 potrebné zohľadniť je jeho celkové postavenie v štruktúre medzinárodných daňových zmlúv. V tomto kontexte by mohol byť smerodajný predovšetkým fakt, že tento článok je umiestnený medzi ďalšími článkami obmedzujúcimi daňové právomoci zmluvných štátov. V obdobnom smere argumentácie K. Vogel uvádza, že samotná úprava ziskov prepojených podnikov nachádza svoj plný zmysel jedine vtedy, ak je čl. 9 pripísaná rovnaká úloha ako ostatným článkom zmluvy v jeho blízkosti. Zdôrazňuje predovšetkým, že jediným spôsobom zabezpečenia zdanenia príjmov v štáte ich ekonomického zdroja je cesta viazania štátov k takejto úprave po splnení kritérií uvedených v čl. 9.²⁴

4.2 Článok 9 a závislé osoby

V nadväznosti na vyššie uvedené všeobecné vymedzenie čl. 9 a jeho funkcií je potrebné sa ďalej pýtať na vzťah tohto článku medzinárodných zmlúv a vnútroštátneho práva v súvislosti s vymedzením závislosti zahraničných osôb. Predovšetkým je potrebné odpovedať na otázku, či čl. 9, tak ako je v súčasnosti zakotvený vo väčšine medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia, je spôsobilý limitovať štáty pri zdanení príjmov v prípadoch, kedy štáty uplatňujú normy transferového oceňovania na osoby nespádajúce do osobného rozsahu čl. 9. Z uvedeného vyplýva nevyhnutnosť bližšie sa venovať osobnému rozsahu čl. 9 medzinárodných zmlúv, vnútroštátneho práva a ich vzájomnému vzťahu, za súčasného zohľadnenia postavenia a funkcií čl. 9 vo vzťahu k ostatným ustanoveniam týchto zmlúv.

Vo vzťahu k osobnej pôsobnosti noriem transferového oceňovania nachádzame v čl. 9 medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia len všeobecnú zmienku. Stanovuje sa ním, že ak

Taxation Conventions - A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital. Third Edition, Kluwer Law International 1999, s. 26, m.no. 46.

²² Porov. WITTENDORFF, J.: *The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model*, In: Bulletin for International Taxation, March 2009, p. 110.

²³ Porov. VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions - A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital*. Third Edition, Kluwer Law International 1999, s. 521, m.no. 15.

²⁴ Porov. VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, cit. op., s. 522, m.no. 16.

a) sa podnik jedného zmluvného štátu zúčastňuje priamo alebo nepriamo na riadení, kontrole alebo na majetku podniku druhého zmluvného štátu, alebo

b) sa tie isté osoby priamo alebo nepriamo zúčastňujú na riadení, kontrole alebo na majetku podniku jedného zmluvného štátu i podniku druhého zmluvného štátu,

a ak v týchto prípadoch sú oba podniky vo svojich obchodných alebo finančných vzťahoch viazané podmienkami, ktoré si dohodli alebo im boli uložené a ktoré sa líšia od podmienok, ktoré by si dohodli nezávislé podniky, môžu byť akékoľvek zisky, ktoré by dosiahol jeden z nich, keby neboli tieto podmienky, ale vzhľadom na tieto podmienky ich nedosiahol, zahrnuté do ziskov tohto podniku a následne zdanené.²⁵

Ako je z tohto ustanovenia medzinárodnej zmluvy zrejmé, toto neobsahuje bližšie definičné vymedzenie osôb, na ktoré sa má tento článok uplatniť. Vzniká preto otázka, podľa akých kritérií by mal byť tento okruh osôb určený. V Modelovej zmluve OECD ako aj v bilaterálnych zmluvách uzavretých na jej základe nachádzame ustanovenie čl. 3 ods. 2, ktorý sa vyposporiadáva s prípadmi bližšie nedefinovaných pojmov. Je stanovené, že každý pojem nedefinovaný v zmluve, ak si to súvislosť nevyžaduje inak, má vždy taký význam, aký má v danom čase podľa právnych predpisov toho štátu na účely daní, na ktoré sa vzťahuje táto zmluva, pričom akýkoľvek význam podľa príslušných daňových predpisov toho štátu má prevahu nad významom, ktorý má tento pojem podľa iných právnych predpisov toho štátu.²⁶ Napriek na prvý pohľad jasného významu tohto článku je potrebné sa pýtať, aké súvislosti medzinárodných daňových zmlúv majú potenciál vstúpiť do výkladu pojmu bližšie nedefinovaného v zmluve a ovplyvniť tak jeho výklad. Aj v prípade výkladu ustanovení čl. 9 daňových zmlúv sa má vnútroštátna právna úprava použiť len v prípadoch, ak vyššie uvedená súvislosť medzinárodných daňových zmlúv nevyžaduje inak.

Nadväzujúc na vyššie popísané súvislosti interpretácie osobnej pôsobnosti čl. 9 daňových zmlúv môžeme medzi autormi pozorovať líšiace sa stanoviská. J. Wittendorf uvádza, že koncept kontroly je potrebné vykladať autonómne, pričom nie je možné uplatniť definície plynúce z vnútroštátneho práva.²⁷ Obdobne aj R. Dwarkasing uvádza, že autonómna interpretácia pojmu „združené podniky“ existuje a preto je potrebné odmietnuť odkazy na ustanovenia vnútroštátneho práva. Uplatnenie vnútroštátnych definícií by podľa neho viedlo k uplatneniu princípu nezávislého vzťahu na situácie, na aké to nebolo zamýšľané. Za takéto situácie považuje aj prípady tzv. faktickej kontroly.²⁸

²⁵ Pozri napr. Zmluvu medzi Slovenskou republikou a Českou republikou o zamedzení dvojitého zdanenia a zabránení daňovému úniku v odbore daní z príjmov a z majetku, zverejnenú v Zbierke zákonov pod č. 238/2003 Z.z.

²⁶ Pozri napr. Zmluvu medzi Slovenskou republikou a Spojenými štátmi mexickými o zamedzení dvojitého zdanenia a zabránení daňovému úniku v odbore daní z príjmov, zverejnenú v Zbierke zákonov pod č. 429/2007 Z.z.

²⁷ Porov. WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010, s. 217.

²⁸ Porov. DWARKASING, R.: *The Concept of Associated Enterprises*. In.: *Intertax*, Vol. 41, Issue 8&9, Kluwer Law International BV 2013, s. 420-428.

V nadväznosti na vyššie formulovanú otázku K. Vogel konštatuje, že skutočnosť o prepojení dvoch osôb prostredníctvom účasti na riadení, kontrole a majetku je otázkou, ktorej zodpovedanie spadá do rámca ustanovení vnútroštátneho práva. Dodáva však, že samotné vymedzenie druhov skutočností spôsobilých založiť prepojenie dvoch osôb je otázkou upravenou v čl. 9 medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia. Ten v súčasnosti stanovuje, že týmito skutočnosťami sú práve účasť na riadení, kontrole a majetku medzi dvoma osobami.²⁹

C. Rotondaro, ako aj ďalší autori v tejto súvislosti uvádzajú, že kritérium kontroly tak ako je zahrnuté v čl. 9 Modelovej zmluvy (a následne aj v jednotlivých bilaterálnych medzinárodných zmluvách) je potrebné vykladať v tom zmysle, že táto kontrola sa vzťahuje len na kontinuálny vzťah medzi dvoma posudzovanými osobami a nezahŕňa prípadnú faktickú kontrolu danú len pre vymedzenú transakciu.³⁰ Naopak, J. Wittendorff zastáva názor, že čl. 9 sa vzťahuje tak na prípady formálnej ako aj faktickej kontroly dvoch osôb. Zároveň však z okruhu faktickej kontroly vylučuje prípady tzv. ekonomickej kontroly. Tou rozumie vykonávanie vplyvu výlučne na základe trhového postavenia dotknutého subjektu.³¹ Ako uvádza aj T. Nielsen, aby bol dosiahnutý potrebný stupeň kontroly je potrebný vplyv presahujúci ten založený silou trhových pozícií.³²

4.3 Faktická kontrola versus faktická závislosť

Aby bolo možné prikloniť sa vo vzťahu k slovenskej právnej úprave k niektorej z vyššie uvedených argumentácií, je potrebné prv koncepcie vymedziť prípady tzv. faktickej závislosti, tak ako ju zakotvuje súčasné znenie §2 písm. n) a o), a to najmä vo vzťahu k zahraničným koncepciám tzv. faktickej kontroly.

C. Rotondaro charakterizuje faktickú kontrolu ako schopnosť jednej entity, spôsobilej bez naplnenia znakov formálnej závislosti vplývať na rozhodovacie procesy druhej entity týkajúce sa jej podnikateľských aktivít. Ide o prípady, kedy napriek formálnej právnej nezávislosti sú tieto entity natoľko vzájomne integrované, že ich konanie smeruje k dosahovaniu spoločných podnikateľských cieľov. V

²⁹ Porov. VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions - A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital*. Third Edition, Kluwer Law International 1999, s. 525.

³⁰ Porov. ROTONDARO, C.: *The Notion of „Associated Enterprises“: Treaty Issues and Domestic Interpretations – An Overview*, In: *International Transfer Pricing Journal*, 2000, Volume 7, No. 1, s. 7; Porov. VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions - A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital*. Third Edition, Kluwer Law International 1999, s. 525.

³¹ Porov. WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010, s. 218.

³² Porov. NIELSEN, T.: *Indkomstbeskatning I* (1965), In: WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010, s. 219

prípadoch faktickej závislosti je vzťah medzi takýmito entitami založený na zmluvných, prípadne čisto ekonomických alebo faktických okolnostiach.³³

S vymedzením príkladov faktickej kontroly sa môžeme stretnúť aj napr. v obežníku Talianskeho Ministerstva financií, ktoré medzi okolnosti naznačujúce rozhodujúci ekonomický vplyv jednej entity na druhú entitu uvádza nasledujúce:

- Jedna spoločnosť exkluzívne predáva produkty vyrábané druhou spoločnosťou,
- Neschopnosť jednej spoločnosti vykonávať činnosti bez kapitálu, produktov a technickej spolupráce druhej spoločnosti,
- Jedna spoločnosť má právo menovať členov riadiacich orgánov druhej spoločnosti,
- Dve spoločnosti majú tie isté osoby vo svojich riadiacich orgánoch,
- Existujú rodinné väzby medzi stranami,
- Jedna strana poskytla podstatnú pôžičku druhej strane alebo jedna zo strán závisí na druhej strane pri poskytnutí finančných prostriedkov nevyhnutných na vykonávanie podnikateľskej činnosti,
- Súbor zmlúv vytvára pre jednu zo spoločností monopolné postavenie na trhu,
- Akékoľvek iné prípady, v ktorých je možné identifikovať vplyv jednej zo spoločností na rozhodovacie procesy druhej spoločnosti.³⁴

K vyššie uvedených príkladom faktickej kontroly je možné konštatovať, že tieto do svojho obsahu zahŕňajú také vzájomné vzťahy dvoch osôb, ktoré sú vzhľadom na svoju povahu spôsobilé ovplyvniť transakcie medzi týmito osobami. Podobne ako je to v prípadoch tzv. formálnej kontroly, je možné pozorovať snahu o objektivizáciu tých faktorov, ktoré vplývajú na výkon podnikateľských aktivít posudzovaných subjektov. Vo väčšine vyššie uvedených príkladov je tiež možné konštatovať kontinuálny charakter týchto vzťahov, neobmedzujúcich sa len na vybrané, jednorázovo sa vyskytujúce situácie.

Slovenská koncepcia tzv. inej závislosti sa preto javí ako majúca svoj základ na iných predpokladoch, ako je výkon faktickej kontroly jednej entity nad inou entitou. Faktická závislosť je v našej právnej úprave založená na existencii konkrétnej transakcie znižujúcej daňový základ alebo zvyšujúcej daňovú stratu posudzovanej osoby. Aj napriek vyššie popisovaným nedostatkom tohto konceptu, je naplnenie znakov tejto závislosti možné vyhodnotiť vždy len s ohľadom na konkrétnu obchodnú transakciu, po zvážení všetkých rozhodujúcich skutočností. Od vyššie popisovanej faktickej kontroly sa preto slovenský koncept faktickej závislosti odlišuje predovšetkým svojou ohraničenou povahou a teda absenciou kontinuálnej existencie znakov závislosti. Ako taký sa slovenský koncept závislosti podstate líši od prípadov tzv. faktickej kontroly a spadá podľa nášho názoru mimo rámec

³³ Porov. ROTONDARO, C.: *The Notion of „Associated Enterprises“: Treaty Issues and Domestic Interpretations – An Overview*, In: *International Transfer Pricing Journal*, 2000, Volume 7, No. 1, s. 8.

³⁴ Pozri bližšie Italian Ministry of Finance: Circular Letter no. 32.9.2267, In: ROTONDARO, C.: *The Notion of „Associated Enterprises“: Treaty Issues and Domestic Interpretations – An Overview*, In: *International Transfer Pricing Journal*, 2000, Volume 7, No. 1, s. 8.

všeobecného pojmu „kontrola“ tak ako je zakotvený v zmluvách o zamedzení dvojitého zdanenia. Aj preto máme za to, že vyššie popisované argumentačné prístupy sa na slovenskú právnu úpravu neuplatnia, nakoľko ich primárnym predmetom je obsahová šírka zmluvne vymedzeného pojmu kontrola.

4.4 Článok 9 a vnútroštátne právo

Vo vyššie uvedených súvislostiach je možné sa pýtať, aký právny režim sa uplatní na prípady tzv. faktickej závislosti dvoch osôb, ktoré podľa vyššie vymedzenej pôsobnosti čl. 9 spadajú mimo jeho rámec. Základnou otázkou je, či v takýchto prípadoch budú medzinárodné zmluvy limitovať zmluvné štáty v možnosti uplatniť ustanovenia zamerané na úpravu základu dane v prípadoch faktického prepojenia osôb alebo či takáto úprava bude možná na autonómnej báze, mimo rámec čl. 9 daňových zmlúv.

V medzinárodnom kontexte môžeme rozlíšiť dva základné smery, prichádzajúce vo vzťahu k nastolenej otázke s protichodnými výstupmi. Reprezentantmi týchto postojov sú predovšetkým H. Debatin a H. Becker, na ktorých následne vo svojich dielach nadväzujú aj ďalší autori.

H. Debatin prezentoval názor o možnosti štátov vykonať primárnu úpravu základu dane aj v prípadoch idúcich nad rámec osobnej pôsobnosti čl. 9 daňových zmlúv. Vychádzal predovšetkým zo skutočnosti, že čl. 9 sa vymyká klasickým hraniciam daňových zmlúv, nakoľko adresuje štát daňovej rezidencie a nie štát zdroja príjmu. Daňové zmluvy totiž zvyčajne vo svojich ostatných článkoch nelimitujú zdaňovanie štátom rezidencie. Ďalej tiež uvádza, že účelom medzinárodných zmlúv nie je ochrana daňových subjektov pred vykonaním úpravy základu dane v medziach práva transferového oceňovania.³⁵ H. Becker sa naopak zastával reštriktívneho pôsobenia čl. 9 daňových zmlúv, ktorý limituje štáty vo vykonávaní primárnej úpravy základu dane v situáciách nespádajúcich pod tento článok zmlúv.³⁶

K. Vogel v tejto súvislosti uvádza, že úprava základu dane podľa vnútroštátneho práva, ktorá by vychádzala zo závislosti dvoch osôb na základe ich faktického prepojenia, by bola limitovaná ustanoveniami čl. 9 medzinárodnej zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia. Zdôrazňuje totiž, že samotná zmluva neposkytuje právny základ pre vykonanie úpravy základu dane, ale jej účelom je limitovať účinky vnútroštátnej daňovo-právnej úpravy, ktorá by umožňovala úpravu základu dane závislých osôb mimo rámec ustanovenia čl. 9 daňových zmlúv založeného na princípe nezávislého vzťahu.³⁷ Ako v tejto veci uvádza C. Rotondaro, ak by aj zmluvný štát vykonal primárnu úpravu základu dane v prípadoch tzv. faktického prepojenia dvoch osôb, druhý zmluvný štát by nebol viazaný vykonať

³⁵ H. DEBATIN, H.: *Deutsche Steuer-Zeitung*, Part A (1971): 385 et seq., In: WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010, s. 199

³⁶ Porov. BECKER, H.: *Deutsches Steuerrecht* (1972): 359 et seq., In: WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010, s. 200.

³⁷ Porov. VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions - A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital*. Third Edition, Kluwer Law International 1999, s. 517.

korešpondujúcu úpravu základu dane, nakoľko táto primárna úprava by bola vykonaná mimo rámec čl. 9 daňových zmlúv.³⁸

Zhrnutie

V kontexte naznačených úvah a otázok zastávame názor, že pri posudzovaní funkcií a právnych účinkov pôsobenia čl. 9 medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia je potrebné prihliadať na jeho celkové pôsobenie a zameranie, ktorým je predchádzanie ekonomického dvojitého zdanenia. Týmto sa čl. 9 odlišuje od ostatných častí daňových zmlúv, ktoré sú zamerané na predchádzanie prípadov dvojitého zdanenia v jeho právnom zmysle. Táto skutočnosť sa prejavuje predovšetkým v zameraní ostatných článkov zmlúv na obmedzenie zdanenia v štáte zdroja príjmu (s následným uplatnením príslušnej metódy zamedzenia dvojitého zdanenia), kým čl. 9 tak v ods. 1 ako aj v ods. 2 adresuje štáty daňovej rezidencie.

Zamedzenie prípadov dvojitého zdanenia má byť podľa znenia tohto článku zabezpečené vykonaním primárnej úpravy základu dane v jednom zmluvnom štáte a následne korešpondujúcej úpravy základu dane v druhom zmluvnom štáte. Takýto rovnovážny stav je pritom možné dosiahnuť len v prípadoch spadajúcich do rámca ustanovení čl. 9 a teda len v ňom vymedzených prípadoch závislosti dvoch osôb. Samotný čl. 9 však podľa nášho názoru ako taký nekonštituuje právnu prekážku vykonania primárnej úpravy základu dane zahraničnej závislej osoby v prípade jej faktického prepojenia s inou osobou, ak sa má takáto úprava vykonať v medziach vnútroštátneho daňového zákonodarstva. Takáto vnútroštátna úprava však na druhej strane bráni naplneniu účelu čl. 9, keďže druhý zmluvný štát môže odmietnuť vykonanie korešpondujúcej úpravy základu dane, ktorá sa vyžaduje len ak boli naplnené ustanovenia čl. 9 ods. 1. Výsledkom je preto zvýšené riziko vzniku prípadov dvojitého zdanenia a celkové zníženie právnej istoty daňových subjektov v otázkach úpravy ich daňového základu.

V zmysle vyššie uvedeného je výsledok rozširovania osobnej pôsobnosti noriem transferového oceňovania možné hodnotiť len jednotlivo, a to s ohľadom na konkrétne právne úpravy dotknutých štátov. Kým v jednom štáte môže byť čo do podstaty obdobná úprava základu dane akceptovaná ako predpoklad vykonania korešpondujúcej úpravy základu dane, v inom štáte môže byť takáto primárna úprava prekážkou odstránenia prípadov dvojitého zdanenia prostredníctvom korešpondujúcej úpravy. Aj preto sa vyžaduje, aby podstatné zásahy do slovenskej právnej úpravy v oblasti transferového oceňovania boli vykonané vždy len po náležitom zvážení jej dôsledkov na daňové subjekty. Takéto posúdenie je možné dôkladnou analýzou právnych poriadkov tých štátov, v ktorých je možné predpokladať existenciu závislých osôb vo vzťahu k slovenským osobám ako potenciálnym adresátom práva transferového oceňovania.

³⁸ Porov. ROTONDARO, C.: *The Notion of „Associated Enterprises“: Treaty Issues and Domestic Interpretations – An Overview*, In: *International Transfer Pricing Journal*, 2000, Volume 7, No. 1, s. 7.

Bibliografia

1. AZUD, J.: *Medzinárodné právo*. Bratislava : SAV 2003, ISBN 20-224-0753-4.
2. BECKER, H.: *Deutsches Steuerrecht* (1972): 359 et seq., In: WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010.
3. ČORBA, J.: *Prednosť medzinárodných zmlúv pred zákonom*. Justičná revue, 2002, č. 6-7, s.704-705.
4. DAVID, V. – SLADKÝ, P. – ZBOŘIL, F.: *Medzinárodní právo veřejné*. Praha : Linde Praha 2005, s. 85, ISBN 80-7201-557-5.
5. DEBATIN, H.: *Deutsche Steuer-Zeitung*, Part A (1971): 385 et seq., In: WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010.
6. DOBROVIČOVÁ, G.: *Vybrané otázky recentných prameňov práva v Slovenskej republike*. Košice : UPJŠ Právnická fakulta 2004, ISBN 80-7097-575-X.
7. DWARKASING, R.: *The Concept of Associated Enterprises*. In.: *Intertax*, Vol. 41, Issue 8&9, Kluwer Law International BV 2013.
8. Italian Ministry of Finance: Circular Letter no. 32.9.2267, In: ROTONDARO, C.: *The Notion of „Associated Enterprises“: Treaty Issues and Domestic Interpretations – An Overview*, In: *International Transfer Pricing Journal*, 2000, Volume 7, No. 1.
9. JANKUV, J.: *Postavenie medzinárodných zmlúv v právnom poriadku Slovenskej republiky*. In: *Teória aplikácie medzinárodnej zmluvy ako nástroja právnej regulácie na národnej, medzinárodnej a komunitárnej úrovni*, Zborník príspevkov, Trnava : Trnavská Univerzita 2009.
10. KLUČKA, J.: *Medzinárodné právo verejné*. Bratislava : Iura Edition 2008, s. 93, ISBN 978-80-8078-220-7
11. LOCHER, P.: Zur „negativen Wirkung“ von *Doppelbesteuerungsabkommen*. In: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 365 (1988), In: VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions - A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital*. Third Edition, Kluwer Law International 1999.
12. NIELSEN, T.: *Indkomstbeskatning I* (1965), In: WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010.
13. OECD: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing 2013, Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.
14. OECD: *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing 2012, available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en>.
15. ROTONDARO, C.: *The Notion of „Associated Enterprises“: Treaty Issues and Domestic Interpretations – An Overview*, In: *International Transfer Pricing Journal*, 2000, Volume 7, No. 1.
16. SCHOEN, W.: *Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law*. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2011-08, September 2011, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1930237>.

17. VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions - A Commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital*. Third Edition, Kluwer Law International 1999.
18. WITTENDORFF, J.: *The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model*, In: Bulletin for International Taxation, March 2009.
19. WITTENDORFF, J.: *Transfer Pricing And Arm's Length Principle in International Tax Law*. Netherlands, Kluwer Law International 2010.

Kontakt

michal_kocis@yahoo.com

Mgr. Ilona Kostadinovová
advokát

Právnická fakulta Západočeské univerzity v Plzni, Česká republika
Katedra pracovního práva a práva sociálního zabezpečení

Konkurenční doložka po novelách zákoníku práce a po rekodifikaci občanského a obchodního práva v České republice

Abstract

Konkurenční doložka je upravena pro účely pracovněprávních vztahů v zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění, a pro účely vztahů obchodněprávních v obchodním zákoníku, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění. V praxi se však lze setkávat velmi často s potřebou podnikatelských subjektů o přesné a jasné vymezení znění konkurenční doložky a eventuálního propojení obou druhů doložek a ne vždy je právní úprava správně pochopena, pokud podléhá právní úprava příliš často legislativním změnám. Cílem příspěvku tedy bude porovnat konkurenční doložku upravenou v zákoníku práce s konkurenční doložkou upravenou v obchodním zákoníku. Navíc bude provedena historická analýza vývoje právní úpravy konkurenční doložky v zákoníku práce zejména s důrazem kladeným na poslední novelu zákoníku práce č. 365/2011 Sb. účinnou od 01. 01. 2012. Proveden bude rozbor konkurenční doložky v platném a rekodifikovaném občanském a obchodním právu, kdy od roku 2014 nabývají účinnosti nové předpisy, občanský zákoník, zákon č. 89/2012 Sb. a zákon o obchodních korporacích č. 90/2012 Sb. Současná a budoucí právní úprava bude zhodnocena z pohledu praktického a uvedeny budou konkrétní návrhy znění těchto doložek v podobě vzorových dokumentů pro účely odborné a laické veřejnosti. Bude provedeno srovnání české a slovenské právní úpravy konkurenční doložky upravené příslušnými zákoníky práce obou zemí.

Abstract

Competitive clause in labour law relations is based in Labour Code, Act N. 262/2006 Coll. and in trade law relations is based in Trade Code, Act. N. 513/1991 Coll. Entrepreneurs need in praxis exactly and clearly text regulation of the competitive clause and potentially combined forms of labour and trade law versions and it's not all the time so easy to understand properly all aspects when the legislation is permanently being changed. The aim of this paper is to compare competitive clause according to the labour code and according to the trade code. In addition there will be made the historical analysis of the evolution of the labour code competitive clauses pointing out the latest amendment N. 365/2011 Coll. in force from 01st of

January 2012. There will be made the analysis of the competitive clause in current and recodified civil and trade law, when from the year 2014 come into force new civil code N. 89/2012 Coll. and trade corporation act N. 90/2012 Coll.

Contemporary and expectant legislation will be evaluated from the practical point of view and there will be made concrete proposals of the versions of those competitive clauses in form of model documents for use of the experts and non-professionals.

I. Úvod

Položme si otázku, jaký význam má v praxi tzv. konkurenční doložka. Zkusme se zamyslet nad významem tohoto smluvního institutu ve vztazích pracovněprávních v návaznosti na vztahy občanskoprávní a obchodněprávní a v neposlední řadě si srovnáme současnou právní úpravu konkurenční doložky podle zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění (dále též jen zákoník práce nebo ZP), ve znění účinném do konce roku 2011 před nabytím účinnosti rozsáhlé novely č. 365/2011 Sb., která nabyla účinnosti k 01. 01. 2012, právě s ohledem na blížící se rekodifikaci celého soukromého práva v České republice. Současný občanský zákoník, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění (dále též jen stávající občanský zákoník nebo ObčZ), bude s účinností od 01. 01. 2014 nahrazen novým občanským zákoníkem, z. č. 89/2012 Sb. (dále též jen nový občanský zákoník nebo OZ). Současný obchodní zákoník, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění (dále též jen obchodní zákoník nebo ObchZ), bude s účinností od 01. 01. 2014 nahrazen novým zákonem o obchodních korporacích, z. č. 90/2012 Sb., zákon o obchodních společnostech a družstvech (dále též jen zákon o obchodních korporacích nebo KorpZ). Pro úplnost je potřeba ještě dodat, že od roku 2014 nabude účinnosti rovněž nový zákon o mezinárodním právu soukromém, z. č. 91/2012 Sb. (dále též jen ZMPS), který nahradí stávající zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním, z. č. 97/1963 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2013 (dále též jen ZMPSP).

Rozebereme si nyní institut tzv. konkurenční doložky nejprve z pohledu právní úpravy pracovněprávní v historických souvislostech vývoje současné české podoby zákoníku práce a v návaznosti na právo obchodní a na právo občanské. V úplném závěru zhodnotíme současnou a novou právní úpravu tzv. konkurenční doložky pro potřeby praxe pracovněprávních vztahů v České republice a srovnáme ji s právní úpravou konkurenční doložky upravené v zákoníku práce Slovenské republiky. Součástí předloženého příspěvku bude rovněž podání konkrétních vzorových textů znění smluvních ujednání využitelných v praxi pracovněprávních vztahů.

II. Vymezení základních pravidel vztahu zákoníku práce k obchodnímu zákoníku a občanskému zákoníku

Pracovní právo je samostatné právní odvětví. Jeho samostatnost je však velmi relativní, neboť jako odvětví práva soukromého nejúžeji souvisí s právem občanským, z něhož se historicky vydělilo.¹ Právní úprava pracovněprávních vztahů

¹ Doc. JUDr. Milan Galvas, CSc. v Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1, str. 35

souvisejících s výkonem **závislé práce**² byla v minulosti považována za druh občanskoprávního závazkového vztahu, a proto byla integrována v civilních kodexech³. Obdobně je tomu například stále v Německu⁴, kde je soukromé právo upraveno v občanském zákoníku jako jeden z druhů smluvních vztahů soukromoprávních rovněž pracovněprávní vztah a na občanský zákoník navazují zvláštní specifické pracovněprávní předpisy⁵.

V rámci vývoje českého pracovního práva došlo k velmi zásadnímu a v evropském kontextu zcela ojedinělému odtržení a izolování pracovního práva od práva občanského prostřednictvím přijetí samostatného kodexu v podobě zákoníku práce, z. č. 65/1965 Sb., který byl v platném znění účinný od 01. 01. 1966 až do 31. 12. 2006. Důvody odtržení pracovního práva od práva občanského byly ve své době především politické a ideologické. Na základě tehdejší teorie pracovního práva byla stanovena teze, že pracovní právo se svými zásadami a předmětem zcela odlišuje od občanského práva, stejně jako od jiných právních odvětví.⁶ Český starý zákoník práce tak byl postaven na základní obecné zásadě práva veřejného a vycházel z toho, že „co není dovoleno, je zakázáno“.

Úvahy směřující k opětovné integraci pracovního práva do systému občanského práva a opuštění stavu, kdy zákoník práce vůči občanskému zákoníku duplicitně upravoval i některé obecné soukromoprávní instituty, se v České republice objevily velmi krátce po „sametové revoluci“ v roce 1989 zejména v souvislosti s diskusemi o potřebě koncepčně přepracovat a rekodifikovat soukromé právo.

Prvním výsledkem úvah o rekodifikaci soukromého práva v České republice byl návrh, že pracovní smlouva bude vřazena do systému občanskoprávního závazkového práva jako jeden ze smluvních typů. Nastíněná koncepce vztahu občanského a pracovního práva se však nedočkala realizace. Nový věcný záměr občanského zákoníku publikovaný již v roce 2001⁷ počítal s tím, že vedle nového občanského zákoníku bude zachován samostatný zákoník práce. Přičemž nový

² § 2 **zákoníku práce**, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění/ZP definuje závislou práci jako práci, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji vykonává osobně. Závislá práce musí být vykonávána za mzdu, plat nebo odměnu za práci, na náklady a odpovědnost zaměstnavatele, v pracovní době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě.

³ Konkrétně na našem území institut tzv. **námezdní smlouvy** byl obsažen v Hlavě XXVI. Císařského patentu č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský, vyhlášený dne 1. června 1811, v účinnosti do 31. 12. 1965, kdy byl u nás nahrazen samostatným zákoníkem práce, z. č. 65/1965 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2006 (starý zákoník práce).

⁴ **Občanský zákoník německý**/Bürgerliches Gesetzbuch/ABG, Mnichov: Deutsches Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG/dtv 2010, s. 778, Internet: dtv.de, beck. De, ISBN 978-3-423-05001-2 (dtv), ISBN 978-3-406-60252-8 (C. H. Beck) 2010

⁵ **Pracovněprávní předpisy německé**/Arbeitsgesetze/ArbG, Mnichov: Beck-Texte im dtv 2012, s. 889, Internet: dtv.de, beck.de, ISBN 978-3-423-05006-7 (dtv), ISBN 978-3-406-63543-4 (C. H. Beck)

⁶ Doc. JUDr. Milan Galvas, CSc. v Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1, str. 36, Eliáš, K. Zuklínová, M. Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde 2001, 302 s.

⁷ Doc. JUDr. Milan Galvas, CSc. v Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1, str. 37

zákoník práce bude propojen s občanským zákoníkem. Základním koncepčním východiskem tak je, že občanský zákoník je v pracovněprávních vztazích aplikován jako norma obecná tzv. *lex generalis* a zákoník práce je normou zvláštní tzv. *lex specialis*. „*K překonání izolace pracovního práva a občanského práva totiž sice v souvislosti s rekodifikací pracovního práva, která byla provedena přijetím nového zákoníku práce, jenž s účinností od 1. ledna 2007 nahradil dosavadní kodex, došlo. Navzdory předpokladu, byla ovšem zvolena legislativní metoda delegace.*“⁸ Princip delegace vycházel z toho, že lze použít pouze ustanovení občanského zákoníku, na která zákoník práce výslovně odkazuje.

Po odborné kritice ze strany odborné veřejnosti, kdy bylo poukazováno na to, že se jedná o netradiční a v porovnání s obvyklou metodou subsidiarity „nešťastnou koncepci“⁹ následovalo významné rozhodnutí Ústavního soudu České republiky. Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 12. března 2008 publikovaného pod č. 116/2008 Sb. zrušil § 4 tehdejšího znění zákoníku práce. „*Propojení zákoníku práce a občanského zákoníku prostřednictvím odkazů bylo totiž rozporné s principy právního státu. Občanské právo má být výchozím soukromoprávním odvětvím, čemuž má odpovídat i jeho vztah ke kodexům jiných soukromoprávních odvětví, jako je i pracovní právo. Občanský zákoník má proto být základním a obecným soukromoprávním předpisem použitelným v právních vztazích regulovaných kodexy a dalšími předpisy jiných soukromoprávních odvětví subsidiárně.*“ S tímto principem v podstatě souvisí i obecná zásadní koncepční změna v porovnání se starým zákoníkem práce z roku 1965, kdy vychází nový český zákoník práce od roku 2007 ze soukromoprávní zásady zakotvené rovněž v Listině základních práv a svobod¹⁰ v článku 2 odst. 3 „*Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.*“ V praxi pak tedy dnes velmi jednoduše platí: „*co není zakázáno, je dovoleno*“ i pro vztahy pracovněprávní.

Nález Ústavního soudu České republiky č. 116/2008 Sb. měl pro budoucí vývoj vztahu občanského a pracovního práva zásadní význam. Přestože k legislativnímu zakotvení došlo až novelou zákoníku práce č. 365/2011 Sb. s účinností od 01. 01. 2012, kterou bylo do zákoníku práce vloženo nové ustanovení § 4, které nahradilo znění tohoto paragrafu Ústavním soudem ČR zrušeného již v roce 2008, a které dnes tedy obdobně jako například ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění¹¹, zakotvuje, že se

⁸ **Zákoník práce**, z. č. 262/2006 Sb., účinný od 01. 01. 2007, Doc. JUDr. Milan Galvas, CSc. v Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1, str. 37

⁹ Doc. JUDr. Milan Galvas, CSc. v Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1, str. 38, též například JUDr. Miroslav Bělina: Postavení českého pracovního práva v rámci systému evropského a českého práva v České pracovní právo v kontextu evropského práva. Praha: Karolinum 2008, s. 126

¹⁰ **Listina základních práv a svobod**, usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, v platném znění/LZPS

¹¹ **Obchodní zákoník**, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2013, bude nahrazen zákonem č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech, který pravděpodobně nabývá účinnosti k 01. 01. 2014 (dále též jen zákon o obchodních korporacích)

pracovněprávní vztahy řídí přednostně zákoníkem práce, nelze-li ho použít, použije se občanský zákoník, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění¹².

Jak uvádí JUDr. Milan Galvas, CSc.: „Zvláštním předpisem zůstává pro pracovněprávní vztahy zákoník práce. Pokud v něm nenalezneme pravidlo nezbytné k posouzení právní otázky, nastupuje podpůrné (subsidiární) použití zákona obecného, tedy občanského zákoníku. V případě, kdy určitou výšeč právních vztahů řeší jak zákoník práce, tak i občanský zákoník, přednost mají vždy pravidla zvláštní, tedy zákoník práce.“¹³

Pro praxi je potřeba ještě dodat, že občanský zákoník nelze použít v pracovněprávních vztazích způsobem, který by byl v rozporu se základními zásadami pracovněprávních vztahů, které jsou upraveny zejména v § 1a zákoníku práce. Dále pak v § 4a zákoníku práce nalezneme výčet institutů občanskoprávních, která nelze použít v pracovněprávních vztazích vůbec – smlouvu ve prospěch třetí osoby, zadržovací právo, vymíněné odstoupení od smlouvy, společné závazky a práva, smlouvu s přesnou dobou plnění a postoupení pohledávky. Sjednání smluvní pokuty je připuštěno pouze pro případ konkurenční doložky upravené v § 310 zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění.

III. Jaké smluvní ujednání o zajištění závazku můžeme v pracovněprávních vztazích použít?

Podle **obecné zásady obsažené v § 13 odst. 2 písm. g) zákoníku práce¹⁴**, zaměstnavatel nesmí požadovat ani sjednat zajištění závazku v pracovněprávním vztahu, s výjimkou srážek z příjmu z pracovněprávního vztahu (§327 ZP dohoda o srážkách ze mzdy) a konkurenční doložky (§ 310 ZP).

Praxe vychází z toho, že není jednotný názor v tom, zda **nelze zajistit žádný závazek v pracovněprávním vztahu**, nebo zda nelze zajistit pouze závazek zaměstnance vůči zaměstnavateli a **lze zajistit závazek zaměstnavatele vůči zaměstnanci**.

Gramatický výklad znění § 13 odst. 2 písm. g) zákoníku práce, že zaměstnavatel nesmí sjednat zajištění závazku v pracovněprávním vztahu, by vedl k závěru, že splnění pracovněprávní povinnosti ať ze strany zaměstnavatele nebo ze strany zaměstnance nemůže být zajištěno. Podle názoru P. Hůrky publikovaného v komentáři k zákoníku práce: „*Toto není racionální řešení a není to ani ústavně konformní výklad.*“¹⁵ Každý zákonem stanovený zásah do soukromoprávních vztahů je třeba vnímat jako omezení lidské svobody, a je proto důležité takové závazky

¹² **Občanský zákoník**, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2013, bude nahrazen zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, který pravděpodobně nabývá účinnosti k 01. 01. 2014 (dále též jen nový český občanský zákoník/OZ)

¹³ Doc. JUDr. Milan Galvas, CSc. v Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1, str. 38, též například JUDr. Miroslav Bělina: Postavení českého pracovního práva v rámci systému evropského a českého práva v České pracovní právo v kontextu evropského práva. Praha: Karolinum 2008, s. 39

¹⁴ **Zákoník práce**, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění/ZP

¹⁵ JUDr. Petr Hůrka, Ph. D. Zákoník práce a související ustanovení občanského zákoníku, Olomouc: ANAG 2008, ISBN 978-80-7263-481-1, str. 72

vykládat restriktivně v souladu s článkem 4 odst. 4 LZPS¹⁶ (autonomie projevu vůle smluvních stran). Při používání mezí základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a jako taková nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena. S tímto názorem se lze ztotožnit i z toho důvodu, že gramatický výklad lze doplnit o výklad teleologický a ptát se po účelu zákonného zákazu v souladu se smyslem pracovněprávní úpravy a chránit pozici zaměstnance.

Rovněž podle názoru M. Běliny tato obecná zásada nepřiměřeně a neodůvodnitelně omezuje smluvní volnost popřením možnosti sjednání zajištění závazků z pracovní smlouvy¹⁷.

Takovýto výklad lze chápat za správný v souladu s obecnou ochrannou funkcí pracovního práva a rovněž ve smyslu výkladu Ústavního soudu ČR. Problematikou se zabýval Ústavní soud České republiky již ve výše zmiňovaném ve Nálezu ÚS ČR ze dne 12. 03. 2008 publikovaném pod č. 116/2008 Sb. s ohledem na subsidiární použití občanského zákoníku.

Zaměstnanci mají proto možnost využít všech zajišťovacích institutů občanského práva (§§ 554-558 ObčZ), zatímco **zaměstnavatel může využít pouze dohodu o srážkách ze mzdy (§327 ZP) a smluvní pokutu sjednanou v konkurenční doložce (§ 310 ZP).**

Smluvní pokuta je zajišťovacím institutem, který je v zákoníku práce výslovně upraven právě pouze pro případ **zajištění zaměstnavatele při konkurenční doložce**. Smluvní pokuta může být do konkurenční doložky zahrnuta pouze na základě smluvního ujednání mezi účastníky a musí mít písemnou formu. Ujednání musí obsahovat v praxi výši smluvní pokuty. Přičemž výše smluvní pokuty by měla být přiměřená povaze a významu sjednaného závazku zdržet se konkurenčního jednání. Zaplacením smluvní pokuty zaměstnancem při porušení závazku zdržet se konkurenčního jednání tento závazek zaniká, neboť se neaplikuje ustanovení § 545 odst. 1 občanského zákoníku, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění. Sjednání smluvní pokuty podle § 545 odst. 2 občanského zákoníku, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění, vylučuje možnost zaměstnavatele, aby požadoval od zaměstnance, respektive bývalého zaměstnance, náhradu škody vzniklou porušením závazku zdržet se konkurenčního jednání ze strany zaměstnance. Proto lze pro praxi doporučit, aby bylo přímo v konkurenční doložce sjednáno, že požadování náhrady škody je možné, jak doporučuje rovněž Prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.¹⁸. K tomu též vzor konkurenční doložky v následující části příspěvku. Z ustanovení § 545 odst. 3 občanského zákoníku dále pro praxi ještě vyplývá, že pokud zaměstnanec porušení závazku nezavinil, není povinen smluvní pokutu zaplatit.

¹⁶ Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., v platném znění, o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky/LZPS

¹⁷ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2008, str. 52

¹⁸ Prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc. v Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1, str. 38, též například JUDr. Miroslav Bělina: Postavení českého pracovního práva v rámci systému evropského a českého práva v České pracovní právo v kontextu evropského práva. Praha: Karolinum 2008, s. 128

IV. Konkurenční doložka podle českého zákoníku práce

Závazek zaměstnance, respektive v podstatě bývalého zaměstnance, vyplývající z konkurenční doložky preventivně **brání zneužití nebo potencionálnímu zneužití informací nabytých v souvislosti s výkonem zaměstnání a brání faktickému nebo potencionálnímu konkurenčnímu střetu zájmů**, k němuž by mohlo dojít

mezi bývalým zaměstnavatelem a bývalým zaměstnancem, případně třetí osobou, pro

niž bývalý zaměstnanec vykonává výdělečnou činnost.¹⁹

Pokud by **v praxi skutečně došlo k nekalosoutěžnímu jednání** zaměstnance či bývalého zaměstnance, pak by bylo nutné danou problematiku **řešit podle obchodního práva**. Vazba právní úpravy konkurenční doložky upravené zákoníkem práce tak velmi úzce souvisí s právní úpravou obsaženou v obchodním zákoníku a tudíž bude souviset rovněž s novým občanským zákoníkem a zákonem o obchodních korporacích.

Konkurenční doložka upravená zákoníkem práce umožňuje smluvní omezení práva na svobodnou volbu povolání zakotvenou v článku 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod²⁰ po určitou dobu po skončení zaměstnání. Omezení zaměstnance vykonávat výdělečnou činnost, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele, po dobu trvání pracovního poměru upravuje § 304 ZP. Zaměstnanci mohou podle § 304 odst. 1 ZP vedle svého zaměstnání vykonávaného v základním pracovněprávním vztahu vykonávat výdělečnou činnost, která je shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele, u něhož jsou zaměstnání, jen s jeho předchozím písemným souhlasem.

Vzor zákazu výkonu jiné výdělečné činnosti zaměstnancem po dobu trvání pracovního poměru v České republice podle § 304 zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění

¹⁹ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2008 , str. 760

²⁰ Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., v platném znění, o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky/LZPS

ZÁKAZ JINÉ VÝDĚLEČNÉ ČINNOSTI

(§ 34b odst. 2 v souvislosti s § 304 zákoníku práce, z. č. 262/2006
Sb., v platném znění/ZP)

ASCCO, s.r.o. se sídlem v Klatovech, Dobrovského 6, PSČ 339 01

Zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Klatovech v oddíle C
jako vložka 4257

Zastoupena jednatelem Ing. Jaroslavem Zavadilem

Dále jen **Zaměstnavatel**

a

Jiří Kolibřík, návrhář sklářských výrobků, bytem Švihov, Na Borku 14, PSČ 340 12

Dále jen **Zaměstnanec**

uzavírají toto **smluvní ujednání o výkonu jiné výdělečné činnosti**

Jiří Kolibřík pracuje u zaměstnavatele ASCCO, s.r.o. jako navrhovatel sklářských výrobků podle pracovní smlouvy uzavřené dne 10. června 2013. Tato vykonávaná práce odpovídá předmětu činnosti zaměstnavatele.

Zaměstnanec se zavazuje, že v **dalším základním pracovněprávním vztahu** ve smyslu § 34b odst. 2 zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění, **u téhož zaměstnavatele, nebude vykonávat práce, které jsou stejně druhově vymezeny.**

V dalším základním pracovněprávním vztahu u jiného zaměstnavatele, nebude ve smyslu § 304 odst. 1 ZP vedle svého zaměstnání vykonávaného v základním pracovněprávním vztahu u Zaměstnavatele **vykonávat výdělečnou činnost, která je shodná s předmětem činnosti tohoto Zaměstnavatele,** u něhož je zaměstnán na základě pracovní smlouvy ze dne 10. června 2013.

Zaměstnanec se zavazuje, že **nebude vykonávat samostatnou výdělečnou činnost shodnou s předmětem činnosti zaměstnavatele.**

Takovou činnost může vykonávat Zaměstnanec pouze **s předchozím písemným souhlasem Zaměstnavatele.** Omezení se ve smyslu § 34 odst. 3 ZP nevztahuje na výkon vědecké, pedagogické, publicistické, literární a umělecké činnosti.

Jestliže Zaměstnavatel souhlas odvolá, musí být odvolání písemné a Zaměstnavatel je povinen v něm uvést důvody změny svého rozhodnutí. Zaměstnanec je pak povinen bez zbytečného odkladu výdělečnou činnost skončit způsobem vyplývajícím pro její skončení z příslušných právních předpisů.

Tato dohoda byla sepsána ve dvou vyhotoveních, z nichž jedno převzal Zaměstnavatel a druhé Zaměstnanec.

Smluvní strany prohlašují, že obsahu této dohody rozumí, souhlasí s ním a že tato dohoda byla uzavřena na základě jejich svobodné a vážné vůle a nikoli v tísní a za nápadně nevýhodných podmínek a na důkaz toho připojují své podpisy.

V Klatovech dne 21. července 2013

Jiří Kolibřík

ASCCO, s.r.o.

V. Historické souvislosti vývoje právní úpravy konkurenční doložky podle § 310 ZP

Platná právní úprava konkurenční doložky v pracovněprávních vztazích je obsažena v ustanovení § 310 zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění/ZP. Zaměstnanec se může smluvně zavázat, že **po určitou dobu po skončení pracovního poměru se zdrží výkonu výdělečné činnosti, která by byla shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele²¹ nebo by měla vůči němu soutěžní povahu²²**. Podle zákoníku práce je však **maximální délka takového závazku 1 rok**. Smluvně musí být sjednáno přiměřené peněžité vyrovnání kompenzující nemožnost po určitou dobu danou výdělečnou činnost vykonávat.

Výše přiměřeného peněžitého vyrovnání se postupně v právní úpravě měnila a v podstatě došlo i k jejímu zakotvení až na základě praktických zkušeností. Poprvé byla konkurenční doložka do naší právní úpravy zakotvena novelou č. 155/2000 Sb. starého zákoníku práce, z. č. 65/1965 Sb., v platném znění, která nabyla účinnosti dnem 01. 01. 2001. Jak uvádí JUDr. Marie Součková v komentáři: „*Legislativní úprava tehdy provedená byla vnitřně rozporná, neujasněná a vyplývaly z ní značné výkladové problémy a pochybnosti.*“²³

Novelou č. 46/2004 Sb. starého zákoníku práce, z. č. 65/1965 Sb., v platném znění, účinnou od 01. 03. 2004 proto došlo ke zrušení tehdejší právní úpravy konkurenční doložky a odchodného a byla přijata nová právní úprava vložením zcela nového § 29a starého ZP, z. č. 65/1965 Sb. Právní úprava § 29a se vztahovala pouze na konkurenční doložky, které byly uzavřeny po nabytí účinnosti novely č. 46/2004 Sb. tedy od 01. března 2004²⁴.

²¹ **Předmět činnosti zaměstnavatele** vymezuje Zákon o živnostenském podnikání, z. č. 455/1991 Sb., v platném znění/živnostenský zákon/ŽZ v § 2 jako soustavou činnost provozovanou samostatně vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku. Podle § 9 ŽZ lze vykonávat **živnost ohlašovací** pouze na základě ohlášení nebo **živnost koncesovaná** na základě koncese. Předmět činnosti zaměstnavatele může dále vyplývat ze zvláštních právních předpisů, nejde-li o podnikání podle živnostenského zákona.

²² **Soutěžní povaha činnosti** vyplývá zejména z **hlavního druhu činnosti podnikatele**. **Živnostenský zákon** v § 2 **živnost** charakterizuje jako soustavou činnost provozovanou živnostníkem samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených živnostenským zákonem, z. č. 455/1991 Sb. **Obchodní zákoník**, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění/ObchZ, charakterizuje **činnost podnikatele** v § 2 ObchZ jako soustavou činnost prováděnou samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku; přičemž platí podle § 1 odst. 1 ObchZ, že postavení podnikatelů a obchodní závazkové vztahy a jiné vztahy s podnikáním související upravuje obchodní zákoník a nelze-li některé otázky řešit podle obchodního zákoníku, řeší se podle předpisů práva občanského, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění/ObčZ. Po rekodifikaci soukromého práva v České republice bude stěžejní právní úpravou nový občanský zákoník, z. č. 89/2012 Sb./OZ od 01. 01. 2014, přičemž **§ 420 OZ definuje podnikatele** jako toho, kdo vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským způsobem nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku.

²³ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc. v Součková, M. a kol. Zákoník práce komentář, Praha: C.H.Beck 2004, s. 964, ISBN 80-7179-868-1 ,str. 93

²⁴ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc. v Součková, M. a kol. Zákoník práce komentář, Praha: C.H.Beck 2004, s. 964, ISBN 80-7179-868-1 ,str. 94

Konkrétní podoba současného znění právní úpravy konkurenční doložky byla podstatně ovlivněna soudní judikaturou již za účinnosti starého zákoníku práce, z. č. 65/1965 Sb., účinný do 31. 12. 2006, a po přijetí nového zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění, který zcela nahradil starý zákoník práce, z. č. 65/1965 Sb., s účinností od 01. 01. 2007 zůstala v zásadě nezměněna. K podstatné změně této právní úpravy pak došlo v roce 2011 novelou zákoníku práce č. 365/2011 Sb. s účinností od 01. 01. 2012 právě ve vazbě na blížící se rekodifikaci soukromého práva a přijetí nového občanského zákoníku, z. č. 89/2012 Sb., který nahradí od roku 2014 současný stávající občanský zákoník, z. č. 40/1964 Sb./ObčZ. Právní úprava účinná do 31. 12. 2011 zůstala v zásadě nezměněna, ovšem byla snížena částka minimální výše přiměřeného peněžitého vyrovnání na jednu polovinu průměrného měsíčního výdělku. Jak uvádí JUDr. Antonín Kottnauer v komentáři: *„Ke snížení došlo na základě požadavku organizací zaměstnavatelů.“*²⁵ Dále bylo zrušeno omezení, že byla-li v pracovní smlouvě sjednána zkušební doba, bylo možné dohodu uzavřít nejdříve po jejím uplynutí, jinak by bylo ujednání neplatné. Podle § 311 ZP není možné použít konkurenční doložku na pedagogické pracovníky škol a školských zařízení zřizovaných Ministerstvem školství mládeže a tělovýchovy, krajem, obcí a dobrovolným svazkem obcí, jehož předmětem činnosti jsou úkoly v oblasti školství, a na pedagogické pracovníky v zařízeních sociálních služeb.

²⁵ JUDr. Antonín Kottnauer v Kottnauer, A. a kol. Zákoník práce. Komentář s judikaturou podle stavu k 1. lednu 2012, včetně novely účinné k 1. dubnu 2012, Praha: LEGES, s. r. o. 2012, s. , ISBN 978-80-87576-08-3, str. 894

Tabulka vývoje právní úpravy konkurenční doložky v pracovněprávních vztazích v ČR

Starý zákoník práce, z. č. 65/1965 Sb., v platném znění účinný od 01. 01. 1966, ve znění novely č. 155/2000 Sb. účinné od 01. 01. 2001	Starý zákoník práce po novele č. 46/2004 Sb., v platném znění účinné od 01. 03. 2004	Nový zákoník práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění účinný od 01. 01. 2007	Nový zákoník práce, z. č. 262/2006 Sb., po novele č. 365/2011 Sb. účinné od 01. 01. 2012
§ 29 starý ZP konkurenční doložka, odchodné	§ 29a starý ZP konkurenční doložka	§ 310 nový ZP konkurenční doložka	§ 310 nový ZP konkurenční doložka
1 rok po skončení pracovního poměru	1 rok po skončení pracovního poměru	1 rok po skončení pracovního poměru	1 rok po skončení pracovního poměru
Bez zakotvení přiměřeného peněžitého vyrovnání	Zakotvení přiměřeného peněžitého vyrovnání ve výši průměrného výdělku	Peněžité vyrovnání ve výši průměrného výdělku	Peněžité vyrovnání ve výši jedné poloviny průměrného výdělku
Až po uplynutí zkušební doby	Až po uplynutí zkušební doby	Až po uplynutí zkušební doby	Bez omezení lze sjednat i ve zkušební době
peněžitá částka	peněžitá částka	smluvní pokuta	smluvní pokuta
§ 246 dohoda o srážkách ze mzdy	§ 246 dohoda o srážkách ze mzdy	§ 327 dohoda o srážkách ze mzdy	§ 327 dohoda o srážkách ze mzdy

VI. Platná právní úprava konkurenční doložky v praxi podle § 310 českého zákoníku práce

Ustanovení § 310 ZP je především **dispozitivní**, neboť účastníkům **dává možnost a nikoli povinnost konkurenční doložku uzavřít**.

Kogentně je vymezen okruh zaměstnanců, s kterými ji lze uzavřít. Podle § 310 odst. 2 ZP lze konkurenční doložku uzavřít pouze se zaměstnancem, jestliže to je možné od zaměstnance spravedlivě požadovat s ohledem na povahu informací, poznatků, znalostí pracovních a technologických postupů, které získal v zaměstnání a jejichž využití by mohlo zaměstnavateli závažným způsobem ztížit jeho činnost.

Dohodu o tom, že se zaměstnanec po určité době po skončení pracovního poměru zdrží výkonu výdělečné činnosti lze v praxi uzavřít kdykoliv. **Dohoda** může být **součástí pracovní smlouvy** a s účinností od roku 2012 i v případě, že je v ní sjednána zkušební doba. Dohoda může být **samostatně uzavřena jako dodatek pracovní smlouvy** nebo **samostatná smlouva** kdykoli později. Uzavření totiž nemusí být prakticky vůbec vázáno na pracovní smlouvu. Tak tomu může být například v případě vzniku pracovního poměru na základě jmenování.²⁶

Forma smluvního ujednání o konkurenční doložce je předepsána **písemná**, § 310 odst. 6 ZP.

Jistým **paradoxem v praxi** může být ta skutečnost, že **po dobu trvání pracovního poměru nesmí zaměstnanec vykonávat** podle § 304 ZP **bez písemného souhlasu zaměstnavatele pouze činnost shodnou s předmětem činnosti zaměstnavatele**, v konkurenční doložce podle § 310 ZP se zavazuje, že **po skončení pracovního poměru nebude vykonávat dokonce ani činnost, kterou mohl vykonávat po dobu trvání pracovního poměru**, tj. též že nebude vykonávat **jakoukoli činnost, která by měla vůči stávajícímu zaměstnavateli soutěžní povahu**.²⁷

Z tohoto důvodu lze praxi doporučit **sjednat** v konkurenční doložce **okruh činností spíše úžeji** než je celý předmět činnosti zaměstnavatele. Je to praktické i s ohledem na další aktivní zapojení bývalého zaměstnance do pracovního procesu po skončení zaměstnání. Bude však vždy záležet na vůli smluvních stran, v jakém rozsahu bude zaměstnanec po skončení pracovního poměru ve svých výdělečných aktivitách prakticky omezen. Praktické by mělo být omezit bývalého zaměstnance spíše jen v hlavních předmětech činnosti bývalého zaměstnavatele s ohledem na charakter konkrétní činnosti.

Podmínkou uzavření konkurenční doložky je podle § 310 odst. 2 ZP skutečnost, že lze uzavření takové dohody od zaměstnance spravedlivě požadovat s ohledem na povahu informací, poznatků, znalostí pracovních a technologických postupů, které získal v zaměstnání a jejichž využití by mohlo zaměstnavateli ztížit

²⁶ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2008, str. 760

²⁷ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2008, str. 761

jeho činnost. Tento institut není určen k ochraně takových pracovních postupů, které se běžně používají.²⁸

Závazek zdržení se výkonu této činnosti nesmí přesáhnout dobu **jednoho roku**, § 310 odst. 1 ZP.

Relativně kogentní je ustanovení o protiplnění, neboť účastníci si mohou sjednat i vyšší než je zákoníkem práce zakotvená minimální jeho výše. Podstatnou náležitostí konkurenční doložky je totiž závazek zaměstnavatele, že poskytne zaměstnanci **přiměřené peněžité vyrovnání** ve výši nejméně jedné poloviny průměrného výdělku, do konce roku 2011 to bylo ve výši průměrného výdělku, § 310 odst. 1 ZP, v platném znění novely č. 365/2011 Sb. účinné od 01. 01. 2012. Konkurenční doložku nelze platně sjednat bez současného závazku zaměstnavatele poskytnout zaměstnanci kompenzaci. K tomu v historických souvislostech došel i zákonodárce, kdy tato povinnost byla zakotvena již do starého zákoníku práce, z. č. 65/1965 Sb. s účinností od 01. 01. 2001. Důvodem byla zejména soudní judikatura, kdy například Rozsudek NS ze dne 11. 04. 2002, sp. zn. 21 Cdo 1276/2001 (SJ 132/2002) uvádí doslova následující: „*Ujednání o tzv. konkurenční doložce je svojí povahou vzájemným závazkem, při němž si bývalí účastníci pracovního poměru poskytují hospodářský prospěch navzájem. Závazku zaměstnance využívat po skončení pracovního poměru své odborné kvalifikace jen v omezeném rozsahu musí odpovídat jiný závazek zaměstnavatele, který uvedené omezení kompenzuje. Platnost ujednání o tzv. konkurenční doložce sjednané před 01. lednem 2001 je třeba posuzovat podle příslušných ustanovení občanského zákoníku, respektive obchodního zákoníku.*“²⁹

V konkurenční doložce může být sjednána **smluvní pokuta**, § 310 odst. 3 ZP, nejde však o podstatnou neboli obligatorní náležitost konkurenční doložky, ale pouze o nepovinnou neboli tzv. fakultativní náležitost dohody. Smluvní pokutu je povinen zaplatit zaměstnanec, pokud poruší svůj závazek. Výše smluvní pokuty by v praxi měla být přiměřená povaze a významu informací, poznatků, znalostí pracovních a technologických postupů, které zaměstnanec získal v pracovním poměru u zaměstnavatele a jejichž využití při výdělečné činnosti bývalému zaměstnavateli závažně ztíží jeho činnost. Přiměřenost smluvní pokuty je v praxi potřeba vždy posuzovat individuálně podle povahy konkrétního případu.³⁰ Pokud zaměstnanec zaplatí sjednanou smluvní pokutu, jeho závazek vyplývající vůči zaměstnavateli z konkurenční doložky tím zaniká.

Vzor konkurenční doložky podle platné právní úpravy v České republice podle § 310 zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění

²⁸²⁸ JUDr. Antonín Kottbauer v Kottbauer, A. a kol. Zákoník práce. Komentář s judikaturou podle stavu k 1. lednu 2012, včetně novely účinné k 1. dubnu 2012, Praha: LEGES, s. r. o. 2012, s. , ISBN 978-80-87576-08-3, str. 894

²⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 11. 04. 2002, sp. zn. 21 Cdo 1276/2001 (SJ 132/2002)

³⁰ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2008 , str. 762

KONKURENČNÍ DOLOŽKA

(§ 310 zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění,
zejména po novele č. 365/2011 Sb. účinné od 01. 01. 2012)

ASCCO, s.r.o. se sídlem v Klatovech, Dobrovského 6, PSČ 339 01

Zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Klatovech v oddíle C
jako vložka 4257

Zastoupena jednatelem Ing. Jaroslavem Zavadilem

Dále jen **Zaměstnavatel**

a

Jiří Kolibřík, návrhář sklářských výrobků, bytem Švihov, Na Borku 14, PSČ 340 12

Dále jen **Zaměstnanec**

uzavírají tuto

konkurenční doložku:

Jiří Kolibřík pracuje u Zaměstnavatele ASCCO, s.r.o. jako navrhovatel
sklářských výrobků podle pracovní smlouvy uzavřené dne 10. června 2013. Tato
vykonávaná práce odpovídá **hlavnímu** předmětu činnosti Zaměstnavatele.

Zaměstnanec se zavazuje, že po dobu jednoho roku po skončení pracovního
poměru u tohoto Zaměstnavatele nebude vykonávat pro jiného výdělečnou činnost,
která by byla shodná s předmětem **hlavní** činnosti zaměstnavatele nebo která by měla
vůči němu soutěžní povahu.

Zaměstnavatel se zavazuje, že Zaměstnanci poskytne přiměřené peněžité
vyrovnání ve výši **jedné poloviny průměrného výdělku** za každý měsíc plnění
závazku. Vyrovnání bude splatné v pravidelném výplatním termínu Zaměstnavatele
měsíčně pozadu/**bude splatné najednou ve výplatním termínu v měsíci
následujícím po skončení pracovního poměru.**

Jestliže Zaměstnanec tento závazek poruší, je povinen zaplatit Zaměstnavateli,
u kterého v současné době pracuje, **smluvní pokutu** ve výši osminásobku
průměrného výdělku, kterého naposledy dosahoval před skončením pracovního
poměru.

Zaměstnanec může dohodu vypovědět, jestliže mu Zaměstnavatel nevyplatil
peněžité vyrovnání nebo jeho část za příslušný měsíc do 15 dnů po uplynutí jeho
splatnosti. Dohoda zaniká prvním dnem kalendářního měsíce následujícího
po doručení výpovědi.

Zaměstnavatel může od této dohody odstoupit pouze po dobu trvání pracovního
poměru zaměstnance. **Možnými důvody pro odstoupení od konkurenční doložky
může být rovněž stav, který podstatně změnil situaci, v které se bývalý
zaměstnanec nachází, a v takovém případě může od této konkurenční doložky
odstoupit Zaměstnavatel i Zaměstnanec i po skončení pracovního poměru.**

**Zaměstnavatel je oprávněn požadovat náhradu škody v případě, že mu
vznikne porušením závazku Zaměstnance zdržet se konkurenčního jednání.**

Tato dohoda byla sepsána ve dvou vyhotoveních, z nichž jedno převzal
Zaměstnavatel a druhé Zaměstnanec.

Smluvní strany prohlašují, že obsahu této dohody rozumí, souhlasí s ním a že tato
dohoda byla uzavřena na základě jejich svobodné a vážné vůle a nikoli v tísní a za
nápadně nevýhodných podmínek.

V Klatovech dne 21. července 2013

Jiří Kolibřík

ASCCO, s.r.o.

Zákoník práce dále upravuje **podmínky pro odstoupení zaměstnavatele od dohody o konkurenčním ujednání a podmínky pro výpověď zaměstnance**. Zaměstnavatel může prakticky od dohody o konkurenční doložce odstoupit pouze po dobu trvání pracovního poměru.

Odstoupením od konkurenční doložky se zabýval Nejvyšší soud České republiky, kdy uvedl: „*Od konkurenční doložky mohou odstoupit zaměstnavatel i zaměstnanec, a to z důvodu, který stanoví zákon, nebo který byl účastníky dohodnut.*“³¹ Lze proto doporučit zabývat se v praxi rovněž možnými důvody pro odstoupení od konkurenční doložky přímo v konkrétním dokumentu konkurenční doložky mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem sjednávané.

Zaměstnanec může dohodu vypovědět, jestliže mu zaměstnavatel nevyplatil peněžité vyrovnání nebo jeho část za příslušný měsíc do 15 dnů po uplynutí jeho splatnosti. Peněžité vyrovnání je splatné obdobně jako mzda pozadu za měsíční období.³² Podle mého názoru a názoru publikovaného rovněž v komentáři JUDr. Antonína Kottnauera není vyloučeno, aby na základě ujednání ve smlouvě bylo celé peněžité vyrovnání vyplaceno najednou.³³

VII. Konkurenční doložka podle obchodního zákoníku a zákona o obchodních korporacích a trestní sankce

§ 17 obchodního zákoníku, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění/ObchZ, upravuje jako **součást předmětu práv náležejících podniku** mimo jiné rovněž **obchodní tajemství**, které tvoří veškeré skutečnosti obchodní, výrobní či technické povahy související s podnikem. Český obchodní zákoník nerozlišuje mezi obchodním, výrobním a technickým tajemstvím, všechny je zahrnuje pod tajemství obchodní.³⁴ Z hlediska praktického jde o materiální či nemateriální hodnotu a v obchodních kruzích nejsou běžně dostupné a proto mají být podle vůle podnikatele utajeny a podnikatel jejich utajení zajišťuje odpovídajícím způsobem.

Porušováním obchodního tajemství je podle § 51 ObchZ jednání, jímž jednatel jině osobě neoprávněně sdělí, zpřístupní, pro sebe nebo pro jiného využije obchodní tajemství (§ 17 ObchZ), které může být využito v soutěži a o němž se dověděl:

a) tím, že mu tajemství bylo svěřeno nebo jinak se stalo přístupným (např. z technických předloh, návodů, výkresů, modelů, vzorů) na základě jeho pracovního vztahu k soutěžiteli nebo na základě jiného vztahu k němu, popřípadě v rámci výkonu funkce, k níž byl soudem nebo jiným orgánem povolán,

³¹ JUDr. Antonín Kottnauer v Kottnauer, A. a kol. Zákoník práce. Komentář s judikaturou podle stavu k 1. lednu 2012, včetně novely účinné k 1. dubnu 2012, Praha: LEGES, s. r. o. 2012, s. , ISBN 978-80-87576-08-3, str. 895, Nejvyšší soud České republiky sp. zn.: 21 Cdo 4986/2010

³² JUDr. Jaroslav Jakubka v Jakubka, J. a kol. Zákoník práce prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem k 1.1.2010, Olomouc: ANAG 2010, s. 1150, ISBN 978-80-7263-573-3, str. 416

³³ JUDr. Antonín Kottnauer v Kottnauer, A. a kol. Zákoník práce. Komentář s judikaturou podle stavu k 1. lednu 2012, včetně novely účinné k 1. dubnu 2012, Praha: LEGES, s. r. o. 2012, s. , ISBN 978-80-87576-08-3, str. 894

³⁴ Doc. JUDr. M. Bartošíková, JUDr. I. Štenglová v Štenglová, I. a kol. Obchodní zákoník komentář, Praha: C. H. Beck 2009, s. 1375, ISBN 978-80-7400-055-3, str. 53

b) vlastním nebo cizím jednáním přičícím se zákonu.

Pokud jde **v praxi o věcnou náplň obchodního tajemství**, pak je potřeba do něj zahrnout všechny údaje, z nichž lze vyčíst znalosti o chodu podniku, znalosti o finanční situaci, adresáře zákazníků, marketingové záměry. Jde prakticky o všechny skutečnosti, které nejsou běžně přístupné a jejichž znalost je s to ovlivnit rozhodování v obchodním styku. K tomu lze zmínit rovněž rozsudek Nejvyššího soudu ČR Sou R NS 11/2002 s. 30 podle kterého, nesnižuje míru intenzity porušení pracovní kázně zaměstnance, jíž se dopustil porušením obchodního tajemství, bez dalšího okolnost, že informace zjištěné z příslušných podkladů jsou obecného charakteru a nejsou vázány na konkrétní osoby.³⁵

K tomu lze uvést například rovněž souvislosti s **§ 255 trestního zákoníku**, z. č. 40/2009 Sb., v platném znění/TZ.³⁶

Podle § 255 TZ je za **trestný čin** považováno **zneužití informace a postavení v obchodním styku**. Takového trestného jednání se dopustí ten, kdo **v úmyslu opatřit sobě nebo jinému výhodu nebo prospěch neoprávněně užije informace dosud nikoli veřejně přístupné**, kterou získal při výkonu svého zaměstnání, povolání, postavení nebo své funkce a jejíž zveřejnění podstatně ovlivňuje rozhodování v obchodním styku. Dále pokud uskuteční nebo dá podnět k uskutečnění smlouvy nebo operace na regulovaném trhu s investičními nástroji nebo na organizovaném trhu se zbožím. Sazba trestu odnětí svobody za takové jednání může být uložena v rozmezí až na 3 léta nebo zákazem činnosti. Stejně tak může být potrestán podnikatel, společník, člen orgánu, zaměstnanec nebo účastník na podnikání dvou či více podnikatelů se stejným nebo podobným předmětem činnosti a v úmyslu opatřit sobě nebo jinému výhodu nebo prospěch uzavře nebo dá popud k uzavření smlouvy na úkor jednoho nebo více podnikatelů nebo jejich podniků. Odnětím svobody na 2 léta až 8 let může být potrestán ten, kdo takovým činem získá pro sebe nebo jiného značný prospěch. Získá-li prospěch velkého rozsahu, trest odnětí svobody může být uložen v rozmezí 5 až 10 let.

V novém občanském zákoníku je obchodní tajemství upraveno na více místech v souvislostech více částí nového soukromoprávního kodexu a to konkrétně v **§ 504 nového občanského zákoníku, z. č. 89/2012 Sb./OZ**, s největší pravděpodobností nabude účinnosti od 01. 01. 2014. **Obchodní tajemství** tak podle právní úpravy nového občanského zákoníku tvoří konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí se **závodem** a jejichž vlastník zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení.

Podle § 501 OZ se za **hromadnou věc** považuje soubor jednotlivých věcí, které náležejí téže osobě a jsou tak považovány za jeden předmět a jako takový nesoucí společné označení, se pokládá za celek a tvoří tak věc hromadnou. **Obchodní závod** je podle § 502 OZ organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Má se za to, že závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu. Obchodní závod je tedy předmětem majetkových práv a jako takový je jako hromadná věc patřící do vlastnictví konkrétní

³⁵ Doc. JUDr. M. Bartošíková, JUDr. I. Štenglová v Štenglová, I. a kol. Obchodní zákoník komentář, Praha: C. H. Beck 2009, s. 1375, ISBN 978-80-7400-055-3, str. 54

³⁶ JUDr. J. Munková v , Štenglová, I. a kol. Obchodní zákoník komentář, Praha: C. H. Beck 2009, s. 1375, ISBN 978-80-7400-055-3, str. 193

osoby i chráněn. Obdobně platí i pro **pobočku**, kdy podle § 503 odst. 1 OZ je to taková část závodu, která vykazuje hospodářskou a funkční samostatnost a o které podnikatel rozhodl, že bude pobočkou. Je-li pobočka zapsána do obchodního rejstříku, jedná se podle § 503 odst. 2 OZ o **odštěpný závod**.

Podle nového občanského zákoníku je **podnikatelem** podle § 420 odst. 1 OZ ten, **kdo samostatně na vlastní účet a odpovědnost vykonává výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem za záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku**. Za podnikatele se považuje osoba zapsaná v obchodním rejstříku podle § 421 odst. 1 OZ a má se za to, že podnikatelem je podle § 421 odst. 2 OZ osoba, která má k podnikání živnostenské nebo jiné oprávnění podle jiného zákona.

Nekalosoutěžní jednání je upraveno v novém občanském zákoníku v části věnované závazkům z deliktů a to konkrétně v §§ 2976 – 2990 OZ. Podle § 2985 OZ je porušením obchodního tajemství jednání, jímž jednající jiné osobě neoprávněně sdělí, zpřístupní, pro sebe nebo pro jiného využije obchodní tajemství, které může být využito v soutěži a o němž se dověděl:

- a) tím, že mu tajemství bylo svěřeno nebo jinak se stalo přístupným na základě jeho pracovního poměru k soutěžiteli nebo na základě jiného vztahu k němu, popřípadě v rámci výkonu funkce, k níž byl soudem nebo jiným orgánem povolán, nebo
- b) vlastním nebo cizím jednáním přičícím se zákonu.

Nový **zákon o obchodních korporacích, z. č. 90/2012 Sb./KorpZ** se otázkám obchodního tajemství nijak nevyjadřuje, upravuje podmínky vzniku obchodních společností a družstev a odkazuje subsidiárně na použití občanského zákoníku.

VIII. Konkurenční doložka podle občanského zákoníku a nového občanského zákoníku

Pokud zaměstnanec zaplatí v konkurenční doložce sjednanou **smluvní pokutu**, jeho závazek vyplývající vůči zaměstnavateli zdržet se výkonu konkurenční výdělečné činnosti z konkurenční doložky tím zaniká. V tom se odchyluje ujednání o smluvní pokutě podle zákoníku práce, § 310 odst. 3 ZP, od § 545 odst. 1 občanského zákoníku, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění/ObčZ. Podle občanského zákoníku platí, že nevyplývá-li z ujednání o smluvní pokutě něco jiného, je dlužník zavázán i nadále plnit povinnosti, jejichž splnění bylo zajištěno smluvní pokutou a to i po jejím zaplacení.

Zákoník práce je tedy z tohoto úhlu pohledu právní normou speciální a kogentní, kdy podle § 310 odst. 3 ZP ujednání o smluvní pokutě má přednost před použitím normy obecné § 345 odst. 1 ObčZ.

Zákoník práce dále v § 327 výslovně odkazoval na § 545 ObčZ. Podle § 545 odst. 2 ObčZ vyplývá, že zaměstnavatel není oprávněn požadovat náhradu škody způsobené porušením konkurenční doložky, jestliže z ujednání účastníků o smluvní pokutě nevyplývá něco jiného. K tomu též viz výše vzor konkurenční doložky podle zákoníku práce. Zaměstnavatel by byl tak v praxi oprávněn domáhat se náhrady škody přesahující smluvně sjednanou výši smluvní pokuty, pouze pokud by to bylo mezi účastníky dohodnuto přímo v konkurenční doložce.

Jiná situace by však nastal jak uvádí též JUDr. M. Bělina, CSc., kdyby se zaměstnanec společně s porušením konkurenční doložky dopustil ještě navíc **nekalosoutěžního jednání** podle obchodního zákoníku, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění/ObchZ. Pak by mohl bývalý zaměstnavatel uplatnit vůči bývalému zaměstnanci nároky vyplývající z obchodního zákoníku. Podle § 53 ObchZ osoby, jejichž práva byla **nekalou soutěží** porušena nebo ohrožena, jsou oprávněny se proti rušiteli domáhat, aby se takového jednání zdržel a odstranil závadný stav. Dále mohou požadovat přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích, náhradu škody a vydání bezdůvodného obohacení.³⁷

Vazby mezi zákoníkem práce, obchodním zákoníkem a občanským zákoníkem a novým občanským zákoníkem, zákonem o obchodních korporacích, živnostenským zákonem a trestním zákoníkem.

³⁷ Prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2008 , str.

ZP, z. č. 262/2006 Sb.	Zákon o živnostenském podnikání, z. č. 455/1991 Sb./ŽZ	ObčZ, z. č. 40/1964 Sb.	ObchZ, z. č. 513/1991 Sb.	OZ, z. č. 89/2012 Sb., účinný od 01. 01. 2014	KorpZ, z. č. 90/2012 Sb., účinný od 01. 01. 2014	Trestní zákon, z. č. 140/1961 Sb.	Trestní zákoník, z. č. 40/2009 Sb., účinný od 01.01. 2010
§ 2 ZP závislá práce fyzické osoby	§ 2 ŽZ živnost	§631 ObčZ dílo, ochrana spotřebitele - občanská sdružení - družstva	§ 2 ObchZ podnikání obchodní společnosti - s.r.o - v.o.s. - k.s. - a.s.	§420 odst.1 OZ podnikatel -spolky	Obchodní korporace a družstva - s.r.o - v.o.s. - k.s. - a.s.	Trestní odpovědnost fyzických osob	Trestní odpovědnost fyzických a právnických osob
§ 310 odst. 1 ZP Činnost shodná s předmětem činnosti zaměstnavatele nebo která má vůči němu soutěžní povahu	§ 9 ŽZ rozdělené živnosti na: a) ohlašovací b) koncesované	Otázky obchodního tajemství neupravuje.	§ 17 ObchZ Obchodní tajemství	§ 2985 OZ Obchodní tajemství	Subsidiární nebo delegační použití občanského zákoníku PŘ. delegace na ustanovení o spolcích (dnes občanská sdružení)	§ 128 starého TZ Zneužívání informací v obchodním styku	§ 255 trestního zákoníku Zneužití informace a postavení v obchodním styku
			§ 51 ObchZ Porušení obchodního tajemství	§ 2985 OZ Porušení obchodního tajemství			
			Nekalá soutěž	Nekalosoutěžní jednání			
§ 310 odst. 3 ZP smluvní pokuta		§545 ObčZ smluvní pokuta	§300-302 ObchZ	§ 2048 OZ smluvní pokuta (utvrzení dluhu)			
§ 327 ZP		§551 ObčZ dohoda o sračkách ze mzdy a jiných příjmů		§2045-2047 OZ dohoda o sračkách ze mzdy nebo jiných příjmů			

IX. Konkurenční doložka podle slovenského zákoníku práce v porovnání s českým zákoníkem práce

Podle § 83 zákona č. 311/2000 Z. z., zákoník práce, v platném znění, dále jen slovenský zákoník práce, je omezen výkon jiné výdělečné činnosti po dobu trvání pracovního poměru obdobně jako je tomu v ustanovení § 304 českého zákoníku práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění/ZP. Zaměstnanec je podle § 83 odst. 1 slovenského zákoníku práce povinen **bez zbytečného odkladu oznámit zaměstnavateli, že chce vedle pracovního poměru u zaměstnavatele vykonávat jinou výdělečnou činnost, která by mohla mít k předmětu činnosti zaměstnavatele konkurenční charakter.** Zaměstnavatel má podle § 83 odst. 2 slovenského zákoníku **právo od zaměstnance požadovat, aby se takové činnosti zdržel**; přičemž toto **právo musí zaměstnavatel písemně uplatnit ve lhůtě 10 pracovních dní od oznámení zaměstnance.** V české právní úpravě žádná lhůta k uplatnění práva zaměstnavatele stanovena není a výkon konkurenční činnosti zaměstnance je podmíněn písemným souhlasem zaměstnavatele, který může zaměstnavatel kdykoli odvolat. V odvolání musí sice zaměstnavatel uvést důvody změny svého rozhodnutí, ale stejně to může podle mého názoru v praxi vnést určitou míru nejistoty do aktivit zaměstnance, kterému to zaměstnavatel nejprve povolil a následně zakázal. Na Slovensku tak podle mého názoru právní úprava garantuje vyšší míru právní jistoty pro zaměstnance, kterému to zaměstnavatel dovolí, neboť právo požadovat zdržení se takového výkonu výdělečné činnosti zaměstnancem, musí na Slovensku zaměstnavatel uplatnit do 10 dní od oznámení zaměstnance, že takovou činnost hodlá vykonávat.

Podle § 83a slovenského zákoníku práce je možné **omezit výdělečnou činnost po skončení pracovního poměru zaměstnance**, tj. tedy upravit tzv. konkurenční doložku jako je tomu v § 310 českého zákoníku práce. Konkurenční ujednání o zákazu výkonu konkurenční výdělečné činnosti může být stejně jako v české právní úpravě obsaženo v pracovní smlouvě maximálně na dobu 1 roku po skončení pracovního poměru. Stejně jako v české právní úpravě je v § 83a odst. 2 slovenského zákoníku práce stanoveno, že uzavřít dohodu o omezení výdělečné činnosti po skončení pracovního poměru může být **pouze za předpokladu, že zaměstnanec v průběhu trvání pracovního poměru má možnost získat informace nebo znalosti, které nejsou běžně dostupné a jejichž využití by mohlo přivodit zaměstnavateli podstatnou újmu.** Česká právní úprava pojednává o možnosti spravedlivě po zaměstnanci zákaz výdělečné činnosti požadovat, § 310 odst. 2 českého zákoníku práce. Pokud by omezení bylo větší, než to vyžaduje potřebná míra ochrany zaměstnavatele, může soud podle § 83a odst. 3 slovenského zákoníku práce závazek zaměstnance omezit nebo zrušit. V české právní úpravě výslovně oprávnění soudu omezit nebo zrušit smluvní závazek zakotveno není.

Stejně jako v novelizovaném znění české právní úpravy upravuje § 83a odst. 4 slovenského zákoníku práce **právo zaměstnance na průměrnou peněžní náhradu ve výši nejméně 50% průměrného měsíčního výdělku zaměstnance za každý měsíc plnění závazku**; přičemž splatnost je v pravidelném výplatním termínu za předchozí měsíční období, nedohodnou-li se smluvní strany jinak. Slovenský zákoník tedy výslovně připouští odlišné smluvní ujednání splatnosti. Z české právní úpravy to tak jasně nevyplývá, i když v souladu s odbornými názory, jak je uvedeno

výše, lze i v českém právním prostředí dojít k závěru, že lze například vyplatit jednorázově přiměřené vyrovnání v měsíci následujícím po skončení pracovního poměru. Zaměstnanec a zaměstnavatel může sjednat přiměřenou peněžní náhradu, kterou je zaměstnanec povinen zaplatit, pokud poruší závazek ze smluvního konkurenčního ujednání, § 83a odst. 5 slovenského zákoníku práce; přičemž výše této smluvní sankce nesmí přesáhnout celkovou sumu peněžní náhrady zaměstnavatele. V české právní úpravě žádná limitace **smluvní pokuty** upravena není.

Stejně jako v české právní úpravě v § 310 odst. 4 českého zákoníku práce je v § 83a odst. 6 slovenského zákoníku práce upraveno, že **zaměstnavatel může od konkurenční doložky odstoupit pouze po dobu trvání pracovního poměru. Zaměstnanec může dohodu podle § 83a odst. 7 slovenského zákoníku práce vypovědět, pokud mu zaměstnavatel nevyplatil peněžní náhradu do 15 dní od uplynutí její splatnosti**; v tom je zcela právní úprava totožná s ustanovením § 310 odst. 5 českého zákoníku práce.

Závazky zaměstnance zdržet se výkonu výdělečné činnosti po dobu 1 roku po skončení pracovního poměru, závazek zaměstnavatele k náhradě přiměřeného peněžního vyrovnání ve výši 50% průměrného měsíčního výdělku a smluvní sankce maximálně ve výši celkového závazku zaměstnavatele k peněžní kompenzaci zákazu výdělečné činnosti smí být podle § 83a odst. 8 slovenského zákoníku práce ujednány **pouze v písemné pracovní smlouvě**, jinak by šlo o ujednání neplatná. V kolektivní smlouvě je podle § 83a odst. 9 slovenského zákoníku práce možné vymezit okruh zaměstnanců, s kterými je možné dohodnout omezení výdělečné činnosti po skončení pracovního poměru, dobu trvání omezení výdělečné činnosti po skončení pracovního poměru, minimální míru přiměřené peněžní náhrady a maximální výši smluvní sankce. Podle mého názoru je tak možné v kolektivní smlouvě sjednat i delší dobu omezení výdělečné činnosti bývalého zaměstnance než je 1 rok, pokud to bude obsahem ujednání v kolektivní smlouvě. I když na to by se zcela jistě našly odlišné právní názory. S ohledem na ochrannou funkci pracovního práva by to mělo být spíše období kratší.

V porovnání s českou právní úpravou lze dojít k závěru, že slovenská právní úprava je přísnější co do formy smluvního ujednání o konkurenční doložce, kterou smí obsahovat **pouze pracovní smlouva**, podle české právní úpravy to může být jakákoli smlouva. Česká právní úprava výslovně nezakotvuje **možnosti sjednání podmínek konkurenční doložky v kolektivní smlouvě**, avšak v praxi to podle mého názoru vyloučeno není a může to být upraveno zcela ve smyslu a v souladu s podmínkami, jak to výslovně zakotvuje slovenská právní úprava.

X. Závěr

A co říci závěrem? Pokusme se zhodnotit současnou a novou právní úpravu konkurenční doložky zakotvené v zákoníku práce a občanském zákoníku jakožto základních kodexech soukromého práva, které i nadále zůstanou stěžejní právní úpravou pro vztahy pracovněprávní.

Zákoník práce upřednostňuje smluvní volnost, konkurenční doložka může mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem být uzavřena za trvání pracovního poměru pro dobu po skončení pracovního poměru. Jde o dispozitivní právní úpravu, která

však pokud se pro ni smluvní strany rozhodnou, podléhá kogentní právní úpravě co do požadavků na její obsah. Musí být uzavřena písemně a obsahovat zakotvení vzájemných práv a povinností na principu tzv. synallagmatičnosti. Zejména je nutné zdůraznit to, že ji lze uzavřít maximálně na dobu 1 roku po skončení pracovního poměru, za dodržení závazku přísluší bývalému zaměstnanci přiměřená kompenzace ve výši nejméně jedné poloviny průměrného výdělku a smluvně lze sjednat smluvní pokutu a možnost bývalého zaměstnavatele nárokovat vedle smluvní pokuty rovněž náhradu škody, nedodrží-li bývalý zaměstnanec svůj závazek z konkurenční doložky vyplývající. Závazky plynoucí z konkurenční doložky mohou být v praxi velmi úzce spjaty se vztahy obchodněprávními, pokud právní jednání bývalého zaměstnance má povahu nekalosoutěžní. Pak se daný právní vztah bude řídit právem obchodním, které je v současné době upraveno v samostatném obchodním zákoníku a s účinností od roku 2014 bude upraveno převážně v novém občanském zákoníku v souvislostech s novým zákonem o obchodních korporacích. Lze nám snad jen všem popřát, aby se nová právní úprava stala velmi záhy právní úpravou praxí zažitou, aby podstata práva soukromého byla zachována a aby nedocházelo k příliš častému stavu právní nejistoty, pokud se objeví problémy s výkladem právní úpravy nové.

Slovy JUDr. Jaroslava Jakubky, kterého jsem si nesmírně vážila a kterému bych tímto ráda poděkovala za vše, co jsem měla tu čest se od něj naučit a dovědět o historii vývoje našeho zákoníku práce, mi dovoluje zcela zakončit svůj příspěvek: *„Předmětem a obsahem závazku, jímž smluvní konkurenční doložka je, je ochrana předmětu činnosti zaměstnavatele (know-how) pro dobu po skončení pracovního vztahu zaměstnance.“*³⁸

Použitá literatura a prameny práva

Prameny práva české

Listina základních práv a svobod, usn. č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, v platném znění/LZPS

Císařský patent č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský, vyhlášený dne 1. června 1811, v účinnosti do 31. 12. 1965

Zákoník práce, z. č. 65/1965 Sb., v platném znění účinný od 01. 01. 1966 do 31.12.2006, zejména ve znění novely č. 155/2000 Sb. účinné od 01. 01. 2001/starý ZP

Zákoník práce, z. č. 262/2006 Sb., v platném znění účinný od 01. 01. 2007, zejména ve znění novely č. 365/2011 Sb. účinné od 01. 01. 2012/ZP

Občanský zákoník, z. č. 40/1964 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2013/stávající ObčZ

Zákon o živnostenském podnikání, z. č. 455/1991 Sb., v platném znění/živnostenský zákon/ŽZ

Občanský zákoník, z. č. 89/2012 Sb., nabývá účinnosti k 01. 01. 2014/nový OZ

³⁸ JUDr. Jaroslav Jakubka v Jakubka, J. a kol. Zákoník práce prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem k 1.1.2010, Olomouc: ANAG 2010, s. 1150, ISBN 978-80-7263-573-3, str. 416

Obchodní zákoník, z. č. 513/1991 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2013/ObchZ

Zákon o obchodních společnostech a družstvech, z. č. 90/2012 Sb. (zákon obchodních korporací), nabývá účinnosti k 01. 01. 2014/KorpZ

Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním, z. č. 97/1963 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2013/ZMPSP

Zákon o mezinárodním právu soukromém, z. č. 91/2012 Sb., nabývá účinnosti k 01. 01. 2014/ZMPS

Trestní zákon, z. č. 140/1961 Sb., v platném znění účinný do 31. 12. 2009/starý trestní zákon/starý TZ

Trestní zákoník, z. č. 40/2009 Sb., účinný od 01. 01. 2010 v platném znění/trestní zákoník/TZ

Občanský soudní řád, z. č. 99/1963 Sb., v platném znění/OSŘ

Zákon o zaměstnanosti, z. č. 435/2004 Sb., v platném znění/ZZ

Zákon o inspekci práce, z. č. 251/2005 Sb., v platném znění/ZIP

Antidiskriminační zákon, z. č. 198/2009 Sb., v platném znění/ADZ

Soudní judikatura

Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 12. 03. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06 publikovaný pod č. 116/2008 Sb.

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 11. 04. 2002, sp. zn. 21 Cdo 1276/2001 (SJ 132/2002)

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn.: 21 Cdo 5008/2009

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn.: 21 Cdo 4986/2010

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky Sou R NS 11/2002

Použitá literatura česká

ANAG, spol. s r. o. Občanský zákoník, zákon o obchodních korporacích a družstvech, zákon o mezinárodním právu soukromém, úplná znění, Edice právo, Olomouc 2013, s. 809, ISBN 978-80-7263-814-7

Bělina, M. a kol. Pracovní právo, Praha: C. H. Beck 2012, s. 599, ISBN 978-80-7400-405-6

Bělina, M. a kol. Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2008, s. 1063, ISBN 978-80-7179-607-7

Bělina, M: Postavení českého pracovního práva v rámci systému evropského a českého práva: České pracovní právo v kontextu evropského práva. Praha: Karolinum 2008, s. 126

Eliáš, K., Zuklínová, M. Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde 2001, 302 s.

Eliáš, K. a kol. Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem, Ostrava: Sagit, a. s. 2012, s. 1119, ISBN 978-80-7208-922-2

Galvas, M. a kol. Pracovní právo, Brno: MUNI PRESS 2012, s. 752, ISBN 978-80-210-5852-1

Hůrka, P. a kol. Zákoník práce a související ustanovení občanského zákoníku, Olomouc: ANAG 2008, ISBN 978-80-7263-481-1

Jakubka, J. a kol. Zákoník práce prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem k 1.1.2010, Olomouc: ANAG 2010, s. 1150, ISBN 978-80-7263-573-3
Kottbauer, A. a kol. Zákoník práce. Komentář s judikaturou podle stavu k 1. lednu 2012, včetně novely účinné k 1. dubnu 2012, Praha: LEGES, s. r. o. 2012, s. 1087, ISBN 978-80-87576-08-3

Součková, M. a kol. Zákoník práce komentář, Praha: C. H. Beck 2004, s. 964, ISBN 80-7179-868-1

Svejkovský, J. a kol. Nový občanský zákoník. Srovnání nové a současné úpravy občanského práva, Praha: C. H. Beck 2012, s. 792, ISBN 978-80-7400-423-0

Štenglová, I. a kol. Obchodní zákoník komentář, Praha: C. H. Beck 2009, s. 1375, ISBN 978-80-7400-055-3

Zahraniční zdroje

Občanský zákoník německý/Bürgerliches Gesetzbuch/ABG, Mnichov: Deutsches Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG/dtv 2010, s. 778, Internet: dtv.de, beck.de, ISBN 978-3-423-05001-2 (dtv), ISBN 978-3-406-60252-8 (C. H. Beck) 2010

Pracovněprávní předpisy německé/Arbeitsgesetze/ArbG, Mnichov: Beck-Texte im dtv 2012, s. 889, Internet: dtv.de, beck.de, ISBN 978-3-423-05006-7 (dtv), ISBN 978-3-406-63543-4 (C. H. Beck)

Občanský zákoník slovenský/ Občiansky zákonník, z. č. 40/1964 Zb., v znení neskorších predpisov

Zákoník práce slovenský/Zákonník práce, z. č. 311/2011 Z. z. platný od 1. apríla 2002, v znení neskorších predpisov

Občanský soudní řád slovenský/Občianský súdny poriadok, z. č. 99/1963 Zb., v znení neskorších predpisov

Zákon o zaměstnanosti slovenský/Zákon o službách zamestnanosti, z. č. 5/2004 Z. z., v znení neskorších predpisov

Zákon o inspekci práce slovenský/Zákon o inšpekcii práce, z. č. 125/2006 Z. z., v znení neskorších predpisov

Zákon o výkonu práce ve veřejném zájmu slovenský/Zákon o výkone práce ve veřejném zájmu, z. č. 552/2003 Z. z., v znení neskorších predpisov

Ivaniga, P. (šéfredaktor), Poradca 2012, 1 Zákonník práce s komentářem k 01. 09. 2011, Žilina, Slovenská republika, ISSN 1335-1583 (tisková verze), ISSN 1338-0850 (online verze)

Kontakt

ilda@seznam.cz

К.И. Коробко

Кандидат юридических наук, заведующая кафедрой гражданского права Института истории и права ФГБОУ ВПО «Сыктывкарский государственный университет», Россия

СТРАХОВАНИЕ НА СЛУЧАЙ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА ЖИЗНИ И (ИЛИ) ЗДОРОВЬЮ ПАЦИЕНТА ПРИ ОКАЗАНИИ МЕДИЦИНСКОЙ ПОМОЩИ: ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

Abstract

Настоящая статья посвящена одному из наиболее обсуждаемых видов страхования в Российской Федерации - страхованию на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи. Законодательное закрепление обязательности страхования данного вида ответственности направлено на установление дополнительных гарантий для пациентов, как наиболее незащищенной категории правоотношений в сфере здравоохранения, при оказании им медицинской помощи. Актуальность проведенного исследования обусловлена сравнительно недавним внедрением данного института в законодательство Российской Федерации и необходимостью его детального изучения.

Каждый человек в течение своей жизни неоднократно прибегает к медицинской помощи, и от правильности действий медицинских работников зависит состояние его здоровья. Специфика осуществления медицинских манипуляций, вмешательств, лечения заключается в том, что существует высокий риск причинения вреда или ущерба здоровью пациента.

21.11.2001г. был принят Федеральный закон Российской Федерации от 21.11.2011 № 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации", в соответствии с п.2. ст. 98 которого медицинские организации, медицинские работники и фармацевтические работники несут ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации за нарушение прав в

сфере охраны здоровья, причинение вреда жизни и (или) здоровью при оказании гражданам медицинской помощи¹.

Одним из способов компенсации негативных последствий, наступающих в результате причинения вреда жизни и(или) здоровью граждан при оказании медицинской помощи является институт страхования риска ответственности, на необходимость осуществления которого указывается в ст. 79 Федерального закона Российской Федерации от 21.11.2011г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». Так, в соответствии с пп.10 п.1 ст. 79 Федерального закона Российской Федерации от 21.11.2011 № 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" медицинская организация обязана осуществлять страхование на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи в соответствии с федеральным законом.

Именно на медицинские организации законодательством возложена обязанность осуществлять данный вид страхования. С данной обязанностью медицинских организаций непосредственно связано право самих медицинских работников на страхование риска своей профессиональной ответственности, закрепленное в пп.7 п.1 ст. 72 Федерального закона Российской Федерации от 21.11.2011 № 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации". Таким образом, страхование риска профессиональной ответственности медицинских работников отнесено к их правам, а не к обязанностям.

Страхование на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи, а также риска профессиональной ответственности медицинских работников, с одной стороны, дает пациентам реальную возможность защиты интересов в случае ненадлежащего оказания медицинской помощи независимо от добросовестности и финансового состояния организации либо врача, оказывающего медицинские услуги, а также гарантию возмещения причиненного вреда жизни и (или) здоровью. С другой стороны, субъекты медицинской деятельности освобождаются от участия в судебных и иных разбирательствах в связи с возникновением профессиональных ошибок, что позволяет им снизить затраты, связанные с ведением дела и исполнением решения суда. Кроме того, такой вид страхования способствует снижению уровня конфликтности между врачом и пациентом в случае оказания медицинской помощи ненадлежащего качества, что способствует сохранению деловой репутации медицинской организации и врача.

Предупредительная функция института страхования на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи, а также риска профессиональной ответственности, выражающаяся в контроле качества оказанных медицинских услуг, экспертизе и анализе причин выявленных дефектов, направленности на повышение квалификации медицинских работников, способствует общему улучшению здоровья населения и росту средней

¹ Федеральный закон Российской Федерации от 21.11.2001г. № 30 «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2011.№ 48. Ст. 6724.

продолжительности жизни. Также реализация такого вида страхования позволяет возместить возникший вред в досудебном порядке, что способствует уменьшению нагрузки на судебную систему.

В научных кругах сложилось неоднозначное мнение о способе закрепления механизма реализации обязательного страхования в рассматриваемой сфере.

Так, С.В.Егизарова полагает, что «для внедрения в практику российского здравоохранения обязательного страхования профессиональной ответственности медицинских работников нет необходимости срочно принимать дополнительные законодательные акты; существующей базы правовых документов вполне достаточно, чтобы признать данный вид страхования легитимным и уже сейчас осуществлять его практическое применение»².

Сергеев Ю.Д., напротив, подчеркивает остроту проблемы отсутствия ряда необходимых законов в сфере здравоохранения, в том числе о страховании профессиональной ответственности медицинских работников³.

Также в разделе 5 «Законодательное и нормативно-правовое обеспечение реализации Концепции» Проекта Концепции развития системы здравоохранения Российской Федерации до 2020 года указывалось, что в настоящее время наблюдается рост количества гражданских исков, связанных с качеством оказания медицинской помощи, в связи с чем в целях создания правовых и финансовых основ для регулирования вопросов, связанных с качеством оказания медицинской помощи, должны быть приняты Федеральные законы «О защите прав пациента» и «Об обязательном страховании профессиональной ответственности медицинских работников»⁴.

По мнению автора статьи, на сегодняшний день необходима разработка и принятие специального закона, точно и полно регламентирующего механизм страхования на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи.

14.04.2013г. на своем официальном сайте Министерством здравоохранения Российской Федерации был представлен проект Федерального закона Российской Федерации «Об обязательном страховании пациентов при оказании медицинской помощи», в преамбуле которого было указано, что в целях защиты прав пациентов от врачебной ошибки при оказании медицинской организацией медицинской помощи, данным федеральным законом определяются правовые, экономические и организационные основы обязательного страхования жизни и здоровья пациентов от врачебной ошибки при оказании медицинской помощи⁵.

²Егизарова С.В. Проблемные вопросы компенсации морального вреда в случаях ненадлежащей медицинской помощи // Медицинское право. - 2007. - № 1.

³Путило Н.В. Охрана здоровья граждан в контексте правовых проблем. Обзор научно-практической конференции. URL: http://www.juristlib.ru/book_3081.html.

⁴ Концепция развития системы здравоохранения Российской Федерации до 2020 года // URL: <http://www.zdravo> 2020.ru

⁵ Проект Федерального закона Российской Федерации «Об обязательном страховании пациентов при оказании медицинской помощи» // https://www.rosminzdrav.ru/open/discuss/combating_corruption/1

Таким образом, Министерством здравоохранения и социального развития РФ предложено осуществлять страхование жизни и здоровья пациентов от врачебной ошибки. Рассмотрим отдельные аспекты предложенного законопроекта.

В настоящее время в нормативных правовых актах отсутствует четкое определение понятия «медицинская ошибка». Отсутствие однозначного трактования понятия «медицинская ошибка», а также оснований наступления ответственности за ее совершение весьма затрудняет правоприменительную практику.

В юридической литературе неоднократно предпринимались попытки раскрыть сущность понятия «медицинская ошибка», отграничить данное понятие от несчастного случая, небрежности и халатности, причинения смерти и вреда по неосторожности и установить границы ответственности за ее совершение.

Одно из самых распространенных понятий дается И.В.Давыдовским, по мнению которого медицинская ошибка – это «добросовестное заблуждение врача, основанное на несовершенстве самой врачебной науки и ее методов, либо в результате атипичного течения заболевания или недостаточной подготовки врача, если при этом не обнаруживаются элементов халатности, невнимательности и медицинского невежества»⁶.

Р.Ригельман вывел следующее определение изучаемого понятия: медицинская ошибка – это «нежелательные результаты в лечении больного, связанные с неведением или недомыслием врача по причине нехватки информации о пациенте и его болезни»⁷.

Свою точку зрения В.Л.Попов и Н.П.Попова определили как «неправильные (ошибочные) действия или бездействия врача при выполнении им своих профессиональных обязанностей по диагностике, организации и проведении лечебно-профилактических мероприятий», юридическая оценка которых зависит от исхода ошибочных действий или бездействия врача⁸.

Тихомиров А.В. придерживается мнения, что ответственность за причинении вреда жизни и здоровью вследствие медицинской ошибки наступает вне зависимости от того, добросовестно или нет заблуждался медицинский работник⁹, что позволяет защитить права пациентов как менее защищенных участников взаимоотношений в сфере оказания медицинских услуг.

В проекте Федерального закона РФ «Об обязательном страховании пациентов при оказании медицинской помощи» предлагается следующее определения понятие: «врачебная ошибка – действие либо бездействие медицинской организации, а равно действие либо бездействие ее медицинского работника, повлекшее, независимо от вины медицинской организации и ее медицинского работника, причинение вреда жизни и здоровью пациента при оказании ему медицинской помощи».

⁶Александрова О.Ю., И.Ю.Григорьев, О.Н.Лебединец, Т.В.Тимошенкова. Юридическая квалификация врачебных ошибок и дефектов медицинской помощи // Здравоохранение. - №9. - 2006.

⁷См.: там же.

⁸Попов В.Л., Попова Н.П. Правовые основы медицинской деятельности. СПб. 1999.

⁹Тихомиров А.В. Медицинское право. М. 1997. М.: Издательство «Статут», 1998. С. 418.

Анализируя примененную терминологию в проекте рассматриваемого федерального закона, необходимо отметить, что понятия в нем используются не совсем корректно. Используя понятие «врачебная ошибка» разработчики проекта фактически отсекали средний и младший медицинский персонал, не относящийся к категории врачей. Однако, при оказании медицинской помощи средний и младший персонал непосредственно осуществляет определенные манипуляции, в результате проведения которых может быть причинен вред жизни и(или) здоровью пациента. Таким образом, считаем, что в рамках федерального закона целесообразно использовать термин «медицинская ошибка».

В соответствие с п.6 ст.1 предложенного законопроекта страховым случаем предложено считать причинение вреда жизни и здоровью застрахованного лица (застрахованных лиц) при оказании медицинской помощи, выразившееся в смерти пациента (пациентов) или ухудшении его (их) здоровья, повлекшем за собой установление инвалидности, вследствие врачебной ошибки при оказании медицинской помощи и при наличии причинно-следственной связи между наступившим событием и процессом оказания медицинской помощи либо бездействие медицинской организации или ее медицинского работника, влекущее за собой в соответствии с договором обязательного страхования обязанность страховщика осуществить страховую выплату.

Таким образом, указанным федеральным законом представлена весьма необычная конструкция страхования: страхуются не риски профессиональной ответственности, а пациенты медицинских организаций на случай причинения вреда их жизни и (или) здоровью.

Вместе с тем, законопроектом четко определены возможные страховые случаи и размеры страховых выплат соответственно: в случае смерти застрахованного лица - два миллиона рублей на каждого застрахованного лица; инвалидности I группы - один миллион пятьсот тысяч рублей на каждого застрахованного лица; установление инвалидности II группы, а равно установление категории «ребенок-инвалид» - один миллион рублей на каждого застрахованного лица; установление инвалидности III группы - пятьсот тысяч рублей на каждого застрахованного лица.

Таким образом, вне регулирования данного федерального закона остаются все случаи причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи, не повлекшие за собой смерть или инвалидность пациента.

Также под действие данного федерального закона не подпадают случаи возмещения морального вреда. Необходимо отметить, что одной из наиболее важных причин, заставляющих пациентов идти в суд, является не столько желание компенсировать стоимость лечения в случае восстановления после допущенной медицинской ошибки и компенсация утраченного заработка, сколько желание наказать врача и оградить от него других пациентов, в чем помогает механизм компенсации морального вреда. В настоящее время в Российской Федерации наметилась тенденция увеличения размера взыскиваемого морального вреда. По данным ФФОМС, в среднем по России компенсация морального вреда составляет 90 тыс. руб. В Воронеже сумма удовлетворенного иска за заражение

пациентки ВИЧ/СПИДом составила 3,5 млн руб. За последние три года известны около 10 исков, выплаты по которым составили от 750 тыс. до 2,5 млн руб¹⁰.

Таким образом, на медицинские организации, помимо предложенной проектом выплаты 2% от своего дохода на обязательное страхование на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи, ложатся расходы по возможному возмещению морального вреда и вреда жизни и здоровью пациента, не повлекшему за собой смерть и инвалидность застрахованного лица.

В статье 27 «Контроль за исполнением медицинскими организациями обязанности по страхованию» предложенного проекта федерального закона указывается, что контроль за исполнением медицинскими организациями установленной настоящим Федеральным законом обязанности по страхованию осуществляется уполномоченным федеральным органом исполнительной власти и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю и надзору в сфере страховой деятельности.

Вместе с тем в проекте федерального закона не указываются санкции и меры реагирования на осуществление медицинской деятельности без страхования. В соответствии с п.1 ст. 49 Гражданского кодекса РФ отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии). Медицинская деятельность относится к лицензируемым видам деятельности, механизм лицензирования регламентируется Постановлением Правительства РФ от 16.04.2012г. № 291 «О лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра "Сколково")". Страхование на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи в соответствии с указанным выше Постановлением Правительства РФ не является лицензионным требованием и, как следствие, не может быть основанием для отказа в предоставлении лицензии.

В связи с вышеизложенным, для реализации механизма страхования на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи, считаем необходимым закрепление в нормах действующего законодательства положения о том, что субъекты, осуществляющие медицинскую деятельность, обязаны до получения лицензии осуществить страхование на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи.

Подводя итог, можно отметить важность института страхования на случай причинения вреда жизни и (или) здоровью пациента при оказании медицинской помощи для всех систем здравоохранения Российской Федерации, а также охарактеризовать в целом положительно деятельность профильных министерств, направленную на регламентацию в рассматриваемой сфере.

¹⁰Страхование гражданской ответственности медицинской организации перед пациентами // <http://www.zdrav.ru/articles/practice/detail.php?ID=77364> (дата обращения 30.08.2013г.)

Contact
treshkina@mail.ru

Mgr. Lukáš Lapšanský, PhD.

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied

Kríza a agenda poskytovania štátnej pomoci bankám: od zásadného zákazu štátnej pomoci k pretváraniu štruktúry bankového trhu

Abstrakt

V čase celoeurópskej krízy sa stabilizácia finančného sektora stáva, vzhľadom na jeho systémovú dôležitosť, jednou z hlavných priorít, čo sa prejavuje aj tým, že pri posudzovaní prípadov štátnej pomoci bankám v ťažkostiach má požiadavka zabezpečenia stability bánk prednosť pred požiadavkou ochrany hospodárskej súťaže. Napriek tomu, hospodárska kríza môže pre Európsku komisiu predstavovať príležitosť na to, aby dosiahla – využívajúc svoju právomoc podmieniť súhlas s poskytnutím štátnej pomoci prijatím kompenzačných opatrení na zmiernenie negatívnych účinkov štátnej pomoci na hospodársku súťaž – významné zmeny v štruktúre mnohých bankových trhov smerom k zvýšeniu zdravej a zodpovednej konkurencie na týchto trhoch.

Abstract

At the time of a Europe-wide crisis, stabilization of the financial sector becomes, given its systemic importance, one of the main priorities, which is reflected by the fact that when assessing the cases of state aid to banks in difficulty, the requirement to ensure the stability of banks takes precedence over the requirement for the protection of competition. Nevertheless, the economic crisis may be an opportunity for the European Commission to achieve - using its competence to grant conditional approval of state aid by adopting compensatory measures to mitigate negative effects of state aid on competition - significant changes in the structure of many banking markets towards increasing healthy and responsible competition in these markets.

1. Úvod

Cieľom práva proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže je chrániť schopnosť hospodárskej súťaže byť nástrojom vyvíjania neustáleho tlaku na podnikateľov na to, aby poskytovali čoraz kvalitnejšie tovary a služby za čoraz nižšie ceny. Existuje ale mnoho situácií, keď sú podnikatelia vystavení pokušeniu nahradiť situáciu vzájomnej konkurencie iným systémom, v ktorom sú mechanizmy a/alebo účinky vzájomnej

konkurencie eliminované. Preto je súťažné právo postavené na zásadnom zákaze protisúťažných konaní, či už sú ich autormi podnikatelia (zákaz dohôd obmedzujúcich súťaž, zákaz zneužívania dominantného postavenia, zákaz koncentrácií vytvárajúcich alebo posilňujúcich dominantné postavenie) alebo orgán verejnej moci (poskytovanie štátnej pomoci vybraným podnikateľom, poskytovanie alebo výkon výhradných a špeciálnych práv, opatrenia štátnej regulácie trhu). Iba výnimočne, v určitých situáciách a v obmedzenom rozsahu, majú súťažné orgány možnosť zasiahnuť inak ako aplikovaním zákazu protisúťažných konaní účastníkov trhu alebo štátu. Jednou z týchto výnimočných situácií, keď súťažný orgán môže zasiahnuť aj inak ako aplikáciou zákazu, je aj situácia schválenia poskytnutia štátnej pomoci pod podmienkou splnenia určitých podmienok.

V zmysle článku 107 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie¹ (ďalej len „ZFEU“) je poskytnutie štátnej pomoci vybranému podnikateľovi v zásade zakázané. Dôvodom zásadného zákazu poskytovania štátnej pomoci vybranému podnikateľovi je skutočnosť, že takáto štátna pomoc vytvára situáciu nerovnosti medzi podnikateľom – príjemcom štátnej pomoci a jeho konkurentmi, ktorí sa podpore z verejných zdrojov netešia. K tomuto zásadnému zákazu existuje viacero výnimiek. Výnimky uvedené v článku 107 ods. 2 ZFEU² sú automatické.

Naopak, priznanie niektorej spomedzi výnimiek uvedených v článku 107 ods. 3 ZFEU³, ktoré sú fakultatívneho charakteru, je výsledkom úvahy Európskej komisie (ďalej len „Komisia“), ktorej výkon zahŕňa hodnotenia hospodárskej a sociálnej

¹ „Ak nie je zmluvami ustanovené inak, pomoc poskytovaná v akejkoľvek forme členským štátom alebo zo štátnych prostriedkov, ktorá narúša hospodársku súťaž alebo hrozí narušením hospodárskej súťaže tým, že zvýhodňuje určitých podnikateľov alebo výrobu určitých druhov tovaru, je nezlučiteľná s vnútorným trhom, pokiaľ ovplyvňuje obchod medzi členskými štátmi.“

² „S vnútorným trhom je zlučiteľná:

- a) pomoc sociálnej povahy poskytovaná jednotlivým spotrebiteľom za predpokladu, že sa poskytuje bez diskriminácie vo vzťahu k pôvodu výrobkov;
- b) pomoc určená na náhradu škody spôsobenej prírodnými katastrofami alebo mimoriadnymi udalosťami;
- c) pomoc poskytovaná hospodárstvu určitých oblastí Spolkovej republiky Nemecko v dôsledku rozdelenia Nemecka v rozsahu potrebnom na vyrovnanie hospodárskych nevýhod spôsobených týmto rozdelením. Päť rokov po nadobudnutí platnosti Lisabonskej zmluvy, môže Rada na návrh Komisie prijať rozhodnutie, ktorým sa zruší toto písmeno.“

³ „Za zlučiteľné s vnútorným trhom možno považovať:

- a) pomoc na podporu hospodárskeho rozvoja oblastí s mimoriadne nízkou životnou úrovňou alebo s mimoriadne vysokou nezamestnanosťou, ako aj na podporu regiónov uvedených v článku 349, pričom sa zohľadní ich štrukturálna, hospodárska a sociálna situácia;
- b) pomoc na podporu vykonávania dôležitého projektu spoločného európskeho záujmu alebo na nápravu vážnej poruchy fungovania v hospodárstve členského štátu;
- c) pomoc na rozvoj určitých hospodárskych činností alebo určitých hospodárskych oblastí, za predpokladu, že táto podpora nepriaznivo neovplyvní podmienky obchodu tak, že by to bolo v rozpore so spoločným záujmom;
- d) pomoc na podporu kultúry a zachovania kultúrneho dedičstva, ak takáto pomoc neovplyvňuje podmienky obchodovania a hospodárskej súťaže v Únii v rozsahu, ktorý odporuje spoločným záujmom;
- e) iné druhy pomoci, ako ich vymedzia rozhodnutia Rady prijaté na návrh Komisie.“

povahy uskutočňované v celoeurópskom kontexte⁴. Ako uvidíme nižšie, v prípadoch štátnej pomoci poskytnutých členskými štátmi bankám v kontexte súčasnej finančnej a hospodárskej krízy je súčasťou úvahy Komisie pri priznávaní výnimky aj záväzok k určitej kompenzácii za narušenie spravodlivej súťaže medzi bankou prijímajúcou štátnu pomoc a konkurenčnými bankami, ktoré štátnu pomoc nedostali. Komisia tak môže podmieniť svoj súhlas s poskytnutím štátnej pomoci banke splnením určitých podmienok zameraných o. i. na zníženie prítomnosti banky prijímajúcej štátnu pomoc na trhu a/alebo na jej správanie sa na trhu s cieľom zlepšenia štruktúry trhu.

2.Právny rámec posudzovania štátnej pomoci bankám v súčasnej hospodárskej kríze

Právny rámec posudzovania prípustnosti štátnej pomoci finančným inštitúciám v kontexte súčasnej hospodárskej krízy tvoria dve skupiny právnych noriem.

2.1.Všeobecný režim posudzovania štátnej pomoci na záchranu a reštrukturalizáciu

V prvom rade sa jedná o článok 107 ods. 3 písm. c) ZFEU a naň nadväzujúce usmernenie Spoločenstva o štátnej pomoci na záchranu a reštrukturalizáciu firiem v ťažkostiach⁵ (ďalej len „usmernenie na záchranu a reštrukturalizáciu“). Toto usmernenie okrem iného rozlišuje medzi štátnou pomocou na záchranu podniku v ťažkostiach a štátnou pomocou na reštrukturalizáciu podniku v ťažkostiach. Záchrana a reštrukturalizácia však najčastejšie predstavujú dve časti jednej, širšie koncipovanej operácie. Pomoc na záchranu má za cieľ udržať postihnutý podnik nad hladinou na obdobie, ktoré bude potrebné na vypracovanie plánu reštrukturalizácie. Ale i uplatnenie reštrukturalizačného plánu, ako realistického a uceleného plánu opatrení na obnovenie dlhodobej životaschopnosti podniku, si môže vyžadovať štátnu pomoc a preto štátnu pomoc možno podniku, ktorému už bola poskytnutá štátna pomoc na záchranu, poskytnúť aj na implementáciu reštrukturalizačného plánu (body 15 až 17 usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu). Keďže predmetom našej pozornosti je najmä otázka štruktúry trhu a jej zmien, je zrejmé, že pre nás bude smerodajná druhá fáza, reštrukturalizačná fáza, pretože práve plán reštrukturalizácie vyjadruje plánované zmeny postavenia reštrukturalizovaného podniku na trhu.

Usmernenie na záchranu a reštrukturalizáciu stanovuje tri základné podmienky prípustnosti štátnej pomoci na reštrukturalizáciu, a to:

- a) obnovenie dlhodobej životaschopnosti podniku; reštrukturalizačný plán musí obnoviť dlhodobú životaschopnosť podniku v rámci prijateľnej časovej lehoty a na základe realistických predpokladov ekonomických podmienok budúceho vývoja trhu i podniku (body 35 až 37 usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu).
- b) obmedzenie rozsahu štátnej pomoci na striktné minimum, čo predpokladá aj značný vlastný príspevok z prostriedkov samotného reštrukturalizovaného

⁴ Napr. rozhodnutie Súdneho dvora Európskych spoločenstiev zo dňa 17.9.1980 vo veci Philip Morris, sp. zn. 130/79, Zborník s. 2671, bod 24.

⁵ Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 244 zo dňa 1.10.2004.

podniku, jeho akcionárov alebo obchodnej skupiny, do ktorej patrí, a to v rozsahu, ktorého minimálnu úroveň určí Komisia. Príspevok musí byť reálny, teda hotovostný (čo vylučuje napr. budúce zisky) a má byť vyjadrením dôvery trhu v úspech reštrukturalizácie podniku (body 43 až 45 usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu).

- c) prijatie kompenzačných opatrení na zmiernenie negatívnych dopadov poskytnutia štátnej pomoci na obchodné podmienky a štruktúru trhu. Medzi takéto opatrenia budú patriť najmä rozdelenie aktív, zníženie produkčnej kapacity alebo zníženie prítomnosti na trhu či zníženie prekážok vstupu na trh.

2.2. Prijatie špecifického bankového režimu

Druhou skupinou právnych noriem je článok 107 ods. 3 písm. b) ZFEU a naň nadväzujúca séria oznámení, ktorými Európska komisia reagovala na súčasnú hospodársku krízu. Zohľadňujúc skutočnosť, že kríza sa najskôr prejavila na finančných trhoch a že jej prvými obeťami boli banky, Európska komisia prijala „Oznámenie o uplatňovaní pravidiel štátnej pomoci na opatrenia prijaté v prospech finančných inštitúcií v súvislosti so súčasnou globálnou finančnou krízou“⁶ (ďalej len „oznámenie o bankovníctve“). V oznámení o bankovníctve Komisia do určitej miery prispôbila všeobecný právny režim obsiahnutý v usmernení na záchranu a reštrukturalizáciu na špecifickú situáciu globálnej finančnej krízy predstavujúcu vážne nebezpečenstvo aj pre v zásade zdravé banky, a to najmä úpravou foriem prípustnej štátnej pomoci na riešenie špecifických problémov bánk, ktorými sú napr. rizikové aktíva v portfóliu či nedostatok likvidity (záruky pokrývajúce záväzky bánk, rekapitalizácia bánk, riadená likvidácia, ...). Obava, že poskytovanie štátnej pomoci bankám v intenciách spomínaného oznámenia o bankovníctve, by mohlo viesť k pretekom členských štátov v poskytovaní čo najvyššej štátnej pomoci „svojim“ bankám a k následnému skresľovaniu postavenia jednotlivých dotknutých bánk na trhu, viedla Európsku komisiu k prijatiu oznámenia „Rekapitalizácia finančných inštitúcií v súčasnej finančnej kríze: obmedzenie pomoci na nevyhnutné minimum a opatrenia proti neprimeranému narušeniu hospodárskej súťaže“ špecificky zameraného na určenie prípustnej miery rekapitalizácie bánk⁷ (ďalej len „oznámenie o rekapitalizácii“). Ďalšia vlna štátnych podpôr bankám, tento krát osobitne zameraných na odbremenenie bánk od ich znehodnotených aktív, vyvolala nutnosť prijatia Oznámenia o zaobchádzaní so znehodnotenými aktívami v bankovom sektore Spoločenstva⁸ (ďalej len „oznámenie o aktívach so zníženou hodnotou“), v ktorej Komisia adaptovala regulačný rámec vyplývajúci z predchádzajúcich oznámení na osobitnú kategóriu štátnej pomoci zameranej na odbremenenie bánk od znehodnotených cenných papierov spôsobujúcich výrazné zníženie hodnoty portfólia ich aktív. Skúsenosti s aplikáciou oznámenia o bankovníctve a oznámenia o rekapitalizácii, potreba modifikácie využívaných postupov, nutnosť zohľadniť celosvetový charakter krízy a systémovú úlohu bankovníctva viedla Komisiu k uverejneniu oznámenia „Návrat

⁶ Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 270 zo dňa 25.10.2008.

⁷ Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 10 zo dňa 15.1.2009.

⁸ Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 72 zo dňa 26.3.2009.

k životaschopnosti a hodnotenie reštrukturalizačných opatrení vo finančnom sektore v podmienkach súčasnej krízy podľa pravidiel štátnej pomoci“⁹ (ďalej len „oznámenie o reštrukturalizácii“), v ktorom sa snažila zosumarizovať zásady, vo svetle ktorých bude posudzovať reštrukturalizačné plány predpokladané členskými štátmi v rámci žiadostí o schválenie poskytnutia štátnej pomoci bankám.

Výber článku 107 ods. 3 písm. b) ZFEU umožňujúceho poskytnutie štátnej pomoci na nápravu vážnej poruchy fungovania v hospodárstve členského štátu, ako právneho základu pre prijatie uvedených oznámení, vychádzal z kľúčovej úlohy finančných inštitúcií pre fungovanie celého hospodárstva a z celosvetového charakteru krízy, ktorý finančný sektor postihla. Preto v oznámení o bankovníctve Komisia upravila podmienky prípustnosti tzv. všeobecných schém pomoci bankám (najmä v podobe záruk pokrývajúcich záväzky bánk či v podobe rekapitalizácie bánk) a osobitných prípadov pomoci jednotlivým bankám majúcich pre hospodárstvo určitého členského štátu systémovú dôležitosť (bod 5 oznámenia o bankovníctve). Prípady štátnej pomoci, ktoré neboli realizované v rámci tzv. všeobecných schém pomoci bankám a neboli poskytnuté ani bankám plniacim v rámci hospodárstva určitého členského štátu úlohu systémovej dôležitosti, preto nie sú posudzované podľa vyššie uvedených oznámení špecificky zameraných na bankový sektor (ďalej tiež „špecifický bankový režim“), ale sú aj naďalej posudzované podľa všeobecného režimu obsiahnutého v usmernení na záchranu a reštrukturalizáciu¹⁰.

Komisia však zdôraznila, že v prípade, ak určitá banka pristúpi k čerpaniu pomoci v rámci niektorej spomedzi všeobecných schém štátnej pomoci, príslušný členský štát bude musieť predložiť reštrukturalizačný plán danej banky, ktorý – rovnako ako podľa usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu – bude musieť:

- a) zabezpečiť obnovenie dlhodobej životaschopnosti banky,
- b) zaistiť udržanie rozsahu pomoci na striktné nevyhnutnom minime zabezpečením podstatnej účasti súkromného sektora na nákladoch reštrukturalizácie, a
- c) zabrániť neprimeranému narušeniu hospodárskej súťaže (body 30 a 31 oznámenia o bankovníctve).

Obsah a zásady aplikácie týchto troch podmienok sú pre oblasť bankového sektora bližšie rozpracované v oznámení o reštrukturalizácii (body 28 až 45).

Možno teda konštatovať, že v prípade vzniku nutnosti predložiť reštrukturalizačný plán bude prípustnosť štátnej pomoci čerpanej v rámci niektorej spomedzi tzv. všeobecných schém štátnej pomoci bankám posudzovaná vo svetle v zásade rovnakých podmienok, ako tie, ktoré vyplývajú z usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu.

⁹ Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 195 zo dňa 15.8.2009.

¹⁰ Napr. bod 94 rozhodnutia Komisie zo dňa 21.10.2008 o štátnej pomoci *Nemecka v prospech IKB Deutsche Industriebank AG* (uverejneného v Úradnom vestníku Európskej únie č. L 278 zo dňa 23.10.2009) či body 94 a 95 rozhodnutia Komisie zo dňa 4.6.2008 o štátnej pomoci *Nemecka pre Sachsen LB* (uverejneného v Úradnom vestníku Európskej únie č. L 104 zo dňa 24.4.2009).

Určité rozdiely medzi všeobecným režimom posudzovania štátnej pomoci obsiahnutým v oznámení na záchranu a reštrukturalizáciu a špecifickým bankovým režimom však predsa len existujú. Jedným z týchto rozdielov je to, že špecifický bankový režim výslovne predpokladá rôznosť rozsahu reštrukturalizácie vyžadovanej od banky prijímajúcej štátnu pomoc v závislosti od toho, či sa jedná v podstate o zdravú banku, ktorá sa dostala do problémov iba v dôsledku všeobecne obmedzeného prístupu k likvidite, alebo či sa jedná o banku, u ktorej bola príčinou problémov navyše aj jej chybná, riskantná či nezodpovedná investičná stratégia, obchodná politika či podnikateľský model. Miera reštrukturalizácie vyžadovaná od druhej skupiny bánk bude podstatne vyššia, pretože aj miera narušenia hospodárskej súťaže v dôsledku im poskytnutej štátnej pomoci bude vyššia (body 35 a 42 oznámenia o bankovníctve).

2.3. Aktualizácia špecifického bankového režimu

Všetky vyššie uvedené oznámenia tvoriace špecifický bankový režim posudzovania prípadov štátnej pomoci bankám zdôrazňovali svoj dočasný charakter, obmedzený na obdobie trvania krízovej situácie na finančných trhoch. Keďže bolo zjavné, že napätá situácia na finančných trhoch bude určitý čas pretrvávať, Komisia sa rozhodla predĺžiť časovú platnosť oznámenia o reštrukturalizácii aj na prípady štátnej pomoci na reštrukturalizáciu notifikované po 31.12.2010 a súčasne aktualizovať či pozmeniť niektoré pravidlá posudzovania štátnej pomoci bankám vyplývajúce zo špecifického bankového režimu v jeho pôvodnom znení.

Urobila tak najskôr „Oznámením o uplatňovaní pravidiel pre štátnu pomoc na podporné opatrenia v prospech bánk v súvislosti s finančnou krízou od 1. januára 2011¹¹“ (ďalej len „oznámenie o predĺžení na obdobie po roku 2010“), v ktorom najprv konštatovala pretrvávajúce splnenie podmienky „vážnej poruchy fungovania v hospodárstve členského štátu“ v zmysle článku 107 ods. 3 písm. b) ZFEU, ako právneho základu prijatia celého špecifického bankového režimu. Najdôležitejšou zmenou bolo ukončenie rozlišovania medzi, na jednej strane, v podstate zdravými bankami, ktoré sa dostali do problémov iba v dôsledku všeobecne obmedzeného prístupu k likvidite, a, na strane druhej, bankami, u ktorých bola príčinou ich problémov navyše aj ich chybná, riskantná, či nezodpovedná investičná stratégia, obchodná politika či podnikateľský model. Pri prvej kategórii bán Európska komisia podmieňovala schválenie štátnej pomoci iba predložením plánu obnovy životaschopnosti, zatiaľ čo pri druhej kategórii bán vyžadovala aj plán reštrukturalizácie. Vzhľadom na obnovenie prístupu bán k zdrojom na kapitálových trhoch už Komisia nevidela dôvod pre udržiavanie uvedeného rozlíšenia a avizovala, že pre prípady štátnej pomoci štruktúrneho charakteru (najmä opatrenia rekapitalizácie a opatrenia týkajúce sa znehodnotených aktív) bude systematicky vyžadovať predloženie plánu reštrukturalizácie, ktorej hĺbka ale bude rôzna podľa miery závislosti banky od štátnej pomoci (body 12 až 16).

„Oznámenie o uplatňovaní pravidiel štátnej pomoci na podporné opatrenia v prospech bánk v súvislosti s finančnou krízou od 1. januára 2012“¹² (ďalej len

¹¹ Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 329 zo dňa 7.12.2010.

¹² Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 356 zo dňa 6.12.2011.

„oznámenie o predĺžení na obdobie po roku 2011“) opätovne konštatovalo splnenie podmienky „vážnej poruchy fungovania v hospodárstve členského štátu“ v zmysle článku 107 ods. 3 písm. b) ZFEU aj po roku 2011. A tiež spresnilo a aktualizovalo niektoré prvky uvedené v oznámení o rekapitalizácii.

Naopak, „Oznámenie o uplatňovaní pravidiel štátnej pomoci na podporné opatrenia v prospech bánk v súvislosti s finančnou krízou od 1. augusta 2013“¹³ (ďalej len „nové oznámenie o bankovníctve“) má ambíciu: (i) úplne nahradiť oznámenie o bankovníctve z roku 2008 a poskytnúť usmernenie o kritériách zlučiteľnosti týkajúcich sa podpory likvidity; (ii) prispôbiť a doplniť oznámenie o rekapitalizácii a oznámenie o aktívach so zníženou hodnotou; (iii) doplniť oznámenie o reštrukturalizácii, a to prostredníctvom podrobnejších usmernení týkajúcich sa rozdelenia bremena medzi akcionárov a podriadených veriteľov; (iv) zaviesť zásadu, že žiadna rekapitalizácia, ani opatrenie týkajúce sa aktív so zníženou hodnotou sa nemôže poskytnúť bez predchádzajúceho schválenia plánu reštrukturalizácie, a zaviesť postup trvalého povolenia takýchto opatrení; (v) poskytnúť usmernenia o požiadavkách prípustnosti štátnej pomoci na likvidáciu (bod 24).

3. Požiadavka kompenzačných opatrení na zmiernenie negatívnych dopadov štátnej pomoci bankám na hospodársku súťaž

Ako sme uviedli vyššie, plán reštrukturalizácie banky prijímajúcej štátnu pomoc musí obsahovať opatrenia na zmiernenie negatívnych dôsledkov poskytnutia pomoci na hospodársku súťaž, či sa bude reštrukturalizačný plán posudzovať v rámci špecifického bankového režimu alebo všeobecného režimu posudzovania štátnej pomoci na záchranu a reštrukturalizáciu.

Veľmi dôležitým spresnením je, že odpis, ukončenie, predaj alebo zúženie určitých aktivít nebudú akceptované ako kompenzačné opatrenia na zmiernenie negatívnych dopadov poskytnutia pomoci na hospodársku súťaž, ak by tieto opatrenia boli v každom prípade nevyhnutné pre splnenie prvej požiadavky kladenej na akýkoľvek reštrukturalizačný plán, teda požiadavky na obnovenie životaschopnosti podniku (body 38 až 41 usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu). Na ilustráciu možno uviesť prípad *štátnej pomoci Rakúska v prospech spoločnosti Kommunalkredit Austria AG*¹⁴, kde pri súhrnnej výške štátnej pomoci zodpovedajúcej viac ako 21% súvahy banky ohodnotila Komisia reštrukturalizačný plán predpokladajúci o. i. aj zmenšenie súvahy banky o viac ako 60% tak, že toto výrazné zmenšenie súvahy v tomto prípade predstavuje nielen dôležitý prvok obnovenia životaschopnosti banky, ale súčasne prispieva k obmedzeniu narušenia súťaže spôsobeného poskytnutím pomoci (bod 96).

Naopak, vo vzťahu ku druhej požiadavke kladenej na reštrukturalizačný plán banky, a to požiadavke podstatnej účasti súkromného sektora na nákladoch pomoci banke, Komisia zdôrazňuje zásadu, podľa ktorej uplatňovanie opatrení kompenzujúcich narušenie hospodárskej súťaže závisí v zásade od miery rozdelenia finančného bremena pomoci banke medzi verejný sektor a súkromný sektor a od vývoja tohto rozdelenia bremena pomoci bankám v rámci celej Únie. V zásade platí,

¹³ Uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie č. C 216 zo dňa 30.7.2013.

¹⁴ Rozhodnutie Komisie zo dňa 31.3.2011, uverejnené pod č. C(2011) 2262 final.

že čím je vyšší podiel účasti súkromného sektora, tým je nižšia potreba prijatia kompenzačných opatrení na zmiernenie negatívnych dopadov pomoci na hospodársku súťaž (bod 20 nového oznámenia o bankovníctve).

Potreba prijatia kompenzačných opatrení sa môže znížiť nielen v prípade obzvlášť rozsiahlej účasti súkromného sektora (a najmä samotnej zachraňovanej banky) na nákladoch pomoci banke, ale aj v prípade obzvlášť rýchleho vrátenia, alebo predpokladu obzvlášť rýchleho vrátenia, pomoci štátu zo strany zachraňovanej banky¹⁵.

3.1. Ciele kompenzačných opatrení

Posilnenie hospodárskej súťaže na trhu by bolo nepochybne samo osebe legitímnym a dostatočným cieľom pri formulovaní kompenzačných opatrení, ako jednej z podmienok prípustnosti poskytnutia štátnej pomoci. Preto musia byť kompenzačné opatrenia nastavené tak, aby uľahčovali vstup nových konkurentov na trh alebo posilnenie už existujúcich a zodpovedných konkurentov na trhu (bod 35 oznámenia o reštrukturalizácii).

Štrukturálne kompenzačné opatrenie v podobe odpredaja aktív banky prijímajúcej štátnu pomoc však ešte nemusí nevyhnutne znamenať, že sa zníži prítomnosť banky prijímajúcej pomoc na všetkých relevantných trhoch, na ktorých pôsobí. Zohľadnenie charakteristických črt trhu a postavenia príjemcu na ňom môže dokonca spôsobiť, že aj napriek rozsiahlemu zmenšeniu súvahy banky prijímajúcej štátnu pomoc sa jej podiel na niektorom trhu, na ktorom zostane pôsobiť, môže dokonca mierne zvýšiť. V spomínanom prípade *štátnej pomoci Rakúska v prospech spoločnosti Kommunalkredit Austria AG* vykonávajúcej činnosť: a) poskytovania úverov verejnému sektoru, b) poskytovania projektových úverov a (c) investovania a správy portfólia cenných papierov; sa reštrukturalizačný plán banky, zahŕňajúci o. i. zmenšenie súvahy banky o viac ako 60%, mal prejavovať: (a) úplným opustením činnosti investovania a správy portfólia cenných papierov, (b) miernym znížením podielu banky na trhu poskytovania úverov verejnému sektoru z intervalu 10-15% do intervalu 5-10%, no súčasne (c) predpokladaným zvýšením podielu banky na rakúskom trhu poskytovania projektových úverov. Tento predpoklad zvýšenia trhového podielu banky, ktorá sa udržala na trh iba vďaka masívnej štátnej pomoci, ale bol pre Komisiu prijateľný z viacerých dôvodov. Okrem samotného faktu výrazného zmenšenia celkovej súvahy banky (o viac ako 60%) boli týmito dôvodmi: (i) podiel banky iba v intervale 5-10% aj na trhu poskytovania projektového financovania, na ktorom sa očakával mierny rast jej podielu, (ii) charakteristické črty tohto trhu ako trhu veľmi roztriešteného s rastúcim počtom aktérov, (iii) ďalšie záväzky týkajúce sa minimálnych ekonomických parametrov nových úverov a maximálneho prípustného rastu celkovej súvahy banky, ktoré prirodzene obmedzujú tempo rastu trhového podielu, a (iv) skutočnosť, že solídna pozícia banky na trhu poskytovania projektového financovania predstavuje kľúčový prvok reštrukturalizačného plánu banky podmieňujúci jej budúci predaj zo strany štátu (ktorý ju predtým zoštátnil) (body 96 a 101).

¹⁵ Rozhodnutie Komisie o štátnej pomoci Maďarska v prospech FHB Jelzálogbank Nyrt zo dňa 22.2.2012 (uverejnené pod číslom C(2012) 1021 final) – body 91 a 94.

Cieľ posilnenia hospodárskej súťaže na trhu však nie je jediný cieľ, o dosiahnutie ktorého sa Komisia usiluje pri výbere kompenzačných opatrení na zmiernenie narušenia hospodárskej súťaže v dôsledku poskytnutia štátnej pomoci bankám. Komisia upozornila na ďalšie ciele štrukturálnej povahy, k naplneniu ktorých by malo stanovenie vhodných kompenzačných opatrení prispieť.

Podmienky prípustnosti štátnej pomoci bankám, teda vrátane kompenzačných opatrení na zmiernenie negatívnych dopadov štátnej pomoci na hospodársku súťaž na dotknutých trhoch, by mali zmeniť európsky bankový sektor tak, aby naplňal všeobecnú víziu Komisie o podobe európskeho bankového sektora po prekonaní hospodárskej krízy: z hospodárskej krízy by mali vzísť európske banky v silnom globálnom postavení ťažiacom z jednotného európskeho finančného trhu (body 5 a 6 oznámenia o reštrukturalizácii).

Kompenzačné opatrenia na elimináciu negatívnych dopadov poskytnutia štátnej pomoci niektorým bankám sú nevyhnutné aj preto, aby zamedzili spusteniu pretekov členských štátov v poskytovaní štátnej pomoci svojim bankám, najmä prostredníctvom tzv. všeobecných schém štátnej pomoci, s cieľom posilniť ich konkurenčné postavenie voči bankám z iných členských štátov, ktoré všeobecné schémy pomoci nezaviedli alebo ich zaviedli v menšom rozsahu (bod 8 oznámenia o rekapitalizácii).

Takisto, opatrenia jednotlivých členských štátov zamerané na záchranu bánk sú prirodzene určené bankám pôsobiacim na území členského štátu poskytujúceho štátnu pomoc a preto sú zamerané na národné bankové trhy. Tieto opatrenia predstavujú vážne riziko tvorby nových bariér ktoré budú od seba izolovať jednotlivé národné bankové trhy a rozdeľovať jednotný európsky bankový trh (bod 11 nového oznámenia o bankovníctve). Preto musí byť postavenie bánk prijímajúcich štátnu pomoc modelované nielen vo svetle požiadavky na zabezpečenie účinnej hospodárskej súťaže a zabránenie ovládnutia trhu, ale aj vo svetle požiadavky na zamedzenie tvorby bariér a iných odradzujúcich faktorov týkajúcich sa cezhraničných aktivít bánk (bod 29 oznámenia o reštrukturalizácii). Ako príklad opatrenia, ktoré bude pri posudzovaní štátnej pomoci hodnotené veľmi pozitívne, Komisia uvádza záväzok banky prijímajúcej štátnu pomoc dodržať určité ciele úverovania reálnej ekonomiky nielen v štáte poskytujúcom štátnu pomoc, ale aj v inom členskom štáte, kde má banka prijímajúca štátnu pomoc silné postavenie. Komisia pripomenula, že záväzky tohto typu môžu byť veľmi dôležité pre niektoré členské štáty, kde v bankovom sektore dominujú banky so sídlom na území iných členských štátov (bod 33 oznámenia o reštrukturalizácii).

V tejto súvislosti je však namieste poznamenať, že tento cieľ sa Komisii nie veľmi darí plniť, pretože v mnohých prípadoch reštrukturalizácie bánk vykonávajúcich svoju činnosť na území viacerých členských štátov spočívali kompenzačné opatrenia práve v odpredaji aktív banky v niektorých členských štátoch a v sústredení jej činnosti práve na bankový trh vo svojom domovskom členskom štáte, prípadne v zúženej skupine členských štátov. V prípade *štátnej pomoci Belgicka, Francúzska a Luxemburska v prospech spoločnosti Dexia SA*¹⁶ sa takto Dexia stiahla z talianskeho a španielskeho trhu poskytovania úverov samosprávam a sústredila na tento trh vo svojich „historických“ krajinách (Belgicko, Francúzsko,

¹⁶ Rozhodnutie Komisie zo dňa 26.2.2010, uverejnené pod číslom C(2010)1180 final.

Luxembursko) (bod 211). Takisto v prípade *štátnej pomoci poskytnutej Belgickom a Luxemburskom v prospech spoločností Fortis Banque, Fortis Banque Luxembourg a Fortis holding*¹⁷ spočívalo jedno z hlavných opatrení na zmiernenie negatívnych dopadov štátnej pomoci belgickej banke Fortis Banque, v odpredaji jej holandských aktív, prostredníctvom ktorých chcela rozšíriť svoju činnosť na Holandsko (bod 127). Komisia odôvodnila vhodnosť opatrenia spočívajúceho v predaji holandských aktív Fortis Banque tým, že práve vysoká kúpna cena za nadobudnutie holandských aktív bola jednou z príčin finančných problémov Fortis Banque a následnej nutnosti jej záchrany prostredníctvom štátnej pomoci (bod 93). Aj v prípade *štátnej pomoci Belgicka a Luxemburska v prospech spoločnosti Kaupthing Bank Luxembourg SA*¹⁸ Komisia považovala za vhodné opatrenie na zmiernenie negatívnych dopadov poskytnutia štátnej pomoci na súťaž stiahnutie sa banky z belgického trhu a sústredenie jej činnosti na trh luxemburský (body 77 a 78). Je zrejmé, že takéto opatrenia neprispievajú k snahe Komisie o odstránenie bariér medzi bankovými trhmi jednotlivých členských štátov.

Popri uvedených cieľoch štrukturálnej povahy sleduje Komisia pri stanovovaní kompenzačných opatrení aj dosiahnutie cieľov na úrovni podnikateľskej morálky.

Všeobecnou – a v súčasnosti často pertraktovanou – myšlienkou vyjadrujúcou túto snahu je potrestanie morálneho hazardu. Toho sa dopustili banky tým, že najskôr s vidinou dosiahnutia zvýšeného zisku prijali nezodpovedné či riskantné rozhodnutia, ktoré im spôsobili značné straty, a následne žiadali štátnu pomoc, teda pomoc z verejných zdrojov, na pokrytie týchto strát a na odvrátenie ich eliminácie z trhu, ako prirodzeného následku prijatia zlých podnikateľských rozhodnutí v súťažnom prostredí. Tým, že štát poskytnutím štátnej pomoci zabraňuje eliminácii nezodpovednej banky z trhu, súčasne skresľuje podmienky hospodárskej súťaže medzi bankami, najmä medzi tými bankami, ktoré zachránila štátna pomoc, a bankami, ktorú štátnu pomoc nepotrebovali.

Typov narušenia hospodárskej súťaže, ktoré môže poskytnutie štátnej pomoci spôsobiť, je viacero; ich stručný popis nájdeme napr. v bode 28 oznámenia o reštrukturalizácii.

Keďže banky súťažia medzi sebou kvalitou svojich produktov a služieb, tie banky, ktoré si nahromadia nadmerné riziká a/alebo sa spoliehajú na neudržateľné obchodné modely, strácajú svoj trhový podiel a pravdepodobne opustia trh, zatiaľ čo ich efektívnejší konkurenti rozširujú svoju činnosť na daných trhoch alebo na ne vstupujú. Štátna pomoc predlžuje narúšanie hospodárskej súťaže, ku ktorému došlo v minulosti prijímaním nadmerných rizík a používaním neudržateľných obchodných modelov, a to tým, že umelo zachováva prítomnosť neúspešnej banky na trhu, hoci táto by mala prirodzene trh opustiť.

Navyše, poskytnutie štátnej pomoci neefektívnej či nezodpovednej banke navodzuje medzi bankou, ktorá prijala štátnu pomoc, a jej konkurentmi na trhu novú, paradoxnú situáciu, keď neefektívna či nezodpovedná banka nielenže neopustila trh, ale vďaka štátnej pomoci je kapitálovo posilnená a teda pripravená zvieŕť ešte tuhšiu

¹⁷ Rozhodnutie Komisie zo dňa 3.12.2008, uverejnené pod číslom C(2008) 8085 final.

¹⁸ Rozhodnutie Komisie zo dňa 9.7.2009, uverejnené pod číslom C(2009) 5640 final.

súťaž so svojimi konkurentmi, ktorí svoju podnikateľskú činnosť vykonávali zodpovednejšie a štátnu pomoc nepotrebovali a nedostali.

Obe tieto dimenzie narušenia hospodárskej súťaže podporujú morálny hazard príjemcov štátnej pomoci a zároveň oslabujú stimuláciu k vedeniu spravodlivej súťaže, k investíciám a inováciám z hľadiska tých bánk, ktoré príjemcami štátnej pomoci nie sú.

Na druhej strane, v rozhodovacej praxi Komisie sa objavili aj okolnosti, ktoré spôsobujú, že zlé výsledky banky vyžadujúce si štátnu pomoc na jej záchranu nemusia byť spôsobené konaním kvalifikovateľným ako morálny hazard, čo znižuje vážnosť narušenia súťaže v dôsledku poskytnutia štátnej pomoci a tým aj nutnosť realizácie kompenzačných opatrení. Napríklad v prípade *štátnej pomoci Grécka v prospech spoločnosti TT Hellenic Postbank S.A.*¹⁹ Komisia naznačila, že keďže značná časť strát, ktoré banka utrpela v posledných rokoch, nepochádza z riskantných operácií, ale z držby značného objemu dlhopisov gréckej vlády, poskytnutie štátnej pomoci na zmiernenie negatívnych dôsledkov týchto strát nemusí predstavovať také narušenie hospodárskej súťaže, ako by tomu bolo v prípade, že by tieto straty pochádzali z riskantných finančných operácií (bod 104).

3.2. Typy kompenzačných opatrení

Oznámenie o reštrukturalizácii uvádza niekoľko typov kompenzačných opatrení zmiernujúcich negatívne dopady poskytnutia štátnej pomoci na hospodársku súťaž.

Ak štátna pomoc spočíva v plnení, ktoré má prijímajúca banka vrátiť a/alebo ktorého protihodnotou je štandardne poskytnutie peňažného protiplnenia zo strany banky (napr. pri poskytnutí pôžičky alebo pri poskytnutí ručenia), Komisia považuje za nástroj na zmiernenie negatívnych účinkov takejto pomoci samotné stanovenie ceny za poskytnutie tejto pomoci, teda výšku protiplnenia banky. Ak je cena platená bankou za takéto nástroje pomoci od štátu na úrovni blízko trhovej ceny štandardne platenej za porovnateľné nástroje financovania na trhu, to samo obmedzuje výšku poskytnutej štátnej pomoci a znižuje potrebu kompenzačných opatrení (bod 34 oznámenia o reštrukturalizácii).²⁰

Taktiež Komisia často zdôrazňuje, že dôležitým signálom proti morálnemu hazardu podstupenému bankami je aj to, že v týchto bankách po prijatí štátnej pomoci nebudú pôsobiť bývalí manažéri a vlastníci, ktorí svojimi nesprávnymi či nadmieru riskantnými rozhodnutiami spôsobili nutnosť zachraňovať banky z verejných zdrojov²¹.

No najdôležitejšími opatreniami pre zmiernenie negatívnych dôsledkov poskytnutia štátnej pomoci bankám na hospodársku súťaž sú tzv. štrukturálne

¹⁹ Rozhodnutie Komisie zo dňa 6.5.2013, uverejnené pod č. C(2013) 2689 final.

²⁰ Napr. rozhodnutie Komisie zo dňa 14.12.2009 o *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Royal Bank of Scotland* (uverejnené pod číslom C(2009)10112 final) – bod 243; rozhodnutie Komisie zo dňa 18.11.2009 o *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Lloyds Banking Group* (uverejnené pod číslom C(2009)9087 final) – bod 184.

²¹ Napr. spomínané rozhodnutie o *štátnej pomoci Nemecka v prospech IKB Deutsche Industriebank AG* – bod 113; spomínané rozhodnutie o *štátnej pomoci Nemecka pre Sachsen LB* – bod 126.

opatrenia a opatrenia týkajúce sa správania príjemcu štátnej pomoci po jej poskytnutí.

V rámci štrukturálnych opatrení sa od bánk využívajúcich štátnu pomoc môže žiadať, aby predali svoje dcérske spoločnosti alebo pobočky, portfólia zákazníkov alebo obchodné jednotky, alebo aby podnikli iné opatrenia takéhoto charakteru, a to aj na domácom retailovom trhu príjemcu pomoci (bod 35 oznámenia o reštrukturalizácii, bod 39 usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu). Tento typ štrukturálnych opatrení je v prípadoch, v ktorých si posúdenie prípustnosti štátnej pomoci vyžadovalo hlbšiu analýzu Komisie, aplikovaný systematicky.

Kompenzačné opatrenie v podobe odpredaja sa nemusí týkať iba časti aktív banky; môže sa týkať aj celej banky. V prípade *štátnej pomoci Dánka v prospech spoločnosti Max Bank*²², ktorá bola malou bankou pôsobiace na časti územia Dánska, Komisia uviedla, že vzhľadom na obmedzenú veľkosť banky a na nízku mieru koncentrácie dánskeho bankového trhu je predaj celej banky prijímajúcej štátnu pomoc opatrením účinne obmedzujúcim narušenie súťaže. Dôvodom je fakt, že kúpa Max Bank, ktorá sa zachránila iba vďaka štátnej pomoci, inou bankou v podstate zodpovedá tomu scenáru, ktorý by nastal aj v prípade, že by Max Bank žiadnu štátnu pomoc nedostala: buď by bola úplne eliminovaná z trhu alebo by ju kúpil iný investor majúci záujem pôsobiť na bankovom trhu (body 71 a 72).

Hoci najčastejšie sa vyžadované zoštíhlenie dosiahne odpredajom určených aktív, v prípadoch, keď aktívum, ktorého sa má prijímateľ pomoci zbaviť, je do takej miery znehodnotené, že oň na trhu nie je záujem, môžu byť určené aktíva iba zlikvidované.

Čo sa týka právnej kvalifikácie aktíva, o ktoré sa má banka prijímajúca štátnu pomoc zoštíhliť, môže ním byť samostatná právnická osoba, iba časť aktív určitej právnickej osoby. Napríklad v prípade *štátnej pomoci Belgicka v prospech spoločnosti Ethias*²³, kde vyvstala požiadavka zníženia prítomnosti prijímateľa pomoci na belgickom poisťovacom trhu, na ktorom pôsobil tak samotný Ethias, ako aj jeho dcérska spoločnosť Nateus, malo zoštíhlenie skupiny Ethias podobu predaja celej spoločnosti Nateus. Naopak, v spomínanom prípade *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Lloyds Banking Group* malo zoštíhlenie prítomnosti príjemcu pomoci na britskom retailovom bankovom trhu podobu predaja 600 pobočiek.

Zníženie prítomnosti príjemcu na trhu možno dosiahnuť nielen predajom aktív priamo vyjadrujúcich prítomnosť na tomto trhu, ale možno mu napomôcť aj predajom aktív, ktoré prienik a zotrvanie na danom trhu významne uľahčujú. Tak napríklad v prípade *štátnej pomoci Belgicka, Francúzska a Luxemburska v prospech spoločnosti Dexia SA* bol jedným z nástrojov na zníženie prítomnosti Dexie na belgickom trhu poskytovania úverov samosprávnym celkom aj predaj spoločnosti AdInfo, ktorá vďaka svojej činnosti poskytovania informačných služieb samosprávam, disponuje databázou klientov – samospráv umožňujúcou banke poskytujúcej samosprávam úvery mať k samosprávam uľahčený prístup (bod 211).

Komisia môže taktiež určiť určitú hranicu pre prípadnú budúcu expanziu prijímateľa pomoci na určitom trhu a/alebo v určitej lokalite (bod 36 oznámenia o

²² Rozhodnutie Komisie zo dňa 7.10.2011, uverejnené pod č. C(2011) 7264 final.

²³ Rozhodnutie Komisie zo dňa 20.5.2010, uverejnené pod číslom C(2010)3249 final.

reštrukturalizácii). V spomínanom prípade *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Royal Bank of Scotland* Komisia pozitívne vyhodnotila záväzok príjemcu pomoci neocitnúť sa počas troch rokov na globálnom trhu realizácie dlhových operácií (vrátane globálnych bondov a syndikovaných úverov) na lepšom ako piatom mieste (bod 249). V prípade *dodatočnej štátnej pomoci poskytnutej Belgickom a Luxemburskom v prospech spoločností Fortis Banque, Fortis Banque Luxembourg a Fortis holding*²⁴ Komisia prijala záväzok, podľa ktorého príjemca pomoci, potom, ako jeho podiel na belgickom maloobchodnom trhu vkladov prípadne presiahne stanovenú úroveň (medzi 20% a 27,5%), nebude môcť aplikovať najvyššie úroky na vklady na účtoch prístupných výlučne cez Internet (čo je rýchlo rastúci segment maloobchodného trhu vkladov) (bod 129).

Cieľom opatrení týkajúcich sa správania sa príjemcu pomoci v období po jej poskytnutí je zabezpečiť, aby príjemca štátnu pomoc nevyužíval na úkor konkurentov, na realizáciu konaní, ktoré by jeho konkurenti, ktorí štátnu pomoc nedostali, uskutočňovať nemohli (body 39 a nasl. oznámenia o reštrukturalizácii). Škála opatrení týkajúca sa správania sa príjemcu pomoci v budúcnosti je veľmi široká:

- a) zákaz akvizícií konkurentov na obdobie aspoň troch rokov, prípadne až do konca obdobia reštrukturalizácie, je systematicky stanovovaným obmedzením,
- b) často stanovovaným obmedzením je úplný zákaz reklamy na určitý čas (napr. spomínaný prípad *štátnej pomoci Belgicka v prospech spoločnosti Ethias* – bod 142) alebo zákaz reklamného využitia informácie o štátnej podpore alebo prítomnosti štátu v akcionárskej štruktúre (napr. spomínaný prípad *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Lloyds Banking Group* – bod 193),
- c) minimálne alebo maximálne finančné parametre finančných produktov umiestňovaných na trh, ako napríklad záväzok Dexie poskytovať samosprávam úvery s úrovňou RAROC („risk-adjusted return on capital“ = čistá marža po zdanení k ekonomickému kapitálu) vyššou ako 10% (spomínaný prípad *štátnej pomoci Belgicka, Francúzska a Luxemburska v prospech spoločnosti Dexia SA* – bod 212),
- d) obmedzenia týkajúce sa cenotvorby, ako napríklad zákaz postavenia cenového lídra na trhu²⁵ alebo lineárne zvýšenie cien všetkých poistných produktov (spomínaný prípad *pomoci Belgicka v prospech spoločnosti Ethias* – bod 141),
- e) obmedzenie novej produkcie, ako napríklad záväzok neposkytovať žiadne nové úvery počas obdobia 1 roka od určitého dátumu²⁶ alebo obmedzenie

²⁴ Rozhodnutie zo dňa 12.5.2009, uverejnené pod číslom C(2009) 3907 final.

²⁵ Napr. výzva Komisie zo dňa 22.10.2009 na sformulovanie stanovísk k *štátnej podpore Nemecka v prospech spoločnosti HSH Nordbank AG* (uverejnené pod číslom C(2009)8271 final) – bod 80.

²⁶ Výzva Komisie na zaujatie stanoviska k *štátnej pomoci Írska v prospech spoločnosti Anglo Irish Bank* (uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie zo dňa 7.8.2010 č. C 214) – bod 138.

- objemu úverov (na úrovni podstatne nižšej ako pred poskytnutím štátnej pomoci), ktoré bude môcť poskytnúť počas určitého obdobia²⁷,
- f) obmedzenie spôsobu novej produkcie. V prípade *štátnej pomoci Grécka v prospech spoločnosti Agricultural Bank of Greece*²⁸ Komisia pozitívne ohodnotila záväzok príjemcu štátnej pomoci poskytovať úvery nad 50 miliónov EUR klientom z verejného sektora a podnikového sektora výlučne formou syndikovaného úveru spoločne so súkromnými úverovými inštitúciami (body 42 a 87).
 - g) obmedzenie rastu súvahy banky, napr. tak, že rast nemôže presiahnuť úroveň rastu určitých ukazovateľov (napr. rast samotnej banky v predchádzajúcich rokoch, rast HDP, rast celého bankového sektora v danom štáte či v eurozóne)²⁹,
 - h) zákaz aktívneho oslovovania klientov presunutých spolu s už odpredanými aktívami, resp. aktívami určenými na predaj, konkurenčným bankám³⁰.

3.3. Zásady výberu kompenzačných opatrení

Miera zlepšenia súťažnej štruktúry trhu, ktorú bude možné od kompenzačných opatrení očakávať, sa bude logicky odvíjať od výberu typu a určenia rozsahu kompenzačných opatrení zo strany Komisie. Kompenzačné opatrenia na obmedzenie negatívnych dopadov poskytnutia štátnej pomoci na hospodársku súťaž by mali byť nastavené tak, aby riešili narušenie hospodárskej súťaže na trhoch, kde bude pôsobiť banka prijímajúca štátnu pomoc. Pri úvahách o potrebe kompenzačných opatrení je pre Komisiu východiskovým bodom zohľadnenie veľkosti, rozsahu a dosahu aktivít, ktoré by banka prijímajúca štátnu pomoc mala uskutočňovať po implementácii reštrukturalizačného plánu. V závislosti od povahy narušenia hospodárskej súťaže sa môže toto narušenie riešiť kompenzačnými opatreniami týkajúcimi sa pasív a/alebo aktív. Pri výbere typu a rozsahu kompenzačných opatrení Komisia prihliada na:

- a) výšku štátnej pomoci (v absolútnych číslach i vo vzťahu k veľkosti banky) a ďalšie okolnosti poskytnutia pomoci (napr. výška vlastného príspevku k ozdraveniu), a
- b) charakteristika trhov (štruktúra, podmienky súťaže, prekážky vstupu na trh), na ktorých banka prijímajúca štátnu pomoc pôsobí, a jej trhový podiel na týchto trhoch, a to najmä na trhoch, kde bude mať po reštrukturalizácii stále významný podiel.

V nadväznosti na uvedené, reštrukturalizačná pomoc malým bankám, ktorej poskytnutie nebude spôsobovať deformácie hospodárskej súťaže, si prijímanie kompenzačných opatrení vyžadovať nebude (body 39 až 41 usmernenia na záchranu a reštrukturalizáciu, body 30 až 32 oznámenia o reštrukturalizácii).

²⁷ Spomínaný prípad *štátnej pomoci Belgicka, Francúzska a Luxemburska v prospech spoločnosti Dexia SA* – bod 211.

²⁸ Rozhodnutie Komisie zo dňa 23.5.2011, uverejnené pod číslom C(2011) 3589 final.

²⁹ Rozhodnutie Komisie zo dňa 18.12.2008 o *štátnej pomoci Nemecka v prospech BayernLB* (uverejnené pod číslom K(2008) 8839 final) – bod 36.

³⁰ Napr. spomínaný prípad *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Royal Bank of Scotland* – bod 245; spomínaný prípad *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Lloyds Banking Group* – bod 189.

V spomínanom prípade *štátnej pomoci Švédska v prospech spoločnosti Carnegie Investment Bank* boli prijaté azda až prehnané opatrenia na zmiernenie dopadov štátnej pomoci na súťaž v podobe predaja časti aktivít banky a zoštíhlenia tých ostávajúcich. Možno totiž predpokladať, že z dôvodu malej výšky štátnej pomoci a veľmi skromného postavenia banky na švédskom bankovom trhu (0,5% súvahy celého švédskeho bankového sektora), by sa Komisia uspokojila aj s menej rozsiahlymi kompenzačnými opatreniami, ako tie, ktoré boli uskutočnené a ktoré znížili súvahu banky zo 45 miliárd švédskych korún na 14 miliárd švédskych korún.

Zohľadnenie charakteristiky trhu a postavenia zachraňovanej banky na ňom môže v niektorých prípadoch vyústiť do záveru, že pre zlepšenie súťažnej štruktúry trhu (a súčasné zachovanie zachraňovanej banky ako životaschopného hráča na trhu) je namieste uprednostniť pred rozsiahlymi odpredajmi aktív banky skôr záväzky týkajúce sa budúceho správania sa banky na trhu (bod 32 oznámenia o reštrukturalizácii). Napríklad v spomínanom rozhodnutí o *štátnej pomoci Grécka v prospech spoločnosti Agricultural Bank of Greece* Komisia – aj napriek veľmi vysokej výške štátnej pomoci zodpovedajúcej viac ako 23% súvahy banky prijímajúcej pomoc – vyhodnotila ako dostatočný záväzok zmenšiť rozsah súvahy príjemcu pomoci o viac ako 25% v kombinácii so záväzkom odpredaja kapitálových účastí v iných spoločnostiach a s viacerými ďalšími záväzkami týkajúcimi sa budúceho správania sa príjemcu pomoci na trhu. Podľa Komisie, keďže príjemca pomoci je hlavne retailovou bankou, ktorá nedisponuje širokým portfóliom cenných papierov, ktoré by mohlo byť predmetom ďalšej redukcie, ale disponuje iba súvahou strednej veľkosti pozostávajúcej prevažne z poskytnutých úverov, uvedené zmenšenie súvahy príjemcu pomoci o viac ako 25%, v kombinácii s ostatnými záväzkami, sa javí ako značné (bod 86).

V prípade, že je potrebné reštrukturalizovať súčasne viaceré banky predstavujúce veľkú časť finančného sektora, Komisia sa usiluje zaujať koordinovaný prístup pri posudzovaní plánov na reštrukturalizáciu jednotlivých bánk s cieľom zabezpečiť systémovú reakciu. Komisia uplatňuje tento prístup najmä v prípade tých členských štátov, ktoré sa vzťahuje program makroekonomickej pomoci. Komisia by preto mala osobitne zohľadniť súhrnné účinky reštrukturalizácie jednotlivých bánk na situáciu v bankovom sektore (napr. z hľadiska štruktúry trhu) a na hospodárstvo ako celok, najmä pokiaľ ide o ich schopnosť poskytovať úvery reálnej ekonomike na spoľahlivom a udržateľnom základe (bod 10 nového oznámenia o bankovníctve).

3.4. Zásady realizácie kompenzačných opatrení

Komisia vo svojich rozhodnutiach neustále zdôrazňuje, že realizácia najčastejšie využívaného opatrenia – odpredaja časti aktív banky, by sa malo uskutočniť v rámci transparentného a otvoreného výberového konania, tak, aby všetci záujemcovia o predávané aktíva mali férovú šancu tieto aktíva nadobudnúť³¹.

³¹ Napr. rozhodnutie Komisie zo dňa 12.5.2010 o *štátnej pomoci Švédska v prospech spoločnosti Carnegie Investment Bank* (uverejnené pod číslom C(2010) 3124 final) – bod 76; spomínaný prípad *štátnej pomoci Nemecka v prospech IKB Deutsche Industriebank* – bod 113.

Komisia však tiež reflektuje možnosť, že pre tie aktíva príjemcu štátnej pomoci, ktoré sú určené na predaj, sa bude ťažko hľadať kupca. V takomto prípade Komisia môže predĺžiť lehotu na realizáciu odpredaja v rámci záväzného harmonogramu na zúženie podnikania príjemcu pomoci, pričom ale lehota na uskutočnenie predaja nesmie presiahnuť 5 rokov (bod 37 oznámenia o reštrukturalizácii).

4. Miera zlepšenia súťažnej štruktúry trhu

Ako sme už spomenuli vyššie, v mnohých prípadoch reštrukturalizácie bánk vykonávajúcich svoju činnosť na viacerých relevantných trhoch spočívali kompenzačné opatrenia o. i. v úplnom ukončení prítomnosti banky na niektorých trhoch, pričom zväčša sa jednalo o trhy, ktoré neboli pre zabezpečenie budúcej životaschopnosti banky kľúčové. V takýchto prípadoch je vyvodenie dôsledkov z trhového zlyhania banky prijímajúcej pomoc úplné, pretože takáto banka prestáva úplne na danom trhu pôsobiť a jej miesto zaujme banka, ktorá odkúpi aktíva využívané príjemcom pomoci pre pôsobenie nadanom trhu, alebo o zaplnenie miesta uvoľneného príjemcom pomoci budú súťažiť jej konkurenti.

Čo sa týka tých trhov, na ktorých banka prijímajúca štátnu pomoc bude pôsobiť aj po reštrukturalizácii, plány reštrukturalizácie vo veľkej väčšine predpokladajú zníženie prítomnosti príjemcu štátnej pomoci aj na týchto trhoch. Komisia bola konfrontovaná s plánmi reštrukturalizácie bánk, ktoré mali na relevantných trhoch, na ktorých mali ostať pôsobiť aj po reštrukturalizácii, veľmi rozdielne postavenie.

V prípade *štátnej pomoci poskytnutej Veľkou Britániou v prospech spoločnosti Northern Rock*³² bola prijímateľom štátnej pomoci piata najväčšia hypotekárna banka na britskom trhu, pričom výška štátnej pomoci bola značná. V dôsledku kompenzačných opatrení klesne jej podiel na trhu hypotekárnych úverov na bývanie z predkrízových 8% na 3 – 6 % a jej podiel na retailovom trhu vkladov z 1,9% pred krízou na 1,5% (bod 156).

Zníženie trhového podielu postihlo aj tie banky prijímajúce štátnu pomoc, ktoré mali pred krízou na svojich trhoch postavenie jedného z lídrov trhu. V spomínanom prípade *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Royal Bank of Scotland* sa kompenzačné opatrenia týkali trhov poskytovania úverov malým a stredným podnikom a korporátnej klientele. Pred krízou mali na týchto trhoch štyri najväčšie banky (Royal Bank of Scotland, Lloyds Banking Group, Barclays and HSBC) súhrnný podiel okolo 90%. V tomto prípade mali kompenzačné opatrenia podobu zníženia trhového podielu príjemcu štátnej pomoci z intervalu 20 – 30% o 5% (body 238 a 244) v kombinácii so zákazom oslovovania klientov presunutých s odpredanými aktívami (bod 245) a s dočasným zákazom akvizícií konkurentov (bod 251). Podobne, v spomínanom prípade *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Lloyds Banking Group* mali kompenzačné opatrenia podobu zníženia trhového podielu prijímateľa pomoci na trhu osobných bežných účtov [na ktorom mali pred krízou štyri najväčšie banky (Royal Bank of Scotland, Lloyds Banking Group, Barclays and HSBC) vysoký súhrnný podiel] z intervalu 20 – 30%

³² Rozhodnutie Komisie zo dňa 28.10.2009, uverejnené v Úradnom vestníku L 112 zo dňa 5.5.2010.

o 4,6% (body 16 a 185) v kombinácii so zákazom oslovovania klientov presunutých s odpredanými aktívami (bod 189), s dočasným zákazom akvizícií konkurentov (bod 192) a s očakávaním ďalšieho zníženia trhového podielu v dôsledku agresívnej cenovej politiky menších hráčov snažiacich sa o zvýšenie svojich trhových podielov (bod 47 až 49). Naopak, v spomínanom prípade *štátnej pomoci Írska v prospech spoločnosti Anglo Irish Bank*, ktorá mala na írskom trhu financovania obchodných nehnuteľností podiel 20%, sa Komisia – aj s poukazom na veľmi vysokú výšku štátnej pomoci – odmietla uspokojiť iba s kompenzačnými opatreniami zameranými na budúce správanie sa príjemcu pomoci (dočasné zastavenie poskytovania úverov, nevyužívanie informácie o štátnej podpore na reklamné účely, ...), a žiadala štrukturálne opatrenia vedúce k zníženiu trhového podielu a umožňujúce vstup nového konkurenta alebo expanziu konkurenta už prítomného (body 138 až 142).

Komisia však bola konfrontovaná aj s prípadom poskytnutia štátnej podpory banke majúcej na trhu dominantné postavenie. V spomínanom prípade *štátnej pomoci Belgicka, Francúzska a Luxemburska v prospech spoločnosti Dexia SA* mala Dexia silne dominantné postavenie na belgickom trhu poskytovania úverov samosprávam s podielom od 65% do 85% podľa typu financovaných samospráv (bod 210). Napriek tomu, že reštrukturalizačný plán Dexie by mal viesť k zmenšeniu jej súvahy o 35% a zahŕňal úplné stiahnutie sa z niektorých trhov, žiadne opatrenie odpredaja sa netýkalo spomínaného belgického trhu poskytovania úverov samosprávam, kde mala Dexia dominantné postavenie. Komisia sa na danom trhu uspokojila so sériou kompenzačných opatrení týkajúcich sa budúceho správania sa Dexie na tomto trhu [obmedzenie objemu úverov poskytovaných samosprávam na svojich hlavných trhoch, teda vrátane Belgicka, z úrovne 34 miliárd EUR v roku 2008 na úroveň 12 miliárd EUR v roku 2009, 15 miliárd EUR v roku 2010 a po 18 miliárd EUR v rokoch 2011 až 2014; záväzok poskytovať samosprávam úvery s úrovňou RAROC vyššou ako 10% (bod 211), dočasný zákaz nadobudnutia viac ako 5% kapitálu iného úverového alebo investičného ústavu (bod 217)] a s nepriamym štrukturálnym opatrením v podobe predaja spoločnosti AdInfo, ktorá umožňuje, vďaka svojej databáze klientov – samospráv, banke poskytujúcej samosprávam úvery mať k samosprávam uľahčený prístup (bod 211).

Ako sme však naznačili vyššie, plán reštrukturalizácie banky prijímajúcej štátnu pomoc môže výnimočne predpokladať aj zvýšenie podielu príjemcu pomoci na určitom trhu, na ktorom bude pôsobiť. V spomínanom prípade *štátnej pomoci Rakúska v prospech spoločnosti Kommunalkredit Austria AG* pôsobiacej na trhu: a) poskytovania úverov verejnému sektoru, b) poskytovania projektových úverov a (c) investovania a správy portfólia cenných papierov; sa reštrukturalizačný plán banky mal o. i. prejavovať: (a) úplným opustením trhu investovania a správy portfólia cenných papierov, (b) miernym znížením podielu banky na trhu poskytovania úverov verejnému sektoru z intervalu 10-15% do intervalu 5-10%, no súčasne (c) predpokladaným zvýšením podielu banky na rakúskom trhu poskytovania projektových úverov. Dôvody, pre ktoré Komisia akceptovala tento predpoklad zvýšenia trhového podielu banky na určitom trhu, aj napriek tomu, že sa táto banka udržala na trhu iba vďaka masívnej štátnej pomoci, sme vysvetlili vyššie.

Napokon, je namiest' dodať, že obmedzenia vyplývajúce zo štrukturálnych kompenzačných opatrení prijatých v rozhodnutí o štátnej pomoci poskytnutej určitému príjemcovi, sa nemusia týkať iba tohto príjemcu, ale aj nadobúdateľa aktív,

ktoré príjemca štátnej pomoci ponúkne na predaj. Okrem tradičnej požiadavky na kvality nadobúdateľa (absencia prepojenia na prijímateľa pomoci, solventnosť, know-how, motivácia, ...) Komisia neváhala sformulovať požiadavku na maximálny podiel tohto nadobúdateľa na dotknutom trhu po prípadnej kúpe aktíva predávaného prijímateľom pomoci. V spomínanom prípade *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Royal Bank of Scotland* Komisia obmedzila podiel budúceho nadobúdateľa aktív predávaných prijímateľom štátnej pomoci, na britskom trhu poskytovania úverov malým a stredným podnikom na 14% (bod 246) a v spomínanom prípade *štátnej pomoci Veľkej Británie v prospech spoločnosti Lloyds Banking Group* obmedzila podiel budúceho nadobúdateľa aktív predávaných prijímateľom štátnej pomoci na britskom trhu osobných bežných účtov tiež na 14% (bod 190). Komisia tak môže pretvárať štruktúru dotknutého trhu nielen znižovaním trhového podielu prijímateľa štátnej pomoci, ale aj obmedzovaním trhového podielu budúceho nadobúdateľa aktív, ktoré prijímateľ odpredáva.

5. Záver

K prípadom poskytovania štátnej pomoci dochádza aj v období hospodárskeho rozmachu. Hospodárska kríza, a najmä hospodárska kríza celoeurópskeho rozsahu, však vytvára situáciu, keď v rámci krátkého časového obdobia sa môže dostať do problémov veľký počet podnikateľských subjektov, vrátane podnikateľských subjektov, ktoré v ekonomike plnia nezastupiteľnú, systémovo dôležitú úlohu, ako napr. banky. Celoeurópska hospodárska kríza, s ňou prichádzajúce obnaženie nesprávnosti obchodných rozhodnutí mnohých bánk a pokúšenie mnohých členských štátov udržať tieto problémové banky pri živote masívnymi štátnymi dotáciami, mohli vzbudzovať obavu, že obdobie hospodárskej krízy bude v bankovom sektore obdobím, keď imperatív ochrany hospodárskej súťaže bude musieť úplne ustúpiť do úzadia, že bude obetovaný v mene nutnosti záchrany bánk. V tejto súvislosti Komisia otvorene deklaruje, že v kontexte hospodárskej krízy má imperatív zabezpečenia stability finančného sektora prednosť pre imperatívom ochrany hospodárskej súťaže (bod 29 oznámenia o reštrukturalizácii). Prednosť pred imperatívom ochrany hospodárskej súťaže ale neznamená jeho úplné ignorovanie. V skutočnosti kombinácia: (i) existencie právomoci Komisie podmieniť súhlas s poskytnutím štátnej pomoci bankám prijatím kompenzačných opatrení na zmiernenie negatívnych dopadov poskytnutia štátnej pomoci na hospodársku súťaž, (ii) rôznorodosti a rozsahu kompenzačných opatrení vyžadovaných Komisiou, (iii) skutočnosti, že posudzované prípady štátnej pomoci sa týkali bán pôsobiacich na mnohých bankových trhoch v mnohých členských štátoch, a (iv) skoncentrovania posudzovania veľkého počtu prípadov štátnej pomoci bankám do relatívne krátkého obdobia (zhruba od roku 2007); spôsobila, že Komisia bola schopná dosiahnuť na mnohých bankových trhoch v mnohých členských štátoch citeľné zlepšenie súťažnej štruktúry trhu.

Hospodárska kríza a na ňu nadväzujúce silná politická vôľa členských štátov zachrániť „svoje“ banky poskytnutím štátnej pomoci tak nemusí byť vnímané výlučne ako obdobie zásadného odtlačenia požiadavky ochrany hospodárskej súťaže do úzadia. Naopak, hospodárska kríza môže byť príležitosťou, ako – prostredníctvom energického a konzistentného výkonu právomoci podmieniť súhlas s poskytnutím štátnej pomoci prijatím kompenzačných opatrení – môže Komisia dosiahnuť

významné zmeny v štruktúre mnohých bankových trhov smerom k zvýšeniu zdravej a zodpovednej konkurencie na týchto trhoch, významné zmeny, ktoré by inak, v období hospodárskeho rozmachu, dosiahnuť zrejme nemohla.

Kontakt

lapsansky@hotmail.com

Mgr. Ing. František Lipták

Právnická fakulta Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Vybrané hmotnoprávne a procesnoprávne otázky lex mercatoria

Abstrakt

Príspevok analyzuje problematiku transnacionálneho právneho poriadku lex mercatoria, pričom sa sústreďí na vybrané hmotnoprávne a procesnoprávne otázky. V tomto kontexte sa sústreďí na otázky legitimacy právneho poriadku lex mercatoria, otázku právnej istoty v rámci lex mercatoria a tiež na podklade vykonateľnosti rozhodcovských rozsudkov vzťahu lex mercatoria a národných právnych poriadkov ako aj medzinárodného práva verejného. Jedná sa o veľmi dynamický, organický, flexibilný a evolučný koncept, ktorý poskytuje mnoho výhod pre obchodné právne vzťahy v rámci medzinárodného obchodu.

Abstract

Contribution analyses issues of transnational legal order lex mercatoria, while it concentrates on selected substantive and procedural questions. In this context, it aims at legitimacy of legal order of lex mercatoria, issues of legal certainty in frame of lex mercatoria and also on basis of enforcement of arbitral awards, at relationship of lex mercatoria and national legal orders as well as international public law. Lex mercatoria is very dynamic, organic, flexible and evolutionary concept, which provides great range of advantages for commercial legal relationships in international trade.

Úvod

Z pozorovaní fungovania právnych systémov je známe, že variabilita kvalít právnych poriadkov sa spája s rozdielmi, ktoré nie sú iba subtílné. Kvalita právneho poriadku môže rozložiť množstvo atribútov, ktoré obsaňuje vo väčšej alebo menšej miere. Medzi veľmi podstatné atribúty patria podľa nášho názoru aj právna istota, legitimita a úroveň garancií v oblasti vykonateľnosti rozhodnutí. Tieto otázky budú diskutované v tomto príspevku. Aj keď je potrebné uviesť, že vzhľadom na obmedzený priestor, ktorý máme, nie je možné sa venovať predkladaným

problémom vo väčšej hĺbke, čo však neobmedzuje ďalší výskum týchto otázok v budúcich cykloch príspevkov.

Lex mercatoria je fenomén, ktorý si svojou povahou a postavením získal pozornosť medzinárodnej právnickej komunity. Vzhľadom na širokú ponuku zaujímavých problémov, ktoré majú povahu fundamentálnych otázok, čoho svedkom je aj živá diskusia¹ v akademickej literatúre v poslednej dobe, je badateľné, že sa nejedná o okrajový súbor otázok právnej náuky, ale že sa jedná o živý, organický, dynamický a flexibilný fenomén so značným potenciálom ďalšieho rozvoja.

Praktický dopad lex mercatoria má o to väčší potenciál a o to väčší dopad, o čo viac vyhovuje povahe medzinárodných obchodných transakcií. Ako raz povedal Ole Lando, rôznosť zmluvných práv v Európe predstavuje necolnú prekážku obchodu.² S týmto argumentom sa stotožňujeme, nakoľko sme toho názoru, že vytvorenie viac štandardizovaného právneho poriadku (alebo záväzného kódexu) transnacionálnej povahy by prospelo medzinárodnej obchodnej výmene a odstránilo prekážky spočívajúce v rozličných právnych normách, pričom cieľom by mal byť aj vznik hmotnoprávne a procesnoprávne neutrálneho a predvídateľného prostredia oproti národným právnym poriadkom. Pochopiteľne, celá situácia je o niečo zložitejšia a a zasluhuje si ďalší výskum. K tomu pripočítajme právnu neistotu generovanú zložitou medzinárodného práva súkromného a porovnajme ju s možnosťou jednotného právneho poriadku ktorý si je možné zvoliť.

V nasledujúcich odstavcoch budeme diskutovať právnu istotu, legitimitu a vykonateľnosť rozhodnutí v kontexte transnacionálneho práva lex mercatoria.

Právna istota

Jedným z kľúčových argumentov poukazujúcich na nevýhody lex mercatoria je argument právnej (ne) istoty. Vzhľadom na to, že lex mercatoria vzhľadom na poukazovaný nedostatok komplexnej právnej úpravy všetkých situácií, ktoré môžu pri obchodných transakciách nastať (lex mercatoria je v značnej miere relatívne neuzavretý a voľnejší systém obsahujúci viaceré komponenty nepísaného

1 Napríklad: Shmatenko, Leonid, Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law? (April 15, 2013). Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Volume III, 2013, Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2251144>

Principles of European contract law: an autonomous lex mercatoria or part of a universal lex mercatoria? by Zeeshan Mansoor *International Journal of Private Law (IJPL)*, Vol. 6, No. 1, 2013

Gimenez-Corte, Cristián, Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement (January 1, 2013). Transnational Legal Theory, Volume 3, Number 4, 2012, pp. 345-370(26). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2295530>

Cuniberti, Gilles, Three Theories of Lex Mercatoria (April 3, 2013). Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52, No. 1, 2013; University of Luxembourg Law Working Paper No. 2013-1. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2244349>

2 Ole Lando, Optional or Mandatory Europeanization of Contract Law, 8 EUR. REV. PRIV. L. 59, 61 (2000). in: Anastasia Vezirtzi THE WAY TOWARDS THE UNIFICATION OF CIVIL LAW IN THE EUROPEAN UNION: REFLECTIONS AND QUESTIONS RAISED, 15 COLUM. J. EUR. L. F. 13 (2009)

práva) v porovnaní s národnými právnymi poriadkami, čo môže implikovať záver, že lex mercatoria nedokáže poskytnúť dostatočné záruky právnej istoty. Ďalej je možné argumentovať, že nedostatok právnej istoty je esenciálnou náležitosťou, ktorá tomuto právnemu poriadku alebo súboru pravidiel chýba.

Argument právnej neistoty je v literatúre opisovaný v tom zmysle, že koncept lex mercatoria sa vyznačuje vágnosťou a neúplnosťou. Toto konštatovanie nachádzame v modifikovanej podobe na viacerých miestach³, či už sa s ním autori stotožňujú alebo s ním nesúhlasia, čo poukazuje na existenciu vnímania tohto problému, a jeho relevanciu v tejto diskusii.

Tento argument bol spomínaný viacerými autormi⁴ Dalhuisen vo svojej štúdii spomína uvádzaný protiargument: „*Presnejšie, tradičný prístup obsahujúci právny formalizmus, ktorý chápe právo v podstate ako systém pre-existujúcich prísnych a pevných písaných pravidiel, dostatočne kompletný a sebestačný na to, aby dokázal vyriešiť všetky nevyriešené otázky.*”⁵

Manriruzzaman uvádza protiargument kritikov koncepcie lex mercatoria, že domáce právne poriadky alebo medzinárodné právo verejné poskytujú dostatočný rámec pre zmluvné vzťahy, zatiaľ čo lex mercatoria nespĺňa takéto štandardy.⁶ Ako už bolo uvedené, prítomnosť takýchto konštatovaní môžeme nájsť v literatúre na viacerých miestach.

Napriek vyššie uvedeným argumentom musíme uviesť poznatok, že aj keď je pravda, že nie všetky súčasti lex mercatoria musia byť nutne kodifikované alebo, nemôžeme dôvodiť, že právna istota v prípade lex mercatoria je neexistujúca alebo právna neistota podstatná. Neexistencia právnej istoty je pôsobivým argumentom do toho momentu, pokiaľ nezoberieme do úvahy existenciu rôznych pomerov právnych istôt v rôznych národných právnych poriadkoch. Existujú právne poriadky, ktoré sú národné, ale neposkytujú dostatočnú mieru právnej istoty, aj keď môžu poskytovať dostatočne precizované súbory pravidiel, to sa týka aj vymožitelnosti a záväzkov v

3 Felix Dasser, Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic Jusletter 6. Januar 2003, s.5 <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/LMCRIT.pdf>

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ, Lex Mercatoria, School of Law, Department of Private Law University of Aarhus 2002 s. 49

http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf

L.J. Mustill, The New Lex Mercatoria, supra note 1, at 149. in: J. H. Dalhuisen, Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its

Lex Mercatoria, 24 Berkeley J. Int'l Law. 129 (2006). s. 52 Available at:

<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol24/iss1/3>

C. Windbichler, Lex Mercatoria 2001 International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, ISBN: 0-08-043076-7 Elsevier Science Ltd. All rights reserved. s. 8742

4 J. H. Dalhuisen, Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria, 24 Berkeley J. Int'l Law. 129 (2006). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol24/iss1/3> strana 5.

5 Ibid.

6 Manriruzzaman, Abul F.M. "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?" American University International Law Review 14, no. 3 (1999): 657-734. strana 703.

zmysle nákladnosti a priemernej dĺžky konania v rôznych jurisdikciách, aj keď je pravda, že tento argument je viac procesnoprávny ako hmotnoprávny.

V hmotnoprávnej oblasti tiež nie je možné argumentovať, že právna úprava národných právnych poriadkov by mala byť vnímaná ako kompletná. Nie je tomu vo veľkej miere tak. Klaus Peter Berger argumentuje⁷ vo svojej knihe *Creeping codification of lex mercatoria*, že aj keď dochádza k porovnaniu lex mercatoria s národnými právnymi poriadkami, v tom zmysle, že lex mercatoria je vykresľovaná ako neúplná a národné právne poriadky založené na kódexoch ako „self contained“ teda sú dostatočne uzavreté, vyčerpávajúce - poznamenáva, že tento pohľad nie je správny nakoľko sa nezakladá na pravde, pretože každá kodifikácia nemyslí na „tisíc neočakávaných problémov“.⁸ (právo úplné a vyčerpávajúce - *ius semper loquitur*⁹ sa nekoná¹⁰), a že s nekompletnosťou sa potýkajú aj také úpravy ako Burgerliches Gesetzbuch alebo Code Civil nie je možné kvalifikovať ako „self contained“ právne systémy v zmysle logickej a koncepcnej konzistencie¹¹. Vo svojom diele poskytuje ďalšie argumenty a rozvíja ideu lex mercatoria, pričom veľmi presvedčivo odvracia argumenty mnohých jej kritikov, ktorí posudzujú lex mercatoria na uvádzanom základe.

Z toho jasne vyplýva, že právna neistota je viac menej invariantnou veličinou, ktorá sa vyskytuje bežne pri kodifikáciách, a tiež poznatok, že objektívne nie je možné predvídať všetky situácie a právna neistota bude existovať vždy, viac alebo menej alebo, že sa s ňou bude potrebné vysporiadávať priebežne.

Je teda možné použiť argument, že kodifikácie sú vo svojej podstate rovnako problematické, bezohľadu na štátny alebo neštátny pôvod, a teda nie je možné tvrdiť, že sa jedná o podstatnú kvalitatívnu odchýlku. Odtiaľ je takmer triviálne dôvodiť, že *lacunae* sú prekonateľné (a aj prekonávané) výkladom. Tento argument používa aj Klaus Peter Berger.¹²

Lex mercatoria je však organickejšia a flexibilnejšia ako národný právny poriadok, preto je možné ju jednoduchšie inovovať a právna neistota sa dá prekonať jednoduchšie a rýchlejšie, pretože nie je viazaná rigiditou písaného práva a okrem kodifikovaných noriem existuje aj výklad, princípy a prax arbitrážnych súdov, pričom, aj písané soft law, ktoré je tvorené neštátnymi subjektmi, poskytuje dostatočne komplexný základ pre spravovanie sa právnych vzťahov v medzinárodnom obchode, ktoré majú svoje špecifiká. Kombinovaná povaha lex mercatoria sa v tomto svetle sa javí byť viac výhodou ako brzdou medzinárodného obchodu a právnych vzťahov s ním spojených, vzhľadom na uvedené špecifiká pre medzinárodné obchodné transakcie a vlastnosti transnacionálneho právneho systému.

Platnosť konštatovania, že lex mercatoria poskytuje právnu istotu zjavná najmä pri princípoch UNIDROIT a tiež pri PECL, ktoré sú dostatočne rozpracované na to, aby sme mohli uvažovať o splnení podmienky dostatočnej úplnosti a poskytnutia právnej istoty. Existuje teda viacero dostatočne transparentných

7 Klaus Peter Berger **The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, Second Edition**, Kluwer Law International, .2010 s. 119

8 Ibid

9 Ibid

10 Ibid

11 Ibid

12 Ibid.

hmotnoprávných základov pre zaručenie právnej istoty v kontexte transnacionálneho práva *lex mercatoria*.

Z hľadiska právnej vedy je existuje aj otázka smerujúca voči povahe *soft law*, teda či môžeme hovoriť pri *soft law* o práve ako takom. Môže byť *lex mercatoria* právnym poriadkom a ak áno, je *soft law* jeho súčasťou? To, či niečo je alebo nie je právom implikuje otázku, či je možné alebo nie je možné sa na niečo spoľahnúť a ak áno, v akej miere? Je *soft law* právo alebo sa len môže stať súčasťou práva, keď dôjde k aplikácii *soft law*, a teda až v prípade, ak *soft law* nadobudne podobu *law in action* a dôjde k jeho voľbe (*opt in*)? Aj keď mnohé z komponentov *lex mercatoria* môžu mať povahu *soft law*, nie všetko *soft law* je *lex mercatoria*. Ktoré *soft law* je súčasťou *lex mercatoria*, a ktoré už nie? Modelové zmluvy OECD o zamedzení dvojitého zdanenia neupravujú priamo vzťahy medzi obchodníkmi, preto nie sú súčasťou *lex mercatoria*, aj keď sú svojou povahou *soft law*.¹³ Princípy zmluvného práva naopak, už budú predstavovať súčasť *lex mercatoria*.

Ďalším argumentom, ktorý hovorí o právnej istote, je už spomínaný argument vychádzajúci z hmotnoprávných otázok spájajúcich sa právnou istotou. To môže znamenať aj to, že národné právne poriadky môžu byť rovnako nepredvídateľné, nakoľko národné právne poriadky nie sú citlivé voči očakávaniam strán sporu s rôznym právnym pozadím a nemusia byť preto vhodné pre cezhraničné obchodné transakcie.¹⁴

Ekonomický argument a právna istota

Veľké jurisdikcie si vystačia samé o sebe skôr ako malé jurisdikcie, a malé jurisdikcie musia znášať náklady právnej neistoty v dôsledku vystavenia ich účastníkov rizikám, ktoré vyplývajú z rôznosti právnych poriadkov, keďže sú viac odkázané na spoluprácu a medzinárodnú deľbu práce (ako na vlastný národný trh), ktorá sa v trhovej sfére odráža vo formulácii a draftovaní kontraktov v rámci kontraktuálnych súkromnoprávných vzťahov. Interakcia v rámci právne heterogénneho prostredia so sebou prináša právne riziká, ktoré majú, pochopiteľne, aj svoje ekonomické alebo finančné konsekvencie. To malým jurisdikciám poskytuje vyššiu motiváciu byť otvorenými voči iniciatívam, ktoré prispievajú k budovaniu transnacionálnych právnych systémov najmä prostredníctvom pravidiel, ktoré sú pripravované neštátnymi subjektmi.

Poskytnutie neutrálneho právneho poriadku, aj prostredníctvom kodifikácie pravidiel, umožňuje v podstatnej časti prekonať a minimalizovať široku paletu právnych rizík a odbúrať zbytočné formálne prekážky pri medzinárodných obchodných transakciách. Jedná sa o mikroekonomický argument transakčných nákladov. Vzhľadom na heterogénnosť právnych vzťahov a počet kombinácií pri

13 Viac v: Huba, P. The Role of Double Tax Conventions in International Tax Law. In: AD ALTA: Journal of Interdisciplinary Research. - ISSN 1804-7890. - Vol. 3, no. 1 (2013), s. 50-53.

14 Maniruzzaman, A. F. M., The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? (February 5, 1999). American University International Law Review, Vol. 14, No. 3, p. 658, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1338060>

medzinárodných transakciách značného množstva malých jurisdikcií, je vskutku ekonomicky a aj právne racionálne štandardizovať prostredníctvom kodifikácie obsah právnych vzťahov v medzinárodnom obchode. V tomto prípade je predkladaný argument analogický komunikačnému problému, pretože je jednoduchšie, ak ovládame nemčinu, angličtinu, ruštinu, ako keby mal každý ovládať každý jazyk každého členského štátu alebo každej krajiny. To isté sa týka detailnej znalosti domácich právnych poriadkov.

Pre rozvinutie tohto argumentu je vhodné podporiť jeho vysvetlenie na základe podporného mikroekonomického argumentu. Malé jurisdikcie sú z ekonomického hľadiska obobné sieťovým vzťahom. Rovnako ako v prípade peňazí, ktoré sa vyznačujú aj funkciou prostriedku výmeny, môžeme konštatovať, že benefit z ich používania rastie s počtom subjektov, ktoré ich používajú, hovorí sa o sieťových efektoch¹⁵.

Pri fungovaní siete transakčných vzťahov, kde benefity z používania pravidiel rastú s počtom používateľov znamená, že aplikácia kodifikovaného alebo inak štandardizovaného súboru pravidiel má charakter sieťových externalít¹⁶ (pozitívnych), rovnako ako peniaze. Čitateľnosť pravidiel pre všetkých a odstránenie idiosynkratických anomálií lokálnych alebo národných právnych poriadkov zvyšuje právnu istotu v medzinárodných obchodných vzťahoch.

Právna istota vo vzťahu k zložitosti právneho systému – protirečivý argument?

Argument právnej istoty je v prípade očakávaného sporu ako dvojsečný Damoklov meč. Na jednej strane, očakávaná komplexná úprava situácií v domacom právnom poriadku, ktorá má svojou precizovanosťou docieľiť právnu istotu, sa môže zmeniť vzhľadom na kvantá právnej úpravy a tiež na prostredie, s ktorými je spojené charakteristické množstvo právnych rizík, na nie tak optimálnu, ako sa predpokladalo. Je treba povedať, že právne poriadky netvoria iba pravidlá istých kvalít a atribútov, ale aj aplikácia týchto pravidiel, menovite interpretácia pri ich aplikácii. Je teda logické, že právna istota je kauzálne korelovaná aj s familiaritou právneho poriadku a neutralitou fóra (a možno niektorými ďalšími atribútmi.). Vzhľadom na to, že rôzne inštitúty v rôznych právnych poriadkoch môžu obsahovať rôzne interpretácie pri ich aplikácii na daný skutkový stav, národný právny poriadok sa nemusí javiť ako najvyhovujúcejšia alternatíva, pretože môže byť pre druhého účastníka právneho vzťahu neprebádanou oblasťou plnou nástrah.

Tiež je nutné priznať, že medzinárodné pramene práva, ktoré sú súčasťou lex mercatoria neexistujú len tak to vákku samé pre seba, ale vznikli práve z tých dôvodov a kvôli tým aspektom národných právnych poriadkov, ktoré brzdia alebo nevyhovujú povahe medzinárodných obchodných transakcií.

Summa summarum, precizovaná právna úprava spojená s kvantami právnej úpravy zápasí s ďalšou anomáliou, ktorá vyplýva z vlastností nie iba právnych systémov a tou je *zložitosť*. Komplexita znižuje schopnosť rovnako kvalitne spracovávať kvantá platných právnych pravidiel čo samo o sebe indukuje rast právnych rizík, inými slovami, zvyšuje stupeň právnej neistoty. Komplexné súbory

15 Encyclopedia of Law and Economics <http://encyclo.findlaw.com/0760book.pdf>

16 Ibid.

pravidiel môžu generovať rovnako právnu neistotu ako neúplné súbory pravidiel, rozdiel je v tom, že zatiaľ čo pri menej rigidných súboroch pravidiel je možné flexibilnejšie prekonať interpretáciou medzery vzhľadom na existenciu ďalších procesných inštitútov, pri viac rigidných právnych poriadkoch to možné nie je. Pretože sa musíme riadiť striktným písaným pozitívnym právom a nie súborom všeobecnejších princípov a obyčají, ktoré dokážu vzhľadom na praktické fungovanie obchodných vzťahov poskytnúť právnu istotu za iných podmienok.

Vzťah precíznosti a právnej istoty preto nemôžeme, vzhľadom na uvedené, nutne považovať za lineárny. K tomu je možné dodať takmer triviálne konštatovanie, že obchodníci nie sú nutne profesionálni právnici so znalosťou jedného právneho poriadku, nie to ešte so znalosťou viacerých právnych poriadkov, ale osoby, ktoré potrebujú jednoducho, spoľahlivo a rýchlo riešiť vzniknuté spory, uzatvárať obchodné zmluvy bez toho, aby boli vystavení širokej palete právnych rizík charakteristických pre domáce právne poriadky. Podobné otázky ako profesionalita obchodníkov a ich obchodné aktivity spolu s vysvetlením niektorých kauzálit relevantných pre vzťah k právu a k *lex mercatoria* bližšie diskutujú iní autori.¹⁷, ktorí sa v detailnejšej miere zaoberali vysvetlením ich správania.

Ďalším spochybňovaným kvalitatívnym znakom *lex mercatoria* je jej legitimita. Tejto otázke sa budeme bližšie venovať v ďalšej časti nášho príspevku. *Lex mercatoria* nevyplýva z vôle suveréna, ktorým je štát, ale jej obsah je v širokej miere odvodený z noriem, ktoré vznikli na neštátnej alebo trhovej báze. Legitimita je preto zaujímavou otázkou vo vzťahu *lex mercatoria*.

Všeobecne o legitimitě *lex mercatoria*

Pri skúmaní legitimacy nutné zohľadniť tak demokratickosť procesu tvorby práva ako aj materiálnu stránku alebo legitimitu samotného výsledku daného procesu. Protiargumenty dotýkajúce sa legitimacy *lex mercatoria* ako právneho poriadku sa zakladajú na viacerých druhoch pohľadov, ktoré zohľadňujú rôzne kritériá.

Legitimita vyplýva z demokratickosti spôsobu, akým prebiehajú procesy alebo postupy, pri ktorých dochádza k normotvorbe, druhým atribútom je legitimita výsledku týchto procesov, čo znamená otázku, či sú pravidlá, ktoré vznikajú autonómne, sú decentralizovane a neštátne dostatočne legitímne a zaslúžia si byť nazývané právnym poriadkom alebo jeho súčasťou.

Tolko k nášemu vymedzeniu legitimacy práva, aj keď sme si vedomí, že existuje širšie množstvo uhlov¹⁸, z ktorých môžeme uvádzanú otázku skúmať a množstvo náhľadov, ktorými môže byť táto problematika analyzovaná.

17Cuniberti, Gilles, Three Theories of Lex Mercatoria (April 3, 2013). Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52,

No. 1, 2013; University of Luxembourg Law Working Paper No. 2013-1. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2244349>

18 Legal theory lexicon: Legitimacy. Legal Theory Blog <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2012/09/legal-theory-lexicon-legitimacy.html> September 2, 2012

Ak zoberíme do úvahy argument prostredia a potrieb medzinárodného obchodu, je zrejmé, že národné právne poriadky nemusia a nutne ani nie sú optimálne pre obidve zmluvné strany v medzinárodnom obchodnom styku. Je tiež pochopiteľné, že subjekty medzinárodných obchodnoprávných vzťahov nutne nie sú oboznámené s myriadou právnych rizík a parochiálnych detailov fungovania právnych poriadkov jednotlivých štátov, ktoré majú detailne rozvinuté doktríny, tiež nie je na mieste očakávať, že budú poznať aj interpretáciu inštitútov a a subtilne odchýlky v situáciách posudzovaných judikatúrou alebo že dodatočná právna pomoc pre nich nemôže implikovať podstatné náklady právneho poradenstva a zastúpenia, ktoré by mali prispieť k minimalizácii právnych rizík a uľahčeniu medzinárodnej obchodnej výmeny a zlepšiť tak fungovanie globálizovaného svetového trhu. Kritérium posudzovania kvalít právnych poriadkov, ak máme na mysli národne právne poriadky a kritériá kladené na existenciu transnacionálneho neštátneho práva preto nemôžu byť stotožňované a ani považované za univerzálne. Je teda adekvátne považovať existenciu *lex mercatoria* ako transnacionálneho práva za opodstatnenú najmä z dôvodov špecifických potrieb subjektov medzinárodných právnych obchodných vzťahov, ktorými sú najmä obchodníci.

Preto nie je nutne správne podrobiť kritériám právneho poriadku štátu právny systém *lex mercatoria*, nakoľko ich účely sa rôznia a *lex mercatoria* si nekladie za cieľ byť právnym poriadkom štátneho typu, ale autonómnym transnacionálnym právnym režimom.

Dalhuisen argumentuje vo svojom príspevku, že *lex mercatoria* odvodzuje svoju legitimitu z právneho poriadku, v ktorom operuje, v rámci štátov ide o štátny právny poriadok, medzi štátmi ide o medzinárodný právny poriadok, pre EU krajiny je to špeciálny konfederátny právny poriadok, ktorý pôsobí medzi členmi EU, a pre medzinárodný obchod a financie sa jedná o transnacionálny obchodný a finančný právny poriadok, vzhľadom k tomu, čo francúzsky Kasačný súd od „Putrabali“ nazýva medzinárodný arbitrážny poriadok, uvádza tento argument¹⁹ vo svojom príspevku (*Legal Orders and their Manifestation*). Vo svojom príspevku na *Opinio Iuris* ďalej autor ponúka historický argument, ktorý poukazuje na fakt, že súkromné právo v histórii bolo sotva produktom demokratického procesu, to sa týka tak práva rímskeho ako aj moderných civilných kódexov z 19. storočia.

Legitimita *lex mercatoria* ako transnacionálneho právneho poriadku neštátnej povahy

Ďalším argumentom je podľa autorov nedostatok legitimacy *lex mercatoria* ako právneho poriadku. Aj keď je tento právny argument prípustný, nakoľko legitimita je významným atribútom právneho poriadku, je vhodné, položiť si otázku *a contrario*, v čom spočíva nelegitímnosť *lex mercatoria*?

Existuje relevantný a dostatočne silný protiargument proti tomuto tvrdeniu?

Za dostatočný protiargument považujeme argument autonómie strán v otázke voľby práva. Voľba práva a voľba fóra sú podľa nášho názoru dostatočným, a postačujúcim zdrojom legitimacy, nakoľko je veľmi obtiažne si predstaviť bližší,

¹⁹ Ian H. Dalhuisen blog *Opinio Iuris* z 4. Apríla 2012
<http://opiniojuris.org/2012/04/04/the-modern-lex-mercatoria-and-its-legitimacy/>

priamejší a silnejší zdroj legitimizácie právneho poriadku, ako jeho dobrovoľný výber. Takýto voluntaristický náhľad apriorne predpokladá stotožnenie sa s aplikáciou daného súboru pravidiel, čo legitimizuje ich použitie a demonštruje ich legitimizáciu aj navonok. Nakoľko sa nehovorí o autonómii strany, ale o autonómii strán, predpokladá sa súlad vôle viac ako jednej strany. Tento argument legitimizácie tak naberá silu v dimenziách vzájomného súladu pri určení právneho poriadku. Strany si uvedomujú jeho kvalitu a akceptujú ho. Určený právny poriadok sa stáva legitímny, ak je to *lex mercatoria*, platí naplnenie podmienok tohto kritéria aj pre *lex mercatoria*. Ak je pochopiteľne zvolený iný súbor pravidiel alebo je tento súbor pravidiel inak precizovaný alebo vyskladaný, je legitimizovaný rovnako. Rovnako je legitimizovaný alebo ilegitimizovaný aj národný právny poriadok. Stotožnenie sa obidvoch strán, či už sporu alebo účastníkov medzinárodnej obchodnej transakcie s uvádzaným súborom pravidiel je možné považovať za splnenie postačujúcej podmienky. A možnosť voľby za nevyhnutnú podmienku legitimizácie súboru pravidiel *lex mercatoria* ako aj iných poriadkov. Autonómia strán teda v neutrálnom prostredí slobodnej voľby práva a fóra poskytuje legitimitu súboru pravidiel *lex mercatoria*. Tento argument sa opiera o teoreticko právne vymedzenie postojov právu ako úcty k **právu alebo jeho akceptácii**. Legitimizácia vyplýva zo slobody voľby právneho poriadku, ktorá vyplýva z princípu autonómie strán. Kritériom legitimizácie právneho poriadku je jeho slobodné zvolenie si právneho poriadku alebo súboru pravidiel, ktorými sa majú medzinárodné obchodnoprávne vzťahy spravovať, nakoľko tieto pravidlá zmluvným stranám vyhovujú, z rôznych dôvodov ako napríklad právna istota, neutralita, štandardizácia a kvalita noriem etc.

Na základe uvedeného preto nemôžeme súhlasiť s argumentom, že *lex mercatoria* ako taká nie je legitímna. *Lex mercatoria* je legitimizovaná najmä prostredníctvom uvádzanej autonómie strán, rešpektujúc ich slobodnú voľbu, sme toho názoru, že im je týmto spôsobom poskytnutá legitimizácia, nakoľko voľba *lex mercatorie* zmluvnými stranami poukazuje na legitimitu v obidvoch ohľadoch – na procesnú ako aj na hmotnoprávnu neutralitu, ktoré vytvárajú neutrálne (nezaujaté, nestranné a nefavorizujúce) právne prostredie. Považujeme za dôležité rozvinúť argument neutrality v obidvoch ohľadoch.

1. Argument neutrality (hmotnoprávnej). To, čo samo o sebe legitimizuje *lex mercatoria* ako samostatný právny poriadok je práve atribút jeho hmotnoprávnej neutrality. Z ad hoc pozorovaní môžeme usúdiť, že kodifikácie sú iniciované a poskytujú najviac benefitov práve malým krajinám alebo obchodníkom z krajín s menej výraznými právnymi kultúrami alebo doktrínami. Ak pripustíme existenciu transnacionálneho právneho poriadku, ktorý účinne uspokojuje potreby a požiadavky obchodníkov prostredníctvom pre nich prispôsobených noriem medzinárodného obchodného práva, môžeme konštatovať, že na rozdiel od voľby národného právneho poriadku konkrétneho štátu, sú práva a povinnosti týchto subjektov spadajúce pod transnacionálny právny poriadok obsahom nefavorizujúce žiadnej zo strán, pretože sú výsledkom konsenzu, komparácie a dlhodobých diskusií pri ich navrhovaní. Tieto pravidlá sú tiež transparentné, nakoľko ich neutralita nechystá nástrahy na žiadneho z účastníka strán, a je im rovnako prístupná, neposkytujú výhody z lokálnej znalosti právnych rizík pre žiadnu zo strán, nezvýhodňujú v znalosti právneho poriadku žiadnu zo zmluvných strán. Táto právna úprava je výsledkom konsenzu, je hmotným

právom, ktorého normy predstavujú ekvilibrium, ktoré je modifikovateľné dispozitívnou povahou súkromného práva a procesom negociácie, na základe zmluvnej slobody strán, bez toho, aby boli poskytnuté neprimerané výhody žiadnej zo strán, ani obsahom noriem, ani právnymi rizikami a v poslednom rade ani ich výkladom.

2. Argument procesnoprávnej neutrality spočíva vo voľbe fóra . Okrem hmotnoprávnej časti práva *lex mercatorie* rozoznávame aj časť právneho poriadku *lex mercatoria*, menovite oblasť procesnoprávnej *lex mercatorie*, explicitne súvisiacej s arbitrážnym konaním, teda s procesným súborom pravidiel. Badateľný atribút procesnej neutrality znamená, že zmluvné strany, ktoré sa rozhodli riešiť spor prostredníctvom medzinárodnej obchodnej arbitráže, si volia rozhodcov, ktorým dôverujú. Títo rozhodcovia nemusia byť na rozdiel od klasického štátneho súdnictva občanmi krajín, ktoré by zodpovedali zmluvným stranám. Fórum je neutrálne. Rozhodcovské poriadky medzinárodných rozhodcovských súdov poskytujú možnosť voľby, pričom dbajú na inštitúty nezávislosti a nestrannosti rozhodcov s možnosťou použitia námietok. Nezávislosť a nestrannosť ako garancie práva na spravodlivý proces sú v neutrálnom fore umocnené tým, že neposkytujú motív, ktorým môžu čeliť národné súdy – favorizovať účastníka zmluvného vzťahu, ktorý je rezidentom. Takýto vývoj je viac rizikový pre národné súdy, oproti neutrálnemu fóru, a preto je aj vyššie riziko diskriminácie nerezidentov na pôde všeobecných štátnych súdov.

Sme toho názoru, že neutralita, ktorá inými slovami znamená, že poskytuje vyvážené práva a povinnosti obidvom stranám sporu, ako aj to, že procesné práva sú rešpektované rovnako a tak, aby nedošlo k porušeniu princípov nezávislosti a nestrannosti, prispieva k legitímnosti *lex mercatoria* ako právneho systému, pretože poskytuje kvality, ktoré nie sú nutne badateľné alebo garantovateľné na pôde domácich právnych poriadkov, vzhľadom na uvedené argumenty, nie sú však ani optimálne pre správu medzinárodných obchodných vzťahov v takom zmysle, aby garantovali rovnaký stupeň právnej istoty obidvom stranám. Neutralita je istou zárukou pre legitimizáciu obsahu pravidiel tak hmotnoprávných ako aj procesu.

Vzťah *lex mercatoria* a štátu výkon rozhodnutí arbitrážnych súdov

Medzi podstatné otázky obklopujúce fenomén *lex mercatoria* patrí predovšetkým vzťah transnacionálneho právneho systému s národnými právnymi poriadkami, inými slovami, so štátom.

Je preto potrebné preskúmať vzťah *lex mercatoria* a národných právnych poriadkov a tiež medzinárodného práva verejného.

Ak sa rozhodneme analyzovať otázku výkonu a uznania rozsudkov rámci medzinárodnej obchodnej arbitráže vo vzťahu k rozhodnutiam na podklade *lex mercatoria*, je potrebné zobrať do úvahy, že medzi podstatné náležitosti akéhokoľvek právneho poriadku patrí výkon rozhodnutí. *Existencia* donútenia ako garancia vymožitelnosti obsahu existujúcich záväzkov by mala byť braná do úvahy , ak máme na mysli efektívne fungovanie právneho poriadku alebo by mali byť stanovené alternatívne kritériá alebo mechanizmy, ktoré by zabezpečili jeho fungovanie alebo zabezpečenie porovnateľných účinkov .

Rozhodnutia vydané v rámci medzinárodnej obchodnej arbitráže a ich výkon sa spravuje Dohovorom o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí z New Yorku z roku 1958. Tento prameň práva implikuje, že štáty ním zaviazané sú povinné ho aplikovať, vice versa, štáty nim nezaviazané ho aplikovať povinné nie sú, pretože nie je súčasťou ich právneho poriadku. Vykonateľnosť medzinárodných rozhodcovských rozsudkov preto závisí od ratifikácie dohovoru štátom, v ktorom sa má výkon daného rozhodnutia uskutočniť. Inak sa situácia komplikuje a nastáva stav právnej neistoty.

Lex mercatoria, ako súbor právnych pravidiel, na základe, ktorého noriem je možné rozhodovať spory v rámci medzinárodnej obchodnej arbitráže, je preto vo vzťahu k štátnemu právnemu poriadku, v otázke výkonu medzinárodných rozhodcovských rozhodnutí v pozícii využívania noriem prameňa práva, ktorým je medzinárodná zmluva upravujúca výkon a uznávanie cudzích rozhodnutí medzinárodných rozhodcovských tribunálov. Inými slovami, v tomto prípade sa právny poriadok, ktorým je lex mercatoria ako autonómne a transnacionálne právo, spolieha pri vynutiteľnosti rozhodnutí na prameň medzinárodného práva verejného a s tým súvisiacu súčinnosť štátov. Pochopiteľne, je treba poznamenať, že tento štandardný a klasický spôsob výkonu rozhodnutí nie je jediným a ani nevyhnutným spôsobom, aj keď je široko pertraktovaný a vo významnej miere prispieva k zabezpečeniu právnej istoty v medzinárodných právnych obchodných vzťahoch.

Vzťah lex mercatoria k právnemu poriadku štátu je preto vzťahom poskytovania právnych záruk a grancií podpory v oblasti výkonu rozhodnutí, ktoré boli vydané na podklade transnacionálneho práva neštátneho pôvodu.

Za účelom analýzy interakcie procesnoprávnej ako aj hmotnoprávnej zložky právneho systému lex mercatoria s národnými právnymi poriadkami štátnej povahy je potrebné identifikovať strety fungovania týchto systémov pri výkone rozhodnutí, nakoľko okrem uvádzaného argumentu podporného vzťahu týchto normatívnych systémov pri výkone arbitrážnych rozhodnutí je vhodné poukázať aj na limitáciu výkonu rozhodnutí. Môžeme konštatovať, že Dohovor z New Yorku z roku 1958 priznáva štátom istú právomoc v preskúmaní rozhodnutí (aj keď obmedzenú). Vzhľadom na súčasné fungovanie medzinárodnej obchodnej arbitráže v oblasti uznávania a výkonu rozhodnutí preto môžeme konštatovať, že medzinárodné arbitrážne súdy a ich činnosť, vzhľadom na uvádzaný právny rámec kladie lex mercatoria do vzťahu s národnými právnymi poriadkami do pozície s vysokou autonómnosťou, pričom nie sú kladené limity iba na lex mercatoria, ale aj na štátne súdy, ktoré sa spravujú Dohovorom z New Yorku z roku 1958. Lex mercatoria teda nie je absolútne neobmedzená, v tomto konkrétnom právnom vzťahu, na druhej strane existujú obmedzenia pri preskúmaní rozhodnutí vydaných na podklade lex mercatoria arbitrážnymi súdmi. Dohovor tak udeľuje istý limitovaný rozsah právomocí pri preskúmaní arbitrážnych rozhodnutí štátom, z čoho môžeme usudzovať, že vzťah lex mercatoria a národných štátnych právnych poriadkov je moderovaný prostredníctvom uvedeného prameňa práva a obrusuje tak možné nepriaznivé strety týchto normatívnych úprav.

Ďalšou možnosťou, ktorá v sebe neobsahuje spoliehanie sa na štátne záruky donútenia je aplikácia independent contract guarantees. V nedávnej štúdii Gimenez-Cortez (2013) skúma vzťah medzi lex mercatoria, medzinárodnou obchodnou arbitrážou a nezávislými zmluvnými zárukami. Autor sa opiera o tézu, že

medzinárodná zmluva sa môže spravovať čisto na základe *lex mercatoria* bez odkazu na národný právny poriadok. Analyzuje problematiku aj z jurisdikčnej perspektívy, v tom zmysle, že spor týkajúci sa kontraktu spravujúceho sa *lex mercatoria* môže byť riešený rozhodcami bez vzťahu k akémukoľvek národnému súdu. Vo svojej štúdii autor diskutuje prítomnosť nového skutočne transnacionálneho právneho systému, nezávislého od národného právneho poriadku, nakoľko dokonca ani vo fáze vymáhania nie je potrebná pomoc národného štátu. Tieto aspekty, ako je uvedené v názve článku, v podstate spôsobujú stratu monopolu týkajúceho sa legitimacy výkonu rozhodnutí.

Inými slovami, štát nie je nevyhnutne potrebný už ani pri výkone rozhodnutí, čo potvrdzuje prítomnosť nového transnacionálneho právneho systému, ktorý je nezávislý a existuje autonómne od iných právnych systémov.

V našom komentári k tomuto poznatku by sme radi dodali, že strata monopolu štátu v oblasti výkonu rozhodnutí arbitrážnych súdov je v značnej miere podporená aj spomínaným Dohovorom z New Yorku z roku 1958. Nakoľko aj tento konštituuje značné obmedzenie absolútnej kontroly štátu nad inštitútom výkonu rozhodnutí, ktorý v iných situáciách klasicky prislúcha suverénovi – štátu. Medzinárodné obchodné transakcie a arbitrážne rozhodnutia o sporoch z nich vyplývajúcich sú preto špecifické priestorom, ktorý je poskytnutý v medzinárodnej aréne a obmedzeniami, ktoré sú kladené na štáty, signalizujúci vysokú autonómnosť rozhodovania neštátnych subjektov v rámci medzinárodnej obchodnej arbitráže.

Ako bolo už uvedené pri nezávislých zmluvných zárukách, je možné pozorovať inovatívnosť pri vývoji *lex mercatoria*, či už v oblasti procesnoprávnej, hmotnoprávnej alebo konkrétnejšie aj v oblasti výkonu rozhodnutí. Tieto inovácie sprevádzajú dynamiku spomínaného fenoménu. A aj keď sa jedná prevažne o normy prameniace z trhu alebo z činností, ktoré sú svojou povahou neštátne, transnacionálne právo akým *lex mercatoria* je, sa prispôsobuje vzniknutým okolnostiam. Vzhľadom na silné postavenie medzinárodného dohovoru, môžeme konštatovať, že vzťah *lex mercatoria* a domácich právnych poriadkov vrátane medzinárodného práva verejného je v tomto ohľade symbiotickým a podporným vzťahom.

Záver

V závere by sme radi vytýčili oblasti na ďalší výskum. V budúcnosti bude potrebné ďalej diskutovať ostatné atribúty právneho poriadku. Otázky vzťahu ostatných právnych systémov a *lex mercatoria* ako aj vzťahu reflexivity v rámci ovplyvňovania právnych systémov, vývoj právnych systémov v rámci cirkulácie a difúzie noriem a vzájomného ovplyvňovania obsahu týchto systémov, vzťahu *lex mercatoria*, medzinárodnej obchodnej arbitráže a public policy národných právnych poriadkov. Hlbšie a detailnejšie sa venovať tvorbe obsahu pravidiel a porovnania benefitov plynúcich z existencie *lex mercatoria* a jej ďalšiemu vývoju spoločne s úvahami *de lege ferenda* na odstránenie existujúcich ťažkostí.

Referencie:

HUBA,P. The Role of Double Tax Conventions in International Tax Law. In: AD ALTA: Journal of Interdisciplinary Research. - ISSN 1804-7890. - Vol. 3, no. 1 (2013), s. 50-53.

Cuniberti, Gilles, Three Theories of Lex Mercatoria (April 3, 2013). Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52,

No. 1, 2013; University of Luxembourg Law Working Paper No. 2013-1. Available at SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=2244349>

Legal theory lexicon: Legitimacy. Legal Theory Blog

<http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2012/09/legal-theory-lexicon-legitimacy.html>

September 2, 2012

Maniruzzaman, A. F. M., The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? (February 5, 1999). American University International Law Review, Vol. 14, No. 3, p. 658, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1338060>

Klaus Peter Berger: **The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, Second Edition**, Kluwer Law International, .2010 s. 119

Felix Dasser, Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic Jusletter 6. Januar 2003, s.5

<http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/LMCRIT.pdf> in:

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ, Lex Mercatoria, School of Law, Department of Private Law University of Aarhus 2002 s. 49 http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf

L.J. Mustill, The New Lex Mercatoria, supra note 1, at 149. in: J. H. Dalhuisen, Legal Orders and Their Manifestation The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria, 24 Berkeley J. Int'l Law. 129 (2006). s. 52 Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol24/iss1/3>

C. Windbichler, Lex Mercatoria 2001 International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, ISBN: 0-08-043076-7 Elsevier Science Ltd. All rights reserved. s. 8742

Ole Lando, Optional or Mandatory Europeanization of Contract Law, 8 EUR. REV. PRIV. L. 59, 61 (2000). in:

Anastasia Vezirtzi THE WAY TOWARDS THE UNIFICATION OF CIVIL LAW IN THE EUROPEAN UNION:

REFLECTIONS AND QUESTIONS RAISED, 15 COLUM. J. EUR. L. F. 13 (2009)

Shmatenko, Leonid, Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law? (April 15, 2013). Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Volume III, 2013, Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2251144>

Principles of European contract law: an autonomous lex mercatoria or part of a universal lex mercatoria? by Zeeshan Mansoor *International Journal of Private Law (IJPL)*, Vol. 6, No. 1, 2013

Gimenez-Corte, Cristián, Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement (January 1, 2013). Transnational Legal Theory, Volume 3, Number 4, 2012, pp. 345-370(26). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2295530>

Kontakt

ferocius86@gmail.com

Prof. JUDr. Karel Marek, CSc.

AKADEMIE STING, vysoká škola, Brno – Jundrov, ČR

Ještě ke smlouvě o dílo

Abstrakt

Smlouvou o dílo se zavazuje zhotovitel k provedení určitého díla a objednatel se zavazuje k zaplacení ceny za jeho provedení. Dílem se rozumí zhotovení určité věci, pokud nespadá pod kupní smlouvu, její údržba, provedení opravy nebo úpravy určité věci nebo výsledek jiné činnosti. Dílem se rozumí vždy zhotovení, oprava nebo úprava stavby nebo její části.

Abstract

Under a contract for work, the contractor undertakes to carry out specific work and the client undertakes to pay a price for its performance. Work means the creation, item, unless it falls within the scope of a purchase contract, the assembly of performance of an agreed repair or modification of a certain item, or the material expressed result of some other activity. The creation, assembly, repairs, or modification of a construction or its part shall also be deemed as work.

Klíčová slova: občanské právo, obchodní právo, občanský zákoník nový občanský zákoník, obchodní zákoník, smlouva o dílo

Key words: civil law, business law, Civil Code, New Civil Code, Commercial Code, Contract for Work

Smlouva o dílo je poměrně složitým smluvním typem, o to větší pozornost je potřeba věnovat jeho jednotlivým ustanovením, navíc v době, kdy se budou ještě nějakou dobu aplikovat ustanovení obchodního zákoníku a současně ustanovení NOZ. Smlouvě o dílo se věnujeme průběžně, dnes se zaměříme na problematiku vlastnického práva k předmětu díla, ceny a způsobu provádění díla.

Vlastnické právo ku zhotovené věci dle obch. zák. a vlastnické právo k předmětu díla dle NOZ

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

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

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

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

Je tedy možné, že vlastníkem bude jedna smluvní strana a nebezpečí nahodilého poškození ponese strana druhá. Lze též smluvně sjednat určitým způsobem vlastnictví a nositelství nebezpečí ze škod pro pozemky, dosavadní stavby a porost předané zhotoviteli k užívání či péči (v průběhu výstavby) a jiným způsobem pro zhotovované dílo samé.

Konkrétní smluvní úprava musí vycházet z konkrétních podmínek týkajících se smluvních stran a charakteru díla. Zejména je třeba vzít do úvahy způsob a termíny placení, která strana byla případně nucena vzít si úvěr, zda je dílo předmětem zástavního práva, zda se stává součástí jiného díla apod. Nemělo by být opomenuto též ujednání o včasném zajištění proti škodám a o pojištění díla v době rozestavenosti. Smluvně je vhodné řešit i otázky spojené s případným zánikem závazků provést dílo.

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

Zanikne-li však závazek provést dílo z důvodu, za který odpovídá objednatel, je objednatel oprávněn požadovat úhradu toho, o co se zhotovitel obohatil. Tato úprava obch. zák. řeší v obou případech problematiku v situacích, kdy má vlastnické právo zhotovitel a rozlišuje, kdy zanikne závazek z důvodů, za které objednatel neodpovídá, či naopak z důvodů, kdy tomu tak není. Navazující ustanovení (§ 544 obch. zák.) je řešením počítajícím s případy, kdy má vlastnické právo objednatel.

Má-li ke zhotovované věci vlastnické právo objednatel a věc nelze vzhledem k její povaze vrátit nebo předat zhotoviteli, je objednatel povinen uhradit zhotoviteli to, o co se objednatel zhotovováním věci obohatil, jestliže závazek zanikl z důvodu, za který objednatel neodpovídá. Zanikl-li pak ve stejných případech z důvodů, za něž objednatel odpovídá, může zhotovitel požadovat úhradu ceny věcí, které účelně opatřil a jež se zpracováním staly součástí zhotovované věci, pokud cena těchto věcí není zahrnuta v nároku zhotovitele podle speciálního ustanovení (viz § 548 odst. 2 obch. zák.).

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

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

NOZ k této problematice určuje, že je-li předmětem díla věc určená jednotlivě, nabývá k ní vlastnické právo objednatel. To neplatí v případě, že zhotovitel zpracoval věc objednatele na jiném místě než u objednatele či na jeho pozemku nebo na pozemku, který objednatel opatřil, nebo že je hodnota díla stejná nebo vyšší než hodnota objednatelovy zpracované věci, tehdy nabývá vlastnické právo zhotovitel. Výslovně to upravuje § 2599 odst. 1 a zhotovení věci podle druhu a na pozemku objednatele určením opaku § 2599 odst. 2. To koresponduje s úpravou obch. zák. se zhotovováním díla na pozemku objednatele nebo na pozemku, který objednatel opatřil.

Navazující ustanovení upravují situace zmaření díla. Pokud zhotovitel nabude zpracováním vlastnické právo k věci a zmaří-li se dílo z důvodu, za něž zhotovitel neodpovídá, nemá objednatel právo na náhradu za věc, kterou zhotoviteli předal ke zpracování. (Právo z bezdůvodného obohacení tím není dotčeno.) Jestliže však k tomu za stejné situace dojde z důvodu, za něž zhotovitel odpovídá, poskytne objednateli náhradu za jeho zpracovanou věc, anebo mu vrátí věc téhož druhu.

Pokud však zpracováním nabyl vlastnické právo objednatel a zmaří-li se dílo z důvodu, za který zhotovitel odpovídá, může objednatel požadovat buď vydání věci vzniklé zpracováním, anebo tuto věc odmítnout a požadovat náhradu svých věcí

použitých ke zpracování. (Vydá-li zhotovitel objednateli věc vzniklou zpracováním, není tím dotčeno jeho právo z bezdůvodného obohacení. Jestliže však objednatel věc vzniklou zpracováním odmítne, má vůči zhotoviteli právo na peněžitou náhradu za zpracovanou věc nebo na vrácení věci téhož druhu.) Jestliže ve stejné situaci došlo ke zmaření z důvodů, za něž zhotovitel neodpovídá, může objednatel požadovat jen vydání věci vzniklé zpracováním, nahradí však zhotoviteli cenu jeho věci použité ke zpracování.

Cena díla

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

Podle obch. zák. (§ 546) je objednatel povinen zhotoviteli zaplatit cenu dohodnutou ve smlouvě nebo určenou způsobem stanoveným ve smlouvě. Není-li cena takto dohodnutá nebo určitelná, a smlouva je přesto platná (tj. „když z jednání smluvních stran vyplývá vůle...“), je objednatel povinen zaplatit cenu, která se obvykle platí za srovnatelné dílo v době uzavření smlouvy za obdobných obchodních podmínek.

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

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

Při uzavírání smlouvy při zhotovování díla je možné sjednat či poskytnout zálohy. Sjednání a poskytnutí záloh k ceně za dílo se nedotýká účinků v obchodním zákoníku citovaných ustanovení (viz § 548 a § 549 obch. zák.). Je-li sjednána „pevná cena“, pak se může stát, že zhotovitel případně nedosáhne (např. když dojde ke zvýšení ceny některých vstupních dodávek nad očekávanou hladinu cen) předpokládaného kladného hospodářského výsledku. Naopak při některých příznivých skutečnostech (např. se podaří kontrahovat kvalitní subdodávku s cenou nižší, než bývá obvyklé) tomu může být naopak. Přitom způsoby stanovení ceny tvoří široký vějíř řešení (např. odkazy na ceníky, kalkulační vzorce apod.).

Pro určení ceny je přitom také možné, aby byly zpracovávány rozpočty. U smlouvy o dílo bývá určována cena podle rozpočtu poměrně často, typické to bude

zejména ve výstavbě, ale i ve vývoji a výzkumu (například ve vývoji nového strojně-technologického zařízení). Otázkám určení ceny podle rozpočtu se věnuje § 547 obch. zák. Na výši ceny nemá podle obch. zák. vliv, že cena byla určena na základě rozpočtu, jenž je součástí smlouvy nebo byl objednateli sdělen zhotovitelem do uzavření smlouvy. Jestliže však byla cena určena na základě rozpočtu, ohledně něhož ze smlouvy vyplývá, že se nezaručuje jeho úplnost, může se zhotovitel domáhat přiměřeného zvýšení ceny, objeví-li se při provádění díla potřeba činností do rozpočtu nezahrnutých, pokud tyto činnosti nebyly předvídatelné v době uzavření smlouvy.

Rozpočet s nezaručenou úplností lze při výstavbě použít například u rekonstrukcí a modernizací, kdy je v rozpočtu na základě výsledků průzkumů (s řádnou odbornou pečlivostí provedených) předaných objednatelem uvažováno s určitým počtem jednotek materiálu včetně prací. Při realizaci je pak možné po demontáži dosavadního zařízení zjistit zvýšenou potřebu těchto jednotek. Musí však být současně naplněna podmínka, že to nebylo možné předvídat při uzavření smlouvy. Kromě rozpočtu s nezaručenou úplností zná obchodní zákoník i rozpočet nezávazný. Byla-li cena určena na základě rozpočtu, který se podle smlouvy považuje za nezávazný, může se zhotovitel domáhat, aby byla cena zvýšena o částku, o niž nevyhnutelně převyší náklady účelně vynaložené zhotovitelem původní náklady zahrnuté do rozpočtu.

Označení rozpočtu za nezávazný se zejména bude využívat v období, v němž bude reálné předvídat pohyb cenových hladin. Zhotovitel bude nejen prokazovat, že došlo ke zvýšení cen, ale také bude muset dokázat, že právě tyto vstupy musel použít, neboť to bylo nevyhnutelné. K označení rozpočtu za nezávazný je ovšem vhodné další podrobnější ustanovení ve smlouvě, např. o tom, od jakých subdodavatelů bude zhotovitel nakupovat a v jaké době. Aby nebyla ztížena otázka důkazů a komplikovaného výpočtu (rozpočty totiž obsahují desítky, mnohdy stovky položek), není vyloučeno sjednat nezávaznost rozpočtu jen u položek rozhodujících.

Nesouhlasí-li objednatel se zvýšením ceny, určí její zvýšení soud na návrh zhotovitele. Zhotoviteli však zaniká nárok na určení zvýšení ceny podle ustanovení o rozpočtu s nezaručenou úplností (§ 547 odst. 2 obch. zák.) a o rozpočtu nezávazném (§ 547 odst. 3 obch. zák.), jestliže neoznámí nutnost překročení rozpočtové částky a výši požadovaného zvýšení ceny bez zbytečného odkladu poté, kdy se ukázalo (nikoli tedy kdy k tomu došlo, ale kdy se tak ukázalo), že je nevyhnutelné překročení ceny, jež byla určena na základě rozpočtu. Ustanovení o rozpočtu s nezaručenou úplností a o rozpočtu nezávazném chrání zhotovitele. Obecně by nebylo možné vyloučit, že zvýšení by mohlo být řádově vyšší. Proto obchodní zákoník obsahuje i text, kterým chce prospívat objednateli.

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

Objednatel je povinen zaplatit zhotoviteli cenu v době sjednané ve smlouvě. Pokud ze smlouvy nebo obch. zák. nevyplývá něco jiného, vzniká nárok na zaplacení ceny provedením díla (§ 548 odst. 1 obch. zák.). Realizace tohoto ustanovení

přichází v úvahu též v těch situacích, kdy objednatel neoprávněně odmítá dílo převzít. V praxi je sjednáván platební režim tak, že placení zpravidla předchází odsouhlasení „soupisu provedených prací“, „zjišťovacích protokolů“ a zápisu o převzetí (resp. protokolu o převzetí).

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

Pokud se strany dohodnou po uzavření smlouvy na omezení rozsahu díla a nesjednají-li jeho důsledky na výši ceny, je objednatel povinen zaplatit jen cenu přiměřeně sníženou. Naopak dohodnou-li se tímto způsobem na rozšíření díla, je objednatel povinen zaplatit cenu přiměřeně zvýšenou. Objednatel je povinen zaplatit cenu zvýšenou nebo sníženou s přihlédnutím k rozdílu v rozsahu nutné činnosti a v účelných nákladech spojených se změněným prováděním díla, pokud se strany dohodnou po uzavření smlouvy na změně díla a nesjednají-li její důsledky na výši ceny (§ 549 obch. zák.).

Při dohodě o ceně je kromě obch. zák. určující i zákon o cenách a další předpisy. Obecně jsou však ceny, a to i ve výstavbě, volnými cenami. V těch případech, na které se vztahuje zákon o zadávání veřejných zakázek, je třeba respektovat zákon o veřejných zakázkách. Na rozdíl od dřívějšího hospodářského zákoníku neupravuje obchodní zákoník obecně otázky účtování (fakturování) a placení (s výjimkou dílčích úprav v § 13a a 369a). Lze však jen doporučit, aby si tyto otázky (což ostatně platí i pro jiné smlouvy) dohodly strany ve smlouvě.

V otázkách placení je možné široce využít smluvní volnosti, kterou III. část obch. zák. umožňuje. Lze dohodnout placení záloh, vystavování dílčích faktur, příp. zda se bude vůbec fakturovat. Pokud by došlo k dohodě o provádění fakturace, je vhodné dohodnout lhůty pro vystavení faktury (faktur), náležitosti faktur, lhůty splatnosti, sankce (smluvní pokuty při nedodržení některého ujednání) a výši úroku pro případ pozdní úhrady (dohodnout výši úroku považujeme za vhodnější než zjišťovat úrok podle změněného § 369 obch. zák.). Je možné též dohodnout různé způsoby placení: převodem (na příkaz plátce), inkasem (na příkaz příjemce), placením směnkou (směnkami), za použití dokumentárního akreditivu apod.

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

NOZ se věnuje otázkám ceny v § 2610 a § 2614 a určení ceny podle rozpočtu v § 2620 až § 2622. Vychází přitom nejen z dosavadní úpravy obchodněprávní, ale i občanskoprávní a umožňuje i určení ceny odhadem.

Právo na zaplacení ceny vzniká provedením díla. Je-li dílo přejímáno po částech (např. stavba po objektech nebo provozních souborech), vzniká právo na zaplacení ceny za každou část při jejím provedení. V určených případech pak NOZ umožňuje žádat část odměny průběžně. § 2611 určuje, že provádí-li se dílo po

částech nebo se značnými náklady a neujednaly-li strany placení zálohy, může zhotovitel požadovat během provádění díla přiměřenou část odměny s přihlédnutím k vynaloženým nákladům. Zpravidla se bude u staveb používat buď měsíční fakturace (podle odsouhlasených zjišťovacích protokolů v návaznosti na rozpočet či výkaz výměr) nebo fakturace po objektech či provozních souborech. Vhodné je příslušné smluvní ujednání.

Obdobně jako dnes účinný obč. zák. umožňuje i NOZ určení ceny odhadem (viz § 2612 NOZ). Zjistí-li pak zhotovitel po uzavření smlouvy, že cenu určenou odhadem bude třeba podstatně překročit, oznámí to bez zbytečného odkladu objednateli s odůvodněním nové ceny. Pokud by to neučinil bez zbytečného odkladu poté, co potřebu zvýšení ceny zjistil, anebo zjistit měl a mohl, právo na zaplacení rozdílu v ceně nemá. Jestliže zhotovitel oznámil objednateli zvýšení ceny v souladu s určenými podmínkami, může objednatel od smlouvy odstoupit. V tomto případě zaplatí zhotoviteli poměrnou část původně určené ceny, má-li z částečného plnění prospěch.

O tom, jak bude reagovat, se musí objednatel rozhodnout bez zbytečného odkladu. Neodstoupí-li totiž objednatel od smlouvy bez zbytečného odkladu po doručení oznámení o vyšší ceně, platí, že se zvýšením ceny souhlasí.

Pro případ, že by objednatel zmařil provedení díla z důvodu, za nějž odpovídá, náleží zhotoviteli podle § 2613 NOZ cena za dílo snížená o to, co zhotovitel neprovedením díla ušetřil – jde o obdobné řešení, které bylo v obchodním zákoníku. Toto ustanovení je potřeba přitom lišit od § 2599 až § 2603. § 2614 NOZ pak přináší řešení obdobné § 549 obč. zák.. Určuje se, že dohodnou-li se strany po uzavření smlouvy na omezení díla (§ 549 počítal nejen s omezením, ale i s rozšířením a změnou díla) a neujednají-li důsledky pro výši ceny, zaplatí objednatel cenu upravenou s přihlédnutím k rozdílu v rozsahu nutné činnosti a v účelných nákladech spojených se změněným provedením díla.

Jak uvádí důvodová zpráva k NOZ: „Při složitějších dílech bývá pravidelně vypracován rozpočet sloužící ke stanovení a odůvodnění ceny. Byl-li rozpočet jen pomůckou pro ujednání ceny ve smlouvě pevnou částkou, platí mezi stranami takto ujednaná cena díla a případné změny rozpočtu pevné dohodnuté ceny neovlivní.“ Přece jen však mohou nastat mimořádné okolnosti odůvodňující zmírnění tohoto pravidla. Z tohoto důvodu se podle důvodové zprávy k NOZ navrhlo řešení převzaté ze švýcarského práva pro situace, kdy provedení díla ztíží a prodraží mimořádné okolnost blízká se svým charakterem vyšší moci. Nedohodnou-li se strany v takovém případě o zvýšení ceny, pak by o přiměřeném zvýšení ceny rozhodl na návrh zhotovitele soud, příp. by soud smlouvu zrušil a rozhodl o vypořádání stran.

Důvodová zpráva k NOZ pak doplňuje, že bylo-li však dílo zadáno podle rozpočtu, přejímá se standardní úprava rozlišení rozpočtu na zaručený a nezaručený. Při rozpočtu zaručeném co do závažnosti a úplnosti nelze cenu zvýšit jinak než dohodou stran. Naproti tomu nezaručený rozpočet umožňuje zhotoviteli jednostranně zvýšit cenu, objeví-li se nutnost vyšších nákladů nebo dalších prací, musí však takovou nutnost bezodkladně oznámit objednateli, jinak právo na zvýšení ceny ztrácí. Má-li se však cena zvýšit o více než 10 %, přiznává se objednateli právo odstoupit od smlouvy. Tato část důvodové zprávy pojednávající o určení ceny podle rozpočtu je v zákonném textu vyjádřena v § 2620 až § 2622.

Způsob provádění díla

Na problematiku ceny za dílo v obchodním zákoníku navazují ustanovení o způsobu provádění díla. Výslovně je uvedeno, že je objednatel oprávněn kontrolovat provádění díla. Zjistí-li objednatel, že zhotovitel provádí dílo v rozporu se svými povinnostmi, je objednatel oprávněn dožadovat se toho, aby zhotovitel odstranil vady vzniklé vadným prováděním a dílo prováděl řádným způsobem. Jestliže tak zhotovitel díla neučiní ani v přiměřené lhůtě mu k tomu poskytnuté a postup zhotovitele by vedl nepochybně k podstatnému porušení smlouvy (§ 345 odst. 2), je objednatel oprávněn od smlouvy odstoupit.

Kontrola díla může být průběžná. Zejména ve výstavbě však může být praktické sjednat dobu provedení některých kontrol ve smlouvě, zejména u prací, které budou v dalším průběhu zakryty. Pokud by nebyla sjednána specifická ujednání ve smlouvě, nemá obecně vliv případné neprovedení kontroly na možnost uplatnit odpovědnost za vady. Protože u smlouvy o dílo budou přicházet v úvahu věci nebo pokyny převzaté k provádění díla od objednatele, a ty mohou být případně nevhodné, ukládá obchodní zákoník zhotoviteli zvláštní upozorňovací povinnost.

Zhotovitel je povinen upozornit objednatele bez zbytečného odkladu na nevhodnou povahu věcí převzatých od objednatele nebo pokynů daných mu objednatelem k provedení díla, jestliže zhotovitel mohl tuto nevhodnost zjistit při vynaložení odborné péče. Jestliže nevhodné věci nebo pokyny překážejí v řádném provádění díla, je zhotovitel povinen jeho provádění v nezbytném rozsahu přerušit do doby výměny věcí nebo změny pokynů objednatele nebo písemného sdělení, že objednatel trvá na provádění díla s použitím předaných věcí a daných pokynů. O dobu, po kterou bylo nutné provádění díla přerušit, se prodlužuje lhůta stanovená pro jeho dokončení. Zhotovitel má rovněž nárok na úhradu nákladů spojených s přerušením provádění díla nebo s použitím nevhodných věcí do doby, kdy jejich nevhodnost mohla být zjištěna.

Pokud přes splnění upozorňovací povinnosti objednatel na použití svých nevhodných věcí nebo pokynů (vstupů) písemně trval, neodpovídá zhotovitel za nemožnost dokončení díla nebo za vady dokončeného díla způsobené těmito vstupy. Při nedokončení díla má zhotovitel nárok na cenu sníženou o to, co ušetřil tím, že neprovedl dílo v plném rozsahu. Zhotovitel, který nesplnil upozorňovací povinnost, odpovídá za vady díla způsobené použitím nevhodných věcí předaných objednatelem nebo pokynů daných mu objednatelem. Kromě zvláštní upozorňovací povinnosti má zhotovitel i zvláštní povinnost oznamovací (kromě obecné oznamovací povinnosti vyjádřené v obecných ustanoveních obch. zák. o náhradě škody).

Zjistí-li zhotovitel při provádění díla skryté překážky týkající se věci, na níž má být provedena oprava nebo úprava, nebo místa, kde má být dílo provedeno, a tyto překážky znemožňují provedení díla dohodnutým způsobem, je zhotovitel povinen to oznámit bez zbytečného odkladu objednateli a navrhnout mu změnu díla. Plnění této povinnosti může být praktické i u rekonstrukcí a modernizací ve výstavbě.

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

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

Objednatel je tedy oprávněn kontrolovat provádění díla. Kromě kontroly uskutečňované průběžně bude přicházet v úvahu i kontrola předmětu díla na určitém stupni jeho provádění. Stanoví-li smlouva, že objednatel je oprávněn zkontrolovat předmět díla na určitém stupni jeho provádění, je zhotovitel povinen včas objednatele pozvat k provedení kontroly. Nesplní-li zhotovitel tuto povinnost, je povinen umožnit objednateli provedení dodatečné kontroly a nést náklady s tím spojené (§ 553 odst. 1 a 2 obch. zák.). Nedostaví-li se objednatel ke kontrole, na kterou byl řádně pozván nebo která se měla konat podle dohodnutého časového rozvrhu, může zhotovitel pokračovat v provádění díla. Jestliže však účast na kontrole byla objednateli znemožněna překážkou, kterou nemohl odvrátit, může objednatel bez zbytečného odkladu požadovat provedení dodatečné kontroly, je však povinen zhotoviteli nahradit náklady způsobené opožděním kontroly (§ 553 odst. 3 obch. zák.).

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

Rovněž považují za vhodné konkretizovat podrobnosti vedení stavebního (montážního) deníku. Připomeňme jen, že se deník vede zásadně ode dne zahájení prací na staveništi až do dne ukončení prací a odstranění všech vad. Deník slouží k zaznamenávání všech důležitých (resp. dalších dohodnutých) skutečností a okolností týkajících se výstavby a může mimo jiné sloužit jako významný důkazní prostředek. Do deníku pak provádějí zápisy i orgány státního stavebního dohledu a orgány státní správy obecně. Deník slouží také jako běžný komunikační prostředek při zajištění spolupůsobení smluvních stran na stavbě. Základní otázky stavebního deníku dnes upravuje příloha vyhlášky o dokumentaci staveb.

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

Vady díla

Poslední speciální ustanovení věnovaná v obchodním zákoníku smlouvě o dílo jsou ustanovení nazvaná „Vady díla“ (§ 560 až 565). Dílo má vady, jestliže provedení díla neodpovídá výsledku určenému ve smlouvě. Zhotovitel odpovídá za vady, jež má dílo v době jeho předání. Jestliže však nebezpečí škody na zhotovené věci přechází na objednatele později, je rozhodující doba tohoto přechodu.

Zhotovitel odpovídá za vady díla vzniklé po této uvedené době (v § 560 odst. 2 obch. zák.), jestliže byly způsobeny porušením jeho povinností. Za vady díla, na něž se vztahuje záruka za jakost, odpovídá zhotovitel v rozsahu této záruky (§ 560 odst. 2 obch. zák.).

Spočívá-li dílo ve zhotovení věci, platí obdobně příslušná ustanovení o smlouvě kupní (§ 420 až 422 a § 426 obch. zák.). Zhotovitel neodpovídá za vady díla, jestliže tyto vady byly způsobeny použitím věcí předaných mu k zpracování

objednatel v případě, že zhotovitel ani při vynaložení odborné péče nevhodnost těchto věcí nemohl zjistit, nebo na ně objednatele upozornil a objednatel na jejich použití trval.

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

Objednatel je povinen předmět díla prohlédnout nebo zařídit jeho prohlídku podle možnosti co nejdříve po předání předmětu díla (§ 562 odst. 1 obch. zák.). Soud nepřizná objednateli právo z vad díla, jestliže objednatel neoznámí vady bez zbytečného odkladu poté, kdy je zjistí, kdy je měl zjistit při vynaložení odborné péče při prohlídce uskutečněné podle § 562 odst. 1 obch. zák. či kdy mohly být zjištěny později při vynaložení odborné péče, nejpozději však do dvou let a u staveb do pěti let od předání předmětu díla.

U vad, na něž se vztahuje záruka, platí místo této lhůty dvou a pěti let záruční doba (§ 562 odst. 2 obch. zák.). Jedná se o obdobné ustanovení jako je tomu u smlouvy kupní (§ 428 odst. 1 obch. zák.). Proto se také použije § 428 odst. 2 a 3 obch. zák. obdobně na účinky uvedené v § 562 odst. 2 obch. zák. To znamená, že se k nim přihlédne jen když zhotovitel namítne v soudním řízení, že objednatel nesplnil včas svou povinnost oznámit vady díla.

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

Záruční doba týkající se díla, je-li sjednána, počíná běžet předáním díla. Pro záruku za jakost díla jinak platí přiměřeně ustanovení o kupní smlouvě (§ 429 až § 431 obch. zák.), tj. ustanovení o vzniku a rozsahu záruky, o běhu záruční doby a rozsahu odpovědnosti za vady vzniklé během záruční doby (viz § 563 obch. zák.). Nároky z vad jsou určeny v § 564 a § 565 obch. zák. Prvé z nich stanoví, že při vadách díla platí přiměřeně příslušná ustanovení kupní smlouvy (§ 436 až § 441 obch. zák.). Objednatel však není oprávněn požadovat provedení náhradního díla, jestliže předmět díla vzhledem k jeho povaze nelze vrátit nebo předat zhotoviteli (§ 564 obch. zák.). To bude typické zejména ve výstavbě i jinde, kde je předmět plnění ve vlastnictví objednatele.

Využije-li objednatel podle § 564 obch. zák. práva odstoupit od smlouvy týkající se předmětu díla, který nelze vrátit nebo předat zhotoviteli, neplatí § 441 obch. zák. (upravující odstoupení u kupní smlouvy). Objednatel však není oprávněn odstoupit od smlouvy, jestliže vady díla neoznámil včas zhotoviteli. V NOZ jsou vady díla upraveny v § 2615 až § 2619 (vady stavby jsou pak speciálně řešeny ještě v oddílu nazvaném Stavba jako předmět díla v § 2629 až § 2630). NOZ určuje, že dílo má vadu, neodpovídá-li smlouvě, a pro práva z vadného plnění odkazuje na obdobné použití ustanovení o kupní smlouvě. Objednatel však ani podle NOZ není oprávněn požadovat provedení náhradního díla, jestliže předmět díla vzhledem k jeho povaze nelze vrátit nebo předat zhotoviteli.

Současná platná a účinná úprava obch. zák. určuje, že spočívá-li dílo v jiném výsledku činnosti než ve zhotovení věci, montáži, údržbě, opravě nebo úpravě věci, je zhotovitel povinen při této činnosti postupovat v rámci stanoveném smlouvou s odbornou péčí tak, aby se dosáhlo hmotně zachyceného výsledku činnosti určeného ve smlouvě. Zhotovitel je povinen hmotně zachycený výsledek předat objednateli (§ 556 obch. zák.).

Toto ustanovení se bude vztahovat např. na programová vybavení a projektové dokumentace. Výsledek činnosti, jež je předmětem díla podle tohoto ustanovení (podle § 556 obch. zák.), je zhotovitel oprávněn poskytnout i jiným osobám než objednateli, pokud to dovoluje smlouva. Neobsahuje-li smlouva zákaz tohoto poskytnutí, je k němu zhotovitel oprávněn, není-li to vzhledem k povaze díla v rozporu se zájmy objednatele. Ve smlouvě doporučujeme uvést dovolení nebo zákaz. Pokud by tomu tak nebylo, bude se zkoumat, zda oprávnění zhotovitele není v rozporu se zájmy objednatele.

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

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

Problematiku plynoucí z průmyslového či duševního vlastnictví řeší i NOZ. Podle § 2616, dojde-li podle českého právního řádu nebo podle právního řádu státu, kde má být předmět díla využit, v důsledku k použití předmětu díla, k ohrožení nebo porušení práva třetí osoby z průmyslového vlastnictví, je z toho zhotovitel objednateli zavázán, pokud o tom zhotovitel v době uzavření smlouvy věděl nebo vědět musel. Na právní vady se obdobně použijí ustanovení o právních vadách předmětu koupě.

Co se díla s nehmotným výsledkem týče, přejímá se s drobnými úpravami obchodněprávní regulace; to potvrzuje i důvodová zpráva NOZ k § 2631 až § 2634. Platí zde doporučení o vhodné úpravě smluvní. K tomu § 2635 doplňuje, že se § 2631 až § 2634 použijí obdobně i pro výsledek činnosti zhotovený podle ustanovení o veřejném příslibu (soutěžní dílo).

NOZ přitom v § 2617 obecně pro dílo určuje, že má-li dílo při předání vadu, zakládá to povinnost zhotovitele z vadného plnění. Přechází-li však nebezpečí škody na objednatele až později, rozhoduje doba tohoto přechodu. Po této době má objednatel práva z vadného plnění, způsobil-li vadu porušením své povinnosti. Soud pak nepřiznává objednateli právo z vadného plnění, neoznámí-li – podle § 2618 NOZ – objednatel vady díla bez zbytečného odkladu poté, kdy je zjistil nebo při náležité pozornosti zjistit měl, nejpozději však do dvou let od předání díla, a namítne-li zhotovitel, že právo bylo uplatněno opožděně. Dal-li však zhotovitel za jakost díla

záruku, použijí se obdobně ustanovení o kupní smlouvě. Záruční doba počíná běžet předáním díla.

Stavba jako předmět díla a další ustanovení NOZ

NOZ obsahuje ustanovení s názvem Stavba jako předmět díla – § 2623 až § 2630. Důvodová zpráva k NOZ k tomu uvádí, že soubor zvláštních ustanovení upravuje některá specifika děl jako stavební práce. Uvádí, že typické případy jsou zhotovení stavby, její oprava nebo úprava, mohou však přicházet v úvahu i jiné úpravy nemovitě věci. Zhotovitel nese nebezpečí škody nebo zničení stavby.

Speciální ustanovení § 2625 NOZ je nadepsáno Právo na vyúčtování. Upravuje, že je-li cena určena s odkazem na skutečný rozsah práce a jeho hodnotu nebo hodnotu použitých věcí a výši dalších nákladů, vyúčtuje zhotovitel na žádost objednatele dosavadní postup prací a dosud vynaložené náklady.

Následující § 2626 je věnován kontrole díla. Jde o úpravu kontroly díla na určitém stupni jeho provádění, např. při zakrývání prací (mj. zakrývání potrubních a kabelových rozvodů do kolektorů). Tato úprava odpovídá dosavadní úpravě v obchodním zákoníku. To platí i o úpravě tzv. skrytých překážek v § 2627, jejichž úprava je rovněž převzata z dosavadního obch. zák. (v § 552 a § 553).

Velmi kladně hodnotím úpravu § 2628 NOZ o převzetí stavby. Zde se určuje, že objednatel nemá právo odmítnout převzetí stavby pro ojedinělé drobné vady, které samy o sobě ani ve spojení s jinými nebrání užívání stavby ani funkčně nebo esteticky, ani jejímu užívání podstatným způsobem neomezuje.

U staveb se totiž ojedinělým drobným vadám (např. u nátěrů) nelze prakticky vyhnout. Ostatně i zahraniční úpravy s tím počítají (např. v podmínkách pro provádění staveb v Německu); ostatně z reality vycházela již úprava Hospodářského zákoníku, která byla širší a týkala se i ojedinělých drobných nedodělků. Obchodní zákoník, který – pokud si to strany nedohodly – takové ustanovení neobsahoval, se jeví příliš přísný. Zdůrazňeme však, že musí jít jen o vady ustanovením § 2628 definované.

Pokud se jedná o práva z vadného provedení, upozorňuje důvodová zpráva NOZ, že občanský zákoník vymezil dobu, do které mohou být uplatněny, třemi roky (§ 646 odst. 3), obchodní zákoník pěti léty (§ 562 odst. 2). NOZ zde vychází z úpravy obch. zák. Prováděcí předpis však může v odůvodněných případech stanovit zkrácení této doby pro některé části stavby až na dva roky. Je zde však také určeno: „Ujednají-li strany zkrácení této doby, nepřihlíží se k tomu, je-li objednatel slabší stranou.“ Kdy jsou se zhotovitelem zavázány společně a nerozdílně i jiné osoby a kdy se zhotovitel zproští „povinnosti za vady stavby“, upravuje ustanovení § 2630 NOZ.

Jak je zřejmé, úprava NOZ do značné míry čerpá z obch. zák. Jde o úpravu, která se vyznačuje dispozitivními ustanoveními. Je tedy třeba věnovat pozornost obsahu konkrétní uzavírané smlouvy.

Literatura

- BEJČEK, J.; MAREK, K.; KOTÁSEK, J.; ONDREJOVÁ, D. Nástin obchodního práva II. 2., upr. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2012. 111 s. Edice multimediálních učebních textů č. 78. ISBN 978-80-210-4978-9.
- KIRSANOV, S. A.: Problémy a perspektivy získání investic pro ekonomický rozvoj regionů, sborník Petrohradského ekonomického fóra, 2005, s. 6 a násl.
- MAREK, K. K uzavírání smluv. Právní fórum, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, roč. 2012, č. 4, s. 138-143. ISSN 1214-7966.
- MAREK, K. Smluvní obchodní právo, kontrakty. 4., aktualizov. a rozšířené vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008. 477 s. ISBN 978-80-210-4619-1.
- MAREK, K.; HAJNIŠOVÁ, E. Regulations and Case Law of Public Procurement, Naukovij Visnik Užgorodskogo nacionalnovo universitetu, vypusk 18, 2012, s. 101-105.
- OVEČKOVÁ, O. a kol.: Obchodný zákonník, Komentár, 2. vyd., IURA EDITION, 2005.
- OVEČKOVÁ, O.: Povinnosť vykonať dielo a povinnosť zaplatiť cenu na základe zmluvy o dielo podľa obchodného zákonníka, Bulletin slovenskej advokácie, č. 1-2/2007, s. 14 -22.
- SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.: Právo, Obchod, Ekonomika II, 1. vyd., Praha: Leges 2012, 624 s., ISBN 978-80-87576-33-5.
- SUCHOŽA, J., HUSÁR, J.; MAREK, K.; RABAN, P. Česko-slovenské kontexty obchodního práva. 1 vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011. 544 s. ISBN 978-80-7357-707-0.

Kontakt

k.marek@centrum.cz

Teoretické a komparatistické otázky protiprávnosti ako predpokladu zodpovednosti za škodu v súkromnom práve¹

Abstrakt

Príspevok sa zaoberá otázkami protiprávnosti ako predpokladu zodpovednosti za škodu, analyzujúc tento predpoklad z viacerých hľadísk. Autor v úvodných častiach príspevku ponúka pohľad na teoretické aspekty protiprávnosti prostredníctvom poukazu na historický vývoj tohto fenoménu a taktiež prostredníctvom komparácie právnych poriadkov vybraných európskych štátov. Ďalšie časti príspevku sú venované protiprávnosti v právnom poriadku Slovenskej republiky, a to ako z pohľadu de lege lata tak aj z pohľadu de lege ferenda.

Abstract

The paper deals with the issues of wrongfulness as one of the liability conditions, analyzing this condition in several aspects. Author in introductory parts of the paper provides an insight into the theoretical aspects of wrongfulness by highlighting the historical evolution of this phenomenon and also by comparison of the legal systems of selected European countries. Next part of the paper is devoted to the wrongfulness of the legal order of the Slovak Republic, both in terms of de lege lata and also from a de lege ferenda.

1. Všeobecné a historické otázky protiprávnosti

Protiprávnosť predstavuje základnú kategóriu civilnej zodpovednosti za škodu a zároveň je základným predpokladom jej vzniku.² Mohli by sme teda povedať, že protiprávnosť determinuje zodpovednosť. Protiprávnosť však nezakladá

¹Tento príspevok bol spracovaný v rámci vedeckého programu APVV č. 02 – 63 – 10 „Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov v podnikaní“.

² Toto konštatovanie však neplatí rovnako pre všetky právne poriadky. Slovenská právna veda a zároveň závery judikatúry pravidelne operujú s pojmom protiprávnosť ako zo základným predpokladom zodpovednosti za škodu. Niektorým právnym poriadkom je tento pojem „cudzí“. Pre detailnejší rozbor výskytu protiprávnosti v rôznych právnych poriadkoch európskych štátov pozri VON BAR, Ch., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, s. 2986 a nasl.

zodpovednosť za škodu sama o sebe, ale musia k nej pristúpiť ďalšie faktory, tzv. predpoklady zodpovednosti. Vzhľadom na to, ktoré z predpokladov sú potrebné na založenie toho-ktorého druhu zodpovednosti, môžeme hovoriť o zodpovednosti za protiprávne spôsobenie škody bez ohľadu na zavinenie, zodpovednosti za zavinené protiprávne spôsobenie škody, zodpovednosti za iného, zodpovednosti za škodu z dôvodu finančnej spôsobilosti znášať škodu³ a ďalších. Vo všetkých týchto prípadoch je však nevyhnutným predpokladom zodpovednosti protiprávnosť spočívajúca v rozpore správania sa škodcu so zákonom alebo zmluvou (t. j. v rozpore s právnou povinnosťou).

Z historického hľadiska nachádzame vcelku komplexnú doktrínu protiprávnosti v náuke rímskeho práva. Bol to práve Aquiliov zákon (Lex Aquilia)⁴, ktorý v troch lakonických kapitolách položil základy dnešného chápania protiprávnosti a celej koncepcie deliktneho práva. Na priblíženie uvedieme znenie jednotlivých kapitol:

- i. *Lege Aquilia capite primo cavetur: „ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.“ [D. 9.2.2.pr]*
*The first chapter of lex Aquilia provides as follows: „if anyone **wrongfully** kills another's male or female slave or four-footed herd-animal, let him be ordered to pay the owner whatever its highest value was in the preceding year.“⁵*
*V prvej kapitole Aquiliovho zákona sa ustanovuje: „ak niekto **protiprávne** usmrtí cudzieho otroka či cudziu otrokyňu alebo cudzie štvornohé zviera z čriedy, nech je povinný dať vlastníkovi tolko (medených) peňazí, koľko bola najvyššia hodnota (tejto) veci tom(že) roku“.⁶*
- ii. *Capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipuloris acceptam facerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.⁷*

³ S takýmto typom zodpovednosti za škodu sa stretávame napr. v rakúskom práve (*wirtschaftlichen Tragfähigkeit*), kde môže byť zodpovednosť za škodu (bez ohľadu na zavinenie) vyvedená aj proti osobe, ktorá podľa všeobecného pravidla za protiprávnosť svojho činu nezodpovedá (napr. deti, blázni,...), ale jej finančná spôsobilosť jej umožňuje znášať škodu, ktorú spôsobila. Toto pravidlo je zakotvené v § 1310 ABGB.

⁴ Počiatky Aquiliovho zákona siahajú do 3. storočia pred Kr. (najčastejšie sa uvádza dátum 287 alebo 286 pred Kr.) a spájajú sa s menom tribúna Aquilia, ktorý návrh tohto zákona prezentoval ľudovému zhromaždeniu (*concilia plebis*).

⁵ ZIMMERMANN, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Clarendon Press, 1996.

⁶ BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. Corpus Iuris Civilis. Digesta. Tomus I. Bratislava: Eurokódex, 2008, s. 177.

⁷ V práci uvádzame znenie druhej kapitoly podľa: Gai. III, 216. Presné znenie druhej kapitoly nie je známe, nakoľko táto po krátkom čase upadla do zabudnutia. Bolo to spôsobené pravdepodobne tým, že druhá kapitola pojednávala o odpustení dlhu adstipulátorom na ujmu stipulátora. Nakoľko táto kapitola vyvolával rovnaké právne následky ako žaloba z mandátnej zmluvy (*actio mandati*), stala sa obsolentnou. K tomu pozri ZIMMERMANN, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Clarendon Press, 1996, s. 954. Gaius k tomuto uvádza: „Druhá kapitola tohto zákona sa prestala používať“. Citované podľa BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. Corpus Iuris Civilis. Digesta. Tomus I. Bratislava: Eurokódex, 2008, s. 179.

*The second section of the Act provides an action against an additional stipulator who grants a verbal release of a debt in fraud of the stipulator, and it gives an action for the value in money of what is involved.*⁸

- iii. *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: „Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.“ [D. 9.2.27.5]*

*In its third chapter the lex Aquilia says: „As regards things other than men and cattle which have been killed, if any one does damage to another, and unlawfully burns, breaks, or ruptures something, let him be ordered to pay its owner whatever that thing is worth in the nearest thirty days.*⁹

*Ale v tretej kapitole hovorí tenže Aquiliov zákon: „Ak niekto spôsobí inému škodu, v ostatných veciach okrem usmrtenia otroka alebo zvieratá z čriedy, tým, že protiprávne zapáli, zlomí alebo poškodí (zhorší), nech je povinný dať vlastníkovi toľko medených peňazí, koľko bola hodnota tejto veci v predchádzajúcich (?) tridsiatich dňoch“.*¹⁰

Základným stavebným prvkom Aquiliovho zákona bol koncept *iniuria*, ktorý spolu so vznikom škody a príčinnou súvislosťou zakladal deliktnú zodpovednosť za škodu. V počiatkoch existencie Aquiliovho zákona zodpovedal škodca za *damnum iniuria datum*, t. j. za protiprávne úmyselne zavinené spôsobenie škody. Zahŕňanie konceptu zavinenia (*culpa*) medzi predpoklady vzniku zodpovednosti za škodu bolo pre rímskych právnikov neodmysliteľné.¹¹ Škodca totiž podľa ich chápania mohol zodpovedať iba za škodu, ktorú zaviniť. Pojem *iniuria* tak okrem protiprávnosti zahŕňal aj zavinenie a tvoril akúsi zmiešanú objektívno-subjektívnu stránku deliktuálnej zodpovednosti. V neskoršom vývoji rímskeho deliktného práva dochádza k extenzívnemu poňatiu pojmu *iniuria* v jeho subjektívnej stránke. Škodca už nezodpovedá len za úmyselne zavinené protiprávne spôsobenie škody, ale za zavinenie v najširšom slova zmysle.¹² Prechádza sa tak od značne rigidnej zodpovednosti za úmyselne spôsobenú škodu ku flexibilnému konceptu

⁸ Podľa GORDON, W. M., ROBINSON, O. F. *The Institutes of Gaius*. Translated with an Introduction; with the Latin Text of Seckel and Kuebler. (Texts in Roman Law.). London: Duckworth, 1988.

⁹ Podľa ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

¹⁰ BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. *Corpus Iuris Civilis. Digesta. Tomus I*. Bratislava: Eurokódex, 2008, s. 192.

¹¹ K tomu Gaisu uvádza: „Avšak tu (v Aquiliovom zákone) musíme protiprávnosť (*iniuria*) chápať nie ako isté zneváženie (osoby) ktoré patrí do žaloby z urážky (*actio iniuriarum*), ale ako niečo, čo sa stalo neprávom, teda proti právu, to znamená ak niekto usmrť z vlastnej viny.“ Citované podľa blaho BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. *Corpus Iuris Civilis. Digesta. Tomus I*. Bratislava: Eurokódex, 2008, s. 179.

¹² K detailnému vývoju zodpovednosti za škodu podľa Aquiliovho zákona od *damnum iniuria datum* ku *damnum culpa datum* pozri ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996, s. 998 a nasl. Rovnako FLORIANA CURSI, M. What did occidere iniuria in the lex Aquilia Actually Mean? In *Roman Legal Tradition*, 2011, č. 7, s. 16-29.

zavinenia v najširšom slova zmysle, ktorý dokázal reagovať na požiadavky meniacej sa doby.

Postupom času Aquiliov zákon absorboval užšie (špecifické) delikty a vyústil do formuly, že každé zavinené (protiprávne) konanie spôsobujúce škodu inému zakladá povinnosť k jej náhrade.¹³

Protiprávnosť spolu so zavinením (zjednotená v koncepte *iniuria*) zostali esenciálnymi zložkami aquiliánskej zodpovednosti aj v období Justiniánskej kodifikácie a následne aj počas reinterpretácie uskutočňovanej glosátormi a postglosátormi. Okrem uvedeného prešla zodpovednosť podľa Aquiliovho zákona značnými zmenami. Odstránila sa pasívna neprenositelnosť aquiliánskej žaloby, trestný charakter žaloby a s ním spojená spoločná zodpovednosť škodcov, zaviedla sa ochrana telesnej integrity slobodného človeka, odškodnenie bolesti a telesnej deformácie a mnoho ďalších. Ako uvádza Zimmermann, *usus modernus* Aquiliánskeho deliktu absorboval germánske zvykové právo, niektoré prvky kánonického práva a stredovekej morálnej teológie, ale nad to všetko bol tvarovaný pokusmi generácií sudcov a advokátov: praktických právnikov, ktorí prispôbili lex Aquilia potrebám ich doby.¹⁴

2. Protiprávnosť v právnych poriadkoch vybraných európskych štátov

2.1. Rakúsko a Nemecko

Rakúske civilné právo vychádza s konceptu výslovne zakotvenej protiprávnosti ako základu deliktnej zodpovednosti. Podľa § 1294 ABGB škoda vzniká buď z protiprávneho konania alebo opomenutia alebo z náhody.¹⁵ Protiprávnosť tak v rakúskom práve zohráva rozhodujúcu úlohu pri zakladaní deliktnej zodpovednosti a je pokladaná za jeden z predpokladov zodpovednosti (*Zurechnungsgründe*), na základe ktorých dochádza k presunu povinnosti znášať škodu z poškodeného subjektu na škodcu a tým k odchýleniu sa od pravidla *casum sentit dominus* vyjadrenom v § 1311 ABGB¹⁶. Samotná zodpovednosť subjektu za spôsobenú škodu je vyjadrená v tzv. generálnej klauzule, § 1295 ABGB pred bodkočiarkou, podľa ktorej je každý oprávnený požadovať od škodcu náhradu škody, ktorá mu bola spôsobená zavinením škodcu.¹⁷

¹³ CATALA & WEIR, Delict and Tort. A Study in Parallel, 37 TUL. L. REV. 573, 593-606 (1962-1963). Citované podľa TAYLOR, R. F. No Fault Takes a French Twist: A French Re-Examination of the Nature of Liability. In Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 1987, č. 9.

¹⁴ ZIMMERMANN, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Clarendon Press, 1996, s. 1031.

¹⁵ § 1294 ABGB: Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines andern; oder aus einem Zufalle.

¹⁶ § 1311 ABGB: Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. „Samotnú náhodu znáša ten, na koho majetok alebo osobu dopadla.“

¹⁷ § 1295 ABGB pred bodkočiarkou: Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern;

Protiprávnosť v rakúskom práve je postavená na teórii protiprávneho správania (*Verhaltensunrechtslehre*)¹⁸, podľa ktorej sa protiprávnosť vždy vzťahuje k ľudskému konaniu (správaniu)¹⁹ a vychádza z nedostatku požadovanej starostlivosti (*Verhaltensgebot*). Napriek tomu, že teória *Verhaltensunrechtslehre* berie ako determinant protiprávnosti ľudské správanie, ktoré má bližšie k subjektívnemu prvku ako objektívnemu (na rozdiel od protiprávneho výsledku), jeho posudzovanie (akýsi všeobecný štandard, resp. meradlo) je objektívne. Týmto možno dôsledne odlíšiť protiprávnosť správania od zavinenia ako ďalšieho predpokladu vzniku deliktnej zodpovednosti.²⁰ Aby mohlo byť konanie považované za protiprávne, je nevyhnutné, aby škodca zasiahol do chránených práv a záujmov poškodeného alebo aby porušil objektívnu povinnosť starostlivosti stanovenú zákonom (tzv. *Schutzgesetz*). V oboch prípadoch sa vychádza z teórie *Verhaltensunrechtslehre* a preto nebude protiprávne konanie škodcu, ktoré síce bude v rozpore s ochrannou normou, ale pri zachovaní objektívnej starostlivosti v zmysle *Verhaltensunrechtslehre* (t. j. takej, akú možno požadovať od rozumného človeka). Protiprávnosť konania môže spočívať aj v porušení zmluvy (§ 1295 ods. 1 ABGB) alebo v úmyselnom porušení dobrých mravov (§ 1295 ods. 2 ABGB).

Ako veľmi flexibilný korektív protiprávnosti konania pôsobí hierarchia a z nej vyplývajúca „ochranyhodnosť“ právom chránených záujmov. Ako všeobecné kritérium hierarchizácie týchto práv je považovaná jednoznačnosť ich vyjadrenia a jasnosť ich kontúr, čo znamená, že čím je právo očividnejšie, tým vyššiu mieru ochrany požíva.²¹ Jednoznačnosť vymedzenia práva je v tomto smere konfrontovaná s otázkou slobody konania. Pri jednoznačne vymedzených právach každý dopredu vie, v akom rozsahu môžu obmedziť jeho slobodu konania. Ak však právo nemá jednoznačné kontúry, môže to viesť k prílišnému obmedzeniu slobody konania. Za najvýznamnejšie práva v tomto pomyselnom rebríčku sú považované osobnostné práva, jednoznačné čo do svojho obsahu, t. j. právo na život, slobodu, zdravie. Tieto požívajú aj najväčšiu mieru ochrany. Taktiež vysoko hodnotené sú práva *in rem* a práva k nehmotným statkom. Nižšiu mieru ochrany požívajú práva *in personam*

¹⁸ Na rozdiel od protiprávnosti založenej na protiprávnom výsledku (*Erfolgsunrechtslehre*), ktorá za základné kritérium považuje výsledok činnosti a tento samotný výsledok bez ohľadu na správanie subjektu podmieňuje protiprávnosť.

¹⁹ Odôvodňuje sa to tým, že protiprávnosť v konečnom dôsledku nie je nič iné ako porušenie právneho pravidla a právne pravidlá môžu byť porušené iba správaním sa právnych subjektov, nakoľko iba oni sú adresátmi týchto pravidiel. K tomu bližšie KOZIOL, H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 172.

²⁰ Helmut Koziol uvádza ako príklad na odlíšenie protiprávnosti konania od zavinenia situáciu neplnoletého alebo blázna, ktorí síce môžu konať v rozpore s objektívnym štandardom správania (tak ako by sa správal rozumný človek), ale v dôsledku ich nespôsobilosti bude absentovať subjektívne merané zavinenie. KOZIOL, H. (ed.). Unification of Tort Law: Wrongfulness. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, s. 13 a nasl.

²¹ Na znázornenie uvedieme absolútne práva, ktoré na rozdiel od relatívnych práv majú ďaleko jasnejšie definovaný obsah a rozsah ochrany. Aj pri týchto právach sa však stretávame s problematickými otázkami, ako napríklad v prípade osobnostných práv, ktoré zahŕňajú napr. právo na ochranu fyzickej integrity a slobody, t. j. práva, ktoré prešli dlhým historickým vývojom a v súčasnej dobe majú jasne zadané kontúry a na druhej strane právo na súkromie a na rodinný život, ktoré sú pomerne nové a ich obsah a rozsah ochrany ešte nie je jednoznačne definovaný, čo môže spôsobovať nižšiu mieru poskytovanej ochrany.

(napr. práva zo zmlúv), ktoré nemusia byť ostatným subjektom očividné a ich obsah im nemusí byť (a spravidla ani nie je) známy. Za nimi nasledujú čisté ekonomické záujmy subjektov, ktoré len ťažko môžu mať presne vymedzený obsah a takmer úplne im chýba požiadavka očividnosti. Na chvoste tohto rebríčka sa nachádzajú čisto nemateriálne záujmy, ktoré požívajú ochranu len vo výnimočných prípadoch (napr. v prípade úmyselne spôsobenej ujmy).²²

Na rozdiel od rakúskej právnej úpravy vychádza nemecké právo z konceptu protiprávnosti založenej na výsledku (tzv. *Erfolgsunrechtslehre*). V zmysle tejto teórie, každé priame ohrozenie absolútnych práv vymedzených v § 823 BGB (telesná integrita, zdravie, sloboda, vlastníctvo alebo iné právo inej osoby) alebo každé porušenie ochrannej normy (tzv. *Schutzgesetz*) zakladá protiprávnosť. Na rozdiel od teórie *Verhaltensunrechtslehre* nie je ako hodnotiace kritérium protiprávnosti považované ľudské správanie, ale výsledok (t. j. zásah do práv). Táto teória však v niektorých prípadoch vedie k neželateľným výsledkom a preto je v poslednej dobe na ústupe a jej miesto nahrádza teória protiprávnosti správania.²³

V otázke právom chránených záujmov je nemecký právny systém veľmi podobný rakúskemu, až na to, že nemecké právo vychádza z výslovného zakotvenia právom chránených statkov do § 823 BGB. Ich hierarchia a rozsah ochrany sú však tomu rakúskemu veľmi podobné, preto sa tejto otázke nebudeme bližšie venovať.

2.2. Anglicko

V oblasti *common law* je veľmi zložitá, ak nie až nemožná, nájsť jednotný koncept protiprávnosti. Vyplýva to najmä zo širokého chápania pojmu wrong (základ slova wrongfulness – protiprávnosť), ktoré nachádza svoj odraz takmer vo všetkých odvetviach práva *common law*. Pre právnik z oblasti *common law* nie je obvyklé rozmyšľať v súvislostiach tak abstraktných kategórií, nakoľko „bežné“ prípady sú rozhodované na základe *case law*, ktoré pravidelne narába z pojmami vzťahujúcimi sa na konkrétny prípad. V tejto súvislosti profesor Rogers poznamenáva, že takýto široko koncipovaný princíp je zdrojom rozhodovania pre odvolacie súdy poslednej inštancie.²⁴ Rovnako komentár k Návrhu spoločného referenčného rámca (Draft Common Frame of Reference) uvádza, že koncept protiprávnosti je právu *common law* úplne cudzí.²⁵ Až pri najvyššej mier abstrakcie, keď protiprávnosť stotožníme so správaním vybočujúcim z medzí sociálne akceptovateľného správania, môžeme aj v práve *common law* nájsť protiprávnosť, a to v zmysle neodôvodneného

²² K tomu bližšie SPIER, J. (ed.). *The Limits of Expanding Liability. Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, s. 69-80.

²³ KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 173. Ako príklad uvádza situáciu zrážky dvoch lyžiarov, ktorá vyústi do zranenia (zásahu do telesnej integrity a zdravia). V zmysle teórie protiprávnosti založenej na výsledku by nebolo podstatné, či lyžiar, ktorý narazil do iného lyžiara bol alebo nebol dostatočne opatrný, nakoľko základným hodnotiacim kritériom je výsledok, t. j. porušenie právom chránených statkov.

²⁴ Modifikovane ROGERS, H. W. V. *Wrongfulness under English Tort Law*. In Koziol, H. (ed.) *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Hague: Kluwer Law International, 1998, s. 40.

²⁵ Von BAR, Ch., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, s. 2986.

zasahovania do záujmov ostatných.²⁶ Bez takéhoto zovšeobecnenia však nemôžeme uviesť predpoklady zakladajúce protiprávnosť. Kým napríklad v nemeckom práve stačí na naplnenie protiprávnosti zásah do záujmu chráneného právom (§ 823 BGB) v *common law* je protiprávnosť výsledkom hodnotenia a vzájomných interakcií množstva faktorov (porušenie povinnej miery starostlivosti, slušnosť, opodstatnenosť, spravodlivosť, povaha chráneného záujmu,...), ktoré v konečnom dôsledku môžu ale nemusia založiť protiprávnosť.²⁷

2.3. Francúzsko

Základným stavebným prvkom deliktnej zodpovednosti za škodu vo francúzskom práve je slávny článok 1382 Code Civil, podľa ktorého „*akékoľvek ľudské konanie, ktoré spôsobí škodu inému, zaväzuje toho, z viny koho nastalo, aby urobil nápravu.*“²⁸ Podľa tohto ustanovenia všetky škody, ktoré môžu vychádzať z konania nejakej osoby či už z neopatrnosti, ľahkovážnosti, neznalosti alebo z toho, čo je táto osoba povinná vedieť, alebo iné chyby, čo ako banálne by boli, je povinný napraviť ten, kto ich svojou neopatrnosťou alebo inou vinou spôsobil.²⁹

Prvok protiprávnosti je premietnutý do kategórie *faute*, ktorá je vo svojej podstate kategóriou objektívnou. Okrem toho však *faute* zahŕňa aj prvok zavinenia v jeho objektívnej podobe. *Faute* tak predstavuje špecifický predpoklad zodpovednosti založený na jednote protiprávnosti a zavinenia a pripomína

²⁶ K tomu pozri STRONG, S. I., WILLIAMS, L. Complete Tort Law: Text, Cases, and Materials. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 9. ...*an even more fundamental principle of tort law is that liability results when the defendant's conduct is socially unreasonable. In some cases, the decision about what is unreasonable is decided in great detail ahead of time—thus, the driver of a car in Britain knows that driving on the right hand side of the road is unreasonable in British society and doing so will result in liability in tort, barring unusual circumstances such as a broken steering mechanism. In other instances, neither the court nor Parliament nor any of the state's regulating bodies have considered the particular circumstances that have occurred in advance of the event, at least in any great detail. In those cases, the court must weigh the various countervailing issues to decide whether the conduct is unreasonable.* Rovnako Oliver Wendell Holmes vo svojej famóznejšej práci The Common Law sa snaží nájsť akýsi všeobecný koncept (základ) deliktneho práva, t. j. v istom zmysle protiprávnosť. Svoje úvahy však začína slovami: „*Such a general view is very hard to find.*“ Bližšie HOLMES, O. W. The Common Law. Boston: Little, Brown and Company, 1938, s. 77 a nasl.

²⁷ Aj preto profesor Rogers k tomuto ako príklad uvádza, že výrok „It is wrongful to cause physical damage by negligence“ bude iba odhadom „odoka“, keďže „nedbanlivé“ spôsobenie hmotnej škody ešte nemusí zakladať protiprávnosť a samo o sebe bez zváženía ostatných faktorov v zásade ani nebude. ROGERS, H. W. V. Wrongfulness under English Tort Law. In Koziol, H. Unification of Tort Law: Wrongfulness. Hague: Kluwer Law International, 1998, s. 41 a nasl.

²⁸ Článok 1382 Code Civil: „*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*“

²⁹ DOMAT, J. Civil Law in Its Natural Order. Boston: Little and Brown, 1850. Citované podľa TAYLOR, R. F. No Fault Takes a French Twist: A French Re-Examination of the Nature of Liability. In Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 1987, č. 9, s. 548.

starorímsku kategóriu *culpa*, ktorá rovnako ako *faute* bola syntézou protiprávnosti a zavinenia.

Kým pri zmluvnej zodpovednosti subjekt zodpovedá z titulu porušenia akejsi úzko koncipovanej *duty of care* založenej zmluvou, pri deliktnej zodpovednosti nemožno v pravom slova zmysle hovoriť o existencii *duty of care*. Deliktná zodpovednosť predpokladá porušenie zákona, ktoré vždy zároveň determinuje existenciu *faute*, t. j. každé porušenie zákonnej povinnosti je založené na *faute*. Rovnako je tomu pri zmluvnej zodpovednosti, kedy porušenie zmluvnej povinnosti je *ipso facto* porušením založenom na *faute*. Porušenie iného štandardu správania sa (akejsi všeobecne koncipovanej *duty of care*, t. j. všeobecnej povinnosti starostlivosti), ktoré zakladá deliktnú zodpovednosť už samo o sebe nedeterminuje *faute*, ale je nevyhnutné v každom prípade osobitne skúmať viaceré kritéria, ako napríklad povahu chráneného záujmu, povahu konania (nebezpečnosť použitej veci, nebezpečnosť vykonávanej činnosti, legitímne očakávania poškodeného a pod., ktoré v sumare môžu ale nemusia znamenať existenciu *faute*.

Medzi ďalšie faktory vplývajúce na existenciu *faute* môžeme zaradiť povahu prevenčných opatrení, predvídateľnosť škody či existenciu poistenia (ktoré síce striktne z hľadiska práva nemá vplyv na existenciu *faute*, avšak v skutočnosti často vplýva na názor sudcu pri rozhodovaní o založení zodpovednosti). Na druhej strane na existenciu *faute* nemajú vplyv faktory ako *floodgate argument* alebo povaha škody.³⁰

3. Protiprávnosť v právnom poriadku Slovenskej republiky – aktuálny právny stav

Slovenská právna veda považuje protiprávnosť za základný predpoklad zodpovednosti za škodu.³¹ Protiprávnosť tvorí spolu s ďalšími faktormi tzv. elementy zakladajúce zodpovednosť za škodu. Kategória protiprávnosti zohráva ústrednú úlohu ako v prípade zodpovednosti za zavinenie (subjektívnej zodpovednosti), tak aj v prípade tzv. objektívnej zodpovednosti. Tieto závery potvrdzuje aj judikatúra slovenských súdov.³²

³⁰ Vychádzam z VINEY, G. Le 'Wrongfulness' en Droit français. In Koziol, H. Unification of Tort Law: Wrongfulness. Hague: Kluwer Law International, 1998, s. 41 a nasl.

³¹ Tak je tomu napríklad v komentárovej literatúre od Suchožu, Patakyovej či Ovečkovej. SUCHOŽA, J., a kol. Obchodný zákonník a súvisiace predpisy. Komentár. Bratislava: EUROUNION, spol. s r. o., 2007. PATAKYOVÁ, M. a kol. Obchodný zákonník – Komentár. Bratislava: C. H. Beck, 2006. OVEČKOVÁ, O. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. Tretie, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2012.

³² Napríklad rozsudok Krajského súdu v Trnave zo dňa 12. 12. 2007, sp. zn. 11Co/19/2007, v ktorom sa uvádza: „Základnými predpokladmi vzniku zodpovednosti za škodu sú porušenie právnej povinnosti, existencia škody, príčinná súvislosť medzi porušením právnej povinnosti a škodou a zavinenie. Porušenie právnej povinnosti spočíva v existencii takého úkonu, ktorý je v rozpore s objektívnym právom. K porušeniu právnej povinnosti môže dôjsť buď protiprávnym konaním, alebo opomenutím toho, čo sa malo v súlade s právom vykonať.“ Rovnako porovnajte rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky zo dňa 31. 08. 2004, sp. zn. 25 Cdo 2542/2003.

Požiadavka protiprávnosti je pritom vyvodzovaná priamo z ustanovení právneho poriadku, t.j. jednotlivých skutkových podstát pojednávajúcich o zodpovednosti za škodu. Na ukážku si uvedieme niekoľko ustanovení.³³

§ 420 Občianskeho zákonníka:

*Každý zodpovedá za škodu, ktorú spôsobil **porušením právnej povinnosti**.*

§ 424 Občianskeho zákonníka:

*Za škodu zodpovedá aj ten, kto ju spôsobil úmyselným **konaním proti dobrým mravom**.*

§ 373 Obchodného zákonníka:

*Kto **poruší svoju povinnosť zo záväzkového vzťahu**, je povinný nahradiť škodu tým spôsobenú druhej strane, ibaže preukáže, že porušenie povinností bolo spôsobené okolnosťami vylučujúcimi zodpovednosť.*

§ 757 Obchodného zákonníka:

*Pre zodpovednosť za škodu spôsobenú **porušením povinností ustanovených týmto zákonom** platia obdobne ustanovenia § 373 a nasl.*

Ako môžeme vidieť, zodpovednosť za škodu je priamo naviazaná na protiprávnosť spočívajúcu v porušení právnej povinnosti (§ 420 Občianskeho zákonníka), zmluvnej povinnosti (§ 373 Obchodného zákonníka), zákonnej povinnosti (§ 757 Obchodného zákonníka), či normy spoločensky akceptovateľného správania³⁴ (§ 424 Občianskeho zákonníka). Len vo výnimočných prípadoch je povinnosť k náhrade škody ukladaná bez ohľadu na protiprávnosť konania povinného subjektu. Je tomu tak napr. v prípade § 421a³⁵ či § 427 Občianskeho zákonníka³⁶. Subjekt je teda povinný nahradiť vzniknutú škodu nie z dôvodu svojho protiprávneho konania, ale z titulu existencie špeciálneho zákonodarcom stanoveného predpokladu, na základe ktorého dochádza k presunu povinnosti znášať škodu z poškodeného na iný subjekt (ktorý však v tomto prípade nie je zodpovedným škodcom v pravom slova zmysle). Týmto špeciálnym predpokladom je spravidla riziková činnosť (§ 427 a § 432 Občianskeho zákonníka), osobitosť vzťahu medzi poškodeným a škodcom (§ 433 Občianskeho zákonníka), či záujem na rozptýlení škôd³⁷.

³³ Okrem uvedených ustanovení, ktoré sú vyjadrené v kódexoch súkromného práva, Občianskom zákonníku a Obchodnom zákonníku, a majú všeobecnú povahu, nachádzame aj osobitné zodpovednostné skutkové podstaty založené na protiprávnosti. Napr. § 33 zákona č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách ustanovuje: „*Dražobník zodpovedá za škodu, ktorú spôsobil porušením ustanovení tohto zákona.... Navrhovateľ dražby zodpovedá za škodu, ktorú spôsobil porušením ustanovení tohto zákona.*“

³⁴ Ústavný súd Slovenskej republiky vymedzil dobré mravy takto: „*Dobrémi mravmi sú pravidlá správania sa, ktoré sú v prevažnej miere v spoločnosti uznávané a tvoria základ fundamentálneho hodnotového poriadku.*“ Uznesenie Ústavného súdu SR z 24. 02. 2011, sp. zn. IV. ÚS 55/2011.

³⁵ „*Každý zodpovedá aj za škodu spôsobenú okolnosťami, ktoré majú pôvod v povahe prístroja alebo inej veci, ktoré sa pri plnení záväzku použili. Tejto zodpovednosti sa nemôže zbaviť.*“

³⁶ „*Fyzické a právnické osoby vykonávajúce dopravu zodpovedajú za škodu vyvolanú osobitnou povahou tejto prevádzky.*“

³⁷ Takýto osobitný záujem nachádzame napríklad v zákone č. 294/1999 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom v znení neskorších predpisov, podľa ktorého: „*Výrobca zodpovedá za škodu spôsobenú vadným výrobkom na zdraví alebo na živote poškodeného alebo na veci inej, ako je vadný výrobok, ak je obvykle určená na osobné použitie*

Protiprávnosť konania škodcu je považovaná za objektívny predpoklad zodpovednosti za škodu. Keďže jeho posudzovanie je založené na výsledku spočívajúcom v objektívnom rozpore s právnym poriadkom, mohli by sme ho prirovnať k nemeckému konceptu *Erfolgsunrechtslehre*, ktorý za hodnotiace kritérium protiprávnosti nepovažuje ľudské správanie, ale výsledok (t. j. zásah do práv). Samotné ľudské správanie však bude hodnotené v rámci ďalšieho predpokladu zodpovednosti za škodu, a to zavinenia. Práve subjektívny charakter zavinenia v slovenskom právnom poriadku umožňuje veľmi jasne odlíšiť zavinenie od protiprávnosti.

4. Slovenská republika – legislatívny zámer a moderné prístupy k otázkam protiprávnosti

Legislatívny zámer³⁸ upravuje predpoklady zodpovednosti za škodu v prvom diele tretej hlavy nazvanom „*Záväzky zo spôsobenia škody*“. Navrhovaná koncepcia sa pritom diametrálne odlišuje od súčasnej právnej úpravy, keď úplne opomína kategóriu protiprávnosti ako základný predpoklad zodpovednosti za škodu. Namiesto toho legislatívny zámer, inšpirovaný Princípami európskeho deliktneho práva³⁹, zavádza kategóriu právom chráneného záujmu.⁴⁰ Legislatívny zámer tak reflektuje moderné tendencie v oblasti práva zodpovednosti za škodu. Tieto vychádzajú najmä z dvoch základných otázok, a to či protiprávnosť v dnešnom chápaní je nevyhnutným predpokladom zodpovednosti a či môžeme uvažovať o inom predpoklade zodpovednosti, ktorý by nebol nevyhnutne spätý s rigidným systémom založenom na porušení právnej povinnosti.

Ako sme už uviedli, väčšina európskych štátov⁴¹ vychádza pri zakladaní zodpovednosti za škodu z kategórie protiprávnosti spočívajúcej v porušení právnej

alebo na osobnú spotrebu, ktorá poškodenému slúžila prevažne na tento účel, ak poškodený preukáže, že výrobok je vadný, škodu a príčinnú súvislosť medzi vadným výrobkom a škodou.“. Základnou myšlienkou a rozhodujúcim faktorom pre prenesenie zodpovednosti je snaha o rozptýlenie škody medzi všetkých zákazníkov výrobcu a to prostredníctvom internalizácie škody vo výrobcovi a jej následkom premietnutí do cien tovarov. Eventuálnu škodu (resp. nepriaznivé následky, ktoré z nej vyplynú) tak nebudú znášať iba niektorí zákazníci (poškodení), ale na základe osobitného predpokladu (vadnosť výrobku) bude škodu znášať výrobca, ktorý ju v konečnom dôsledku preniesie do ceny produktov a tým na všetkých zákazníkov.

³⁸ Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka schválený vládou Slovenskej republiky dňa 14. 01. 2009 uznesením č. 13.

³⁹ PETL ako výsledok prác tzv. Európskej skupiny deliktneho práva bližšie analyzuje VLASÁK, M. Předpoklady odpovědnosti za škodu v Principech evropského deliktního práva: rigorózná práca. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 41.

⁴⁰ Legislatívny zámer v bode 2.1.4. uvádza: „*Kategória „právom chránených záujmov“ sčasti umožňuje vyhnúť sa spájaniu náhrady škody s protiprávnosťou, ako predpokladom vzniku zodpovednosti. Ustanovenie má smerovať k takému výkladu, že spôsobenie majetkovej alebo nemajetkovej ujmy na právom chránenom záujme je samo o sebe jedným z predpokladov vzniku povinnosti na náhradu škody.*“

⁴¹ S kategóriou protiprávnosti ako elementom zakladajúcim zodpovednosť za škodu sa nestretneme v práve *common law*, ale napr. ani v belgickom či francúzskom práve. V týchto právnych poriadkoch subjekt spravidla zodpovedá za škodu preto, že mu ju možno dávať za vinu a nie preto, že je protiprávna. Je pravdou, že v konečnom dôsledku je škoda spájaná s

povinnosti. Tento koncept sa vo viacerých prípadoch ukázal ako príliš rigidný a neschopný reakcie na meniace sa spoločenské vzťahy.⁴² Je nesporné, že tento systém prináša so sebou výhody spočívajúce najmä v právnej istote a predvídateľnosti práva. Tie však pominú akonáhle sa začnú vytvárať koncepty poskytujúce ochranu právam, ktoré je len ťažko do takto nastaveného systému protiprávnosti vtesnať.⁴³ Právo totiž nikdy nedokáže *ex ante* zahrnúť pod svoje „ochranné krídla“ všetky spoločenské vzťahy, najmä nie tie budúce. Ak je teda systém nastavený neadaptabilne, zostávajú len dve možnosti, a to zásah legislatívy alebo judikátorne rozšírenie systému, ktoré však často vedú k jeho deformácii.

Riešenie takýchto situácií môžeme nájsť vo flexibilnom systéme, ktorý je založený na širokej škále kritérií, ktorých hodnotenie a vzájomné pomerovanie vedie k odpovedi na otázku, či v konkrétnom prípade bol alebo nebol porušený záujem chránený právom.⁴⁴ Myšlienku flexibilného systému ochrany práv nachádzame v diele W. Wilburga⁴⁵ a následne jej rozvinutie v dielach B. Schilchera⁴⁶ a F. Bydlinského⁴⁷. Táto teória sa nezakladá iba na pomerovaní jednotlivých faktorov zakladajúcich zodpovednosť, ale každý z týchto faktorov má aj odlišnú váhu. Môže teda nastať situácia, že niektorý z faktorov bude absentovať, resp. jeho váha bude zanedbateľná, ale intenzita ostatných dosiahne mieru zakladajúcu zodpovednosť.⁴⁸ K tomuto Wilburg uvádza: „Ak niektorý z faktorov vstúpi do hry so špeciálnou intenzitou, môže to samo o sebe postačovať na odôvodnenie zodpovednosti za škodu...Tento systém je schopný zahrnúť všetky predstaviteľné prípady a ich osobitné kvality. V porovnaní s predchádzajúcimi princípmi je elastický a nerozbiže sa ako predmet zo skla keď sa hodnota úsudku týkajúceho sa vplyvu jednotlivých

protiprávnosťou, ale protiprávnosť škody je vnímaná ako priamy dôsledok toho, že ju subjekt zaviniť. Toto chápanie vzťahu protiprávnosti a zavinenia možno pripodobniť rímskoprávnemu chápaniu Aquiliánskej zodpovednosti ako *damnum culpa datum*.

⁴² Aj preto dnes do popredia vystupuje otázka, či protiprávnosť v dnešnom chápaní je nevyhnutným predpokladom zodpovednosti alebo môžeme uvažovať o inom predpoklade zodpovednosti, ktorý by nebol nevyhnutne spätý s porušením právnej povinnosti.

⁴³ Ako príklad nám môže poslúžiť veľmi úzko nastavený systém deliktnej zodpovednosti v nemeckom práve, ktorý kvôli svojej rigidite „prinútil“ právnu vedu a aplikačnú prax k vytváraniu konceptov (aj keď famózných) ako *culpa in contrahendo* alebo zmluvy s ochrannými účinkami pre tretie osoby (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*).

⁴⁴ V istom, veľmi zjednodušenom zmysle nám tento systém môže pripomínať kombináciu nemecko-rakúskej doktríny právom chránených statkov v kombinácii s doktrínou *common law* vážiacou veľké množstvo kritérií pred konečným vyriešením výroku o zodpovednosti.

⁴⁵ WILBURG, W. *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*. Graz: 1950. V anglickom preklade od Herberta Hausmaningera WILBURG, W. *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*. Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000.

⁴⁶ SCHILCHER, B. *Theorie der sozialen Schadensverteilung* (Schriften zum bürgerlichen Recht). Berlin: Duncker und Humboldt, 1977.

⁴⁷ BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer, 1982.

⁴⁸ K takejto situácii by pri súčasnom chápaní predpokladov zodpovednosti nemohlo dôjsť, nakoľko v zmysle teórie a aplikačnej praxe na založenie zodpovednosti musí byť preukázaná existencia všetkých jej predpokladov.

faktorov, ako napríklad nebezpečnosť podniku, zmení v priebehu času. Zároveň je doň možné pridávať nové faktory a vplyvy.⁴⁹

Samozrejme, že takýto „všeobjímajúci“ a do istej miery právne vágny systém vyvoláva obavy z nestability, nízkej právnej istoty a nepredvídateľnosti práva. Zároveň kladie zvýšené nároky na sudcov, ktorým pre vyvodenie alebo odmietnutie zodpovednosti nestačí zistiť (ne)existenciu jednotlivých predpokladov zodpovednosti, ale musia dôsledne zvážiť každý element flexibilného systému, a to ako samostatne, tak aj vo vzájomných súvislostiach a až následne môžu vyriešiť verdikt.

Tieto obavy však nepovažujeme za opodstatnené. V prvom rade je potrebné uviesť, že aj v súčasnosti sú v právnych poriadkoch zakotvené viaceré inštitúty, ktoré môžu ovplyvniť otázku vzniku zodpovednosti za škodu, prípadne otázku jej rozsahu. Medzi tieto inštitúty môžeme zaradiť dobré mravy, poctivý obchodný styk, spravodlivosť, ekvita a ďalšie, ktoré v dôsledku svojej právnej neurčitosti umožňujú, najmä vzhľadom na meniace sa spoločenské vzťahy, zakladať zodpovednosť tam, kde predtým nebola, resp. nezakladať ju tam, kde by predtým založená bola.⁵⁰ Existencia týchto inštitútov v určitom rozsahu znižuje mieru právnej istoty a predvídateľnosti práva. Vlastne všade tam, kde zákonodarca umožňuje určitú mieru voľného uváženia je orgán aplikujúci právo povinný zvažovať viaceré hodnoty a záujmy, ktoré môžu ovplyvniť (ne)priznanie práva.

To nám dáva odpoveď aj na druhú z obáv, a to prílišnú záťaž na sudcov. Tí musia aj v súčasnosti okrem predpokladov zodpovednosti za škodu zvážiť aj ďalšie kritéria, akými môžu byť dôvody hodné osobitného zreteľa⁵¹, finančná spôsobilosť znášať škodu a iné.

Skutočný zmysel flexibilného systému nie je v stanovení nejasných, právne vágnych alebo náhodných kritérií determinujúcich zodpovednosť, ale vo vzájomnej kooperácii dvoch prvkov, a to uváženia sudcu a právom nastavených mantinelov, t. j. jednotlivých elementov zodpovednosti, ktoré musí sudca zvážiť a vo svojom rozhodnutí sa náležite vysporiadať s ich intenzitou, váhou a relevanciou pre konkrétny prípad. Zároveň je potrebné spomenúť výhodu tohto systému spočívajúcu v jeho neuzavretosti. Práve táto mu umožňuje bezprostredne reagovať na zmenu spoločenských vzťahov a v meniacom sa čase poňať za determináčné kritérium aj také, ktoré v minulosti nemalo vplyv na zakladanie zodpovednosti.

Kategóriu právom chránených záujmov odlišuje od protiprávnosti najmä rozsah ich ochrany a nebezpečnosť zásahu. Kým za protiprávne možno označiť iba konanie subjektu, ktoré je v rozpore s právnym poriadkom, narušenie právom chráneného záujmu môže spočívať aj v zásahu do iného, síce výslovne legislatívne

⁴⁹ WILBURG, W. The Development of a Flexible System in the Area of Private Law. Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, s. 9. Citované podľa KOZIOL, H. Recovery for Pure Economic Loss in the European Union. In Arizona Law Review, 2006, roč. 48, č. 4, s. 886.

⁵⁰ V našom právnom poriadku sú relevantné napr. § 3 a 424 Občianskeho zákonníka a § 265 Obchodného zákonníka. Zároveň tam môžeme zaradiť ústavné princípy rovnosti, slobody a ďalšie.

⁵¹ U nás vyjadrené v § 450 Občianskeho zákonníka v rámci moderačného práva súdu.

nezakotveného, ale napriek tomu ochranyhodného záujmu.⁵² Rovnako nebezpečnosť zásahu odlišuje protiprávnosť od právom chráneného záujmu. Tá má vplyv na zodpovedanie otázky, či v danom prípade došlo k zásahu do právom chráneného záujmu. Kým protiprávnosť je založená všade tam, kde došlo k porušeniu právnej povinnosti (bez ohľadu na nebezpečnosť zásahu), konštatovanie porušenia právom chráneného záujmu možno vyvodiť len vtedy, ak tento zásah bol dostatočne nebezpečný. Teda nie každé porušenie právnej povinnosti bude znamenať *ipso facto* aj zásah do právom chráneného záujmu. Tomuto rozlišovaniu zodpovedá aj dvojstupňové (v prípade zodpovednosti za zavinenie trojstupňové) zisťovanie porušenia právom chráneného záujmu.⁵³ Prvá fáza spočíva v zisťovaní objektívneho zásahu do právom chráneného záujmu a jej výsledkom je konštatovanie, že škodca zasiahol alebo nezasiahol do záujmu, ktorý je chránený právom. Vychádza sa pritom z čisto objektívnych kritérií rovnako ako v prípade zisťovania protiprávnosti v slovenskom právnom poriadku. Na druhej strane druhá fáza zohľadňuje subjektívnu stránku – správanie škodcu, ktoré sa však posudzuje na základe objektívnych kritérií spočívajúcich v požadovanej miere správania, ktorá v sebe zahŕňa aj nebezpečnosť zásahu.⁵⁴

5. Záver

Cieľom tohto príspevku nebola vyčerpávajúca analýza fenoménu protiprávnosti, nakoľko takáto úloha vyžaduje omnoho širší priestor a dôkladnejší vedecký výskum podložený kvalitným teoretickým zázemím. Pokúsili sme sa však poskytnúť aspoň letmý pohľad na tento možno povedať že najkontroverzejší predpoklad súkromnoprávnej zodpovednosti za škodu, ktorý vzhľadom na vysokú mieru abstrakcie spôsobuje problémy nejdenému právnikovi. Ako sme ukázali, napriek tomu, že s pojmom protiprávnosť sa v oblasti zodpovednosti za škodu bežne operuje, nenachádzame ani jeho legislatívne ani judikátorne vymedzenie. Právno-teoretické uchopenie tohto pojmu pritom variuje viacerými smermi, od subjektívneho vnímania, cez objektívne, až po ignoranciu tohto pojmu v rade predpokladov zodpovednosti. Cez takto nastolenú problematiku sme sa dostali až k aktuálnym snahám o nahradenie protiprávnosti ako predpokladu zodpovednosti za škodu flexibilným systémom zvažujúcim široké spektrum faktorov. Tento príspevok tak možno považovať aj za námet na diskusiu k otázkam potreby, vymedzenia,

⁵² Napríklad prostredníctvom takéhoto nastavenia práva zodpovednosti za škodu by mohla byť ochrana poskytnutá aj tzv. sentimentálnym právam (osobitná obľuba predmetu a pod.). K tomu porovnaj § 2969 ods. 2 zákona č. 89/2012 Sb. Občanský zákoník, ktorý umožňuje náhradu tzv. „ceny zvláštní obliby“.

⁵³ K tomu bližšie European Group on Tort Law. Principles on Tort Law – Text and Commentary. Wien: Springer, 2005, s. 25.

⁵⁴ Kritéria požadovanej úrovne správania stanovujú PETL v čl. 4:102: „Požadovaná úroveň správania sa určí ako správanie rozumnej osoby v závislosti na okolnostiach a záleží konkrétne na povahe a hodnote chráneného záujmu, ktorého sa týka, nebezpečnosti konania, skúsenostiach, ktoré sú očakávané u konajúcej osoby, predvídateľnosti škody, vzťahu blízkosti alebo zvláštného vzťahu medzi tými, ktorých sa to týka, ako aj dostupnosti a ceny prevenčných alebo alternatívnych metód.“

legislatívneho zakotvenia a prípadných praktických dopadov tohto systému na budúci charakter súkromnoprávnej zodpovednosti za škodu v Slovenskej republike.

Kontakt

dusan.marjak@gmail.com

OCHRANA SOUKROMÍ A PRÁVO BÝT ZAPOMENUT

1. Pojem soukromí a problém jeho vymezení

Pojem soukromí není jednoduché definovat. Jeho definici¹ tak zpravidla nenajdeme ani v aktuální judikatuře českých či zahraničních soudů ani v mezinárodních dokumentech nebo významných textech právní vědy či praxe. Jen výjimečně lze najít některé vymezující stanoviska v rozhodnutích Evropského soudu pro lidská práva, který obvykle váže tento pojem obecně na fyzickou i psychickou integritu osoby včetně sexuálního života.² Jde tak o pojem *per se* značně široký a flexibilní; ostatně podobně je tomu u řady jiných právních pojmů, které jsou velmi úzce navázány na další práva, svobody či související vědní disciplíny. Podobně jako je tomu u řady dalších pojmů (např. spravedlnost, důstojnost, svrchovanost, jistota atd.), ani v případě pojmu soukromí není taková definice patrně ani žádoucí, i zde totiž platí více než jinde stará římskoprávní regule *omnis definitio (in iure) periculosa es*.³ Implicitní definice těchto pojmů pak lze dovodit prostřednictvím metod právní argumentace⁴ (např. z rubriky právních předpisů, případně abstrakcí⁵ atd.).

Z historické perspektivy je tento pojem postupně sémanticky vytvářen zejména ve Spojených státech, kde v roce 1890 vyšla na toto téma první obsáhlejší studie,⁶ jejímž cílem bylo především odůvodnit, že pojem soukromí (*privacy*), jakkoliv jej Ústava USA či její dodatky nevymezují, představuje svého druhu obecné

¹ Tedy máme-li na mysli definici explicitní reálnou. K tomu více viz KNAPP, V. Vědecká propedeutika pro právníky. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 178.

² Viz např. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 11. 7. 2002, Goodwinová proti Spojenému království, stížnost č. 28957/95, kde bylo judikováno, že transsexuálové mají právo na svoji sexuální identitu a státy toto jejich právo musejí respektovat. Smluvní státy mají povinnost činit taková opatření, aby jednotlivcům byl umožněn přístup k informacím o jejich původu. Pokud osobě nejsou známy informace o rodičích nebo jí jsou utajovány na základě požadavku rodičů nebo na základě ochrany osobních údajů rodičů, můžeme se setkat se dvěma situacemi. Buď může stát jednotlivci informace poskytnout, nebo odmítnout.

³ Tedy že každá definice (v právu) je nebezpečná, mimo jiné už proto, že obvykle není zásady, aby z ní nebylo výjimky. Původ této zásady viz Iavolenaus. Digesta 50, 17, 202.

⁴ K tomu více viz SOBEK, T. O povaze právní argumentace. Právník. 7/2007, s. 713.

⁵ KNAPP, V. Vědecká propedeutika pro právníky. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 183.

⁶ Viz nálezný pléna Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 24/10, 94/2011 Sb odkazující na publikaci WARREN, S. a L. BRANDEIS. The Right to Privacy. 4 HARV. L. REV. 193 (1890),

právo (*general right to privacy*), kterého by bylo možné se dovolat přímo, nikoliv tedy zprostředkovaně. V tomto ohledu autoři této studie (společného článku) dovozovali, že pojem soukromí obsahově spadá pod (tehdy) významnější právo na vlastní osobnost (*the immunity of the person*), přičemž deklarovali, že toto právo představuje *per se* jakýsi nový právní princip, který stojí relativně samostatně bez závislosti na jiných právech či svobodách. V Evropě došlo k utváření tohoto pojmu výrazně později, a to zejména na základě mezinárodních úmluv,⁷ kde byl převážně používán pojem „soukromý a rodinný život“. Historická perspektiva se jeví jako významná i z řady dalších důvodů, zejména pak proto, že především z této perspektivy lze sledovat velmi odlišný přístup různých autorit k chápání tohoto pojmu. Jiné pojetí lze vysledovat u J. S. Milla, který používal pojem osobní oblast lidského života, popř. svrchovanost nad sebou samým.⁸ Dále pak proto, že jde o pojem svou povahou značně subjektivní (viz níže), který je podmíněn kulturními a historickými souvislostmi. Jak výstižně uvádí J. Filip,⁹ zcela odlišně a logicky tak byl tento pojem chápán v dobách, kdy v jedné místnosti žila 12ti členná rodina, pro kterou by byly naše dnešní nároky na soukromí v oblasti bydlení něčím zcela nepředstavitelným. Jinak by také chápal soukromí francouzský král přijímající ráno šlechtu, před kterou vykonával všechny úkony ranní toalety. Pokud bychom pak pokračovali směrem do minulosti, zřejmě bychom dospěli až k poznání, které zpravidla překrývá jako prostředek ochrany onen pověstný fíkový list v souvislosti s uvědoměním si nahoty našich biblických předků Adama a Evy¹⁰ ve Starém zákoně.¹¹ Pojem soukromí má v různých kontextech různý obsah a je chápáno a chráněno v různé šíři¹², a to včetně zcela odlišného pojetí jak je tomu například ve Spojených státech, kde je tento pojem obvykle chápán vysoce restriktivně ve smyslu záruk soukromí člověka ve vztahu k státu, zatímco evropské pojetí chápe soukromí jako integrální součást svobody jednotlivce.

Současné potíže s vymezením práva na soukromí však vyplývají především z jeho samotné podstaty, obvykle ze skutkových okolností určitého případu (typicky ve vazbě na tzv. informační sebeurčení). Soukromí je zakotveno v normách objektivního práva (soukromého i veřejného), zároveň však představuje významné subjektivní právo jednotlivce, který je tak chráněn i proti své vůli. V tomto ohledu se zde může střetnout závazek státu toto subjektivní právo chránit a respektovat svobodu jednotlivce. V této souvislosti je opakovaně diskutován rozsudek Spolkového správního soudu,¹³ který se týkal možnosti vydání živnostenského

⁷ Viz např. čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, 1950, případně čl. 17. Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, případně čl. 12 Všeobecné deklarace lidských práv.

⁸ The sovereignty of the individual over himself.

⁹ FILIP, J. Úvodní poznámky k problematice práva na soukromí. In: V. ŠIMÍČEK, ed. Právo na soukromí. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 13.

¹⁰ Viz Genesis 3:7 „Oběma se otevřely oči: poznali, že jsou nazí. Spletli tedy fíkové listy a přepásali se jimi.“

¹¹ Jak dále uvádí FILIP, J. Úvodní poznámky k problematice práva na soukromí. In: V. ŠIMÍČEK, ed. Právo na soukromí. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 13.

¹² CROWTHE, B. (Un)Reasonable Expectation of Digital Privacy. Brigham Young University Law Review. 2012, s. 343.

¹³ Sp. zn. 1C 232/79, z 15. února 1981 (celý rozsudek byl otištěn v Neue Juristische Wochenschrift, roč. 1982, č. 12).

povolení k provozování tzv. peep-show podle § 33a odst. 2 německého živnostenského řádu, kde soud konstatoval, že toto porušení lidské důstojnosti (člověk jako objekt, ne subjekt) nelze odstranit, ani oprávnit souhlasem dotýčných dam, neboť důstojnost člověka je objektivní nezczizitelná hodnota. Problém s aplikací práva na soukromí pak obvykle vyplývá také ze skutečnosti, že zákaz porušování soukromí je obvykle nějak vázán na konkrétní rozsah, jaký si sama chráněná osoba vymezí vůči veřejnosti a v jakém si vymezí hranice svého informačního sebeurčení, což ve svém důsledku objektivně snižuje tzv. právo nedostupnosti soukromí (např. dobrovolné zveřejnění intimní informace na sociálních sítích).¹⁴

Objektivní právo nemůže pracovat pouze s filozofickými a etickými kategoriemi, musí je transformovat do právního jazyka. V tomto ohledu i naše Listina pojímá otázku práva na soukromí relativně komplexně. V článku 7 odst. 1 je zakotvena obecná garance nedotknutelnosti soukromí jako *lex generalis*, ze které poté vybíhá v Listině celá řada konkrétních záruk jednotlivých aspektů spojených se soukromím jedince. Stačí uvést hodnoty chráněné v článku 10 odst. 1 Listiny (lidská důstojnost, osobní čest, dobrá pověst, jméno). Všechny jsou spjaty se soukromím jedince. Totéž platí pro ochranu soukromého a rodinného života ve smyslu článku 10 odst. 2 (spojnice s mezinárodními lidskoprávními úmluvami) a ochranu před zneužíváním osobních údajů. Jiným projevem soukromí je tradiční pojetí nedotknutelnosti obydlí dle článku 12 Listiny, kde je soukromí vymezeno prostorově, stejně jako ochrana uchovávaných nebo přepravovaných písemností, záznamů a zpráv podle článku 13 Listiny. Bezprostředním výrazem ochrany soukromí je pak i článek 15 odst. 1 (svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání či víry). Rovněž řada politických práv a svobod je spjata s problematikou ochrany soukromí. Zejména se jedná o aspekt negativní svobody, tedy o svobodu jedince rozhodovat o sobě tak, že určitý názor neprojeví, informaci nepřijme, postoj nesdělí apod.¹⁵

2. Nový evropský systém ochrany soukromí

O vztahu práva na soukromí a Internetu toho lze napsat mnoho, obvykle však nepůjde o pohled optimistický, ale spíše pesimistický a kritický. Tento zjevně negativní dopad Internetu do intimní oblasti člověka nelze zcela přehlížet, naopak je nutné se zamyslet nad dalším vývojem v této oblasti. Lidstvo v posledním období své historie o sobě shromažďuje dosud nevídané množství dat, navíc v mnoha směrech až příliš snadno dostupných, a to i tam, kde se dostupnost jeví jako zcela nevhodná nebo minimálně neúčelná. Důsledkem těchto technologických změn vzniká masivní redundance údajů, která je netypická nejenom ve smyslu hledisek kvantitativních (rozsahem) a kvalitativních (snadno zaznamenatelná, šířitelná a dostupná formou elektronického záznamu), ale především také ve vztahu k jejich časovému působení.¹⁶

¹⁴ K tomu více viz MATEJKA, J. Internet jako objekt práva: hledání rovnováhy autonomie a soukromí. 1. vydání. Praha: CZ.NIC, 2013, s. 124

¹⁵ FILIP, J. Úvodní poznámky k problematice práva na soukromí. In: V. ŠIMÍČEK, ed. Právo na soukromí. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 13.

¹⁶ K tomu více viz MATEJKA, J. Internet jako objekt práva: hledání rovnováhy autonomie a soukromí. 1. vydání. Praha: CZ.NIC, 2013, s. 124

Z tohoto důvodu lze považovat za nezbytnou takovou ochranu práv, která bude dopad těchto technologických změn ve formě negativního působení¹⁷ na soukromí člověka efektivně regulovat. Touto cestou se v nedávné době vydala i Evropská unie, která dne 25. ledna 2012 představila návrh nařízení¹⁸ o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováváním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů). Důvodem pro tento návrh je především snaha reagovat na rychlý technologický rozvoj, který staví ochranu osobních údajů před nové výzvy. Objem sdílených a shromažďovaných údajů dramaticky roste. Technologie umožňují jak soukromým společnostem, tak orgánům veřejné moci využívat při provádění jejich činnosti osobní údaje v nebyvalém rozsahu. Jednotlivé osoby stále častěji zveřejňují své osobní údaje i v globálním měřítku. Technologie tak mění jak ekonomiku, tak i společenský život člověka. V tomto ohledu je jistě významné budovat důvěryhodné prostředí Internetu. Nedostatek důvěry vede k tomu, že se spotřebitelé zdráhají nakupovat on-line a využívat nové služby. Opačný přístup by patrně vedl k zpomalení rozvoje inovativního využívání nových technologií. Ochrana osobních údajů proto hraje důležitou roli v Digitální agendě pro Evropu¹⁹ a ještě obecněji ve strategii²⁰ EU pojmenované „Evropa 2020“.²¹ Tato strategie, pokud jde o její část týkající se ochrany osobních údajů, má své základy ve zprávě Evropského parlamentu ze dne 6. července 2011, která podpořila přístup Komise k reformě rámce pro ochranu údajů.²² Rada EU přijala dne 24. února 2011 závěry, v nichž v široké míře podporuje úmysl Komise reformovat rámec pro ochranu údajů a souhlasí s mnoha prvky jejího přístupu. Evropský hospodářský a sociální výbor obdobně podpořil cíl Komise

¹⁷ Podle nedávného průzkumu z června 2011 (Eurobarometru č. 359, Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union) považuje 74 % Evropanů odhalování osobních informací ve stále větší míře za součást moderního života. Hlavním důvodem k odhalení informací je přístup k internetové službě. To se týká jak uživatelů sociálních sítí a stránek pro sdílení dat (61 %), tak lidí, kteří na internetu nakupují (79 %). Při registraci na sociální síti nebo registraci za účelem využití internetové služby zná více než polovina uživatelů internetu (54 %) podmínky sběru údajů a ví, k čemu budou jejich údaje dále využívány. Jen o něco více než čtvrtina uživatelů sociálních sítí (26 %) a dokonce ještě méně lidí, kteří nakupují na internetu (18 %), má pocit, že mají své údaje zcela pod kontrolou.

¹⁸ Za nejvhodnější právní nástroj pro definování rámce pro ochranu osobních údajů v Unii se považuje nařízení. Na základě přímé použitelnosti nařízení podle článku 288 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU), se omezí právní nejednotnost a zvýší právní jistota tím, že se zavede harmonizovaný soubor základních pravidel, zlepší ochrana základních práv jednotlivců a přispěje k fungování vnitřního trhu.

¹⁹ Dostupná [online] z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:CS:PDF>

²⁰ Viz <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:CS:PDF>

²¹ V čl. 16 odst. 1 SFEU, který byl zaveden Lisabonskou smlouvou, je zakotvena zásada, že každý má právo na ochranu osobních údajů, které se jej týkají. Kromě toho Lisabonská smlouva zavedla s čl. 16 odst. 2 SFEU zvláštní právní základ pro přijetí pravidel ochrany osobních údajů. V článku 8 Listiny základních práv EU je ochrana osobních údajů zakotvena jako základní právo.

²² Usnesení EP ze dne 6. července 2011, o komplexním přístupu k ochraně osobních údajů v EU (2011/2025).

zajistit jednotnější uplatňování pravidel EU pro ochranu údajů ve všech členských státech a odpovídající přezkum Směrnice.²³

Předmětný návrh respektuje dosavadní obecné zásady, nicméně stávající systém ochrany upravuje tak, aby lépe reagoval na výzvy, které s sebou nese rychlý vývoj nových (on-line) technologií a rostoucí globalizace. Jedním z hlavních důvodů pro vytvoření nového právního rámce byla především existující nejednotnost ochrany osobních údajů v EU, která ve svém důsledku v řadě případů vedla k právní nejistotě a celkové nedůvěře v on-line prostředí, jakož i obavě z rizik spojených se sdílením osobních údajů. Zpracovávání a sdílení osobních údajů je přitom pro současnou ekonomiku nezbytným předpokladem pro uskutečňování obchodních transakcí nejrůznějšího charakteru. Účelem nového nařízení je tedy vytvořit takové právní prostředí, které by zajišťovalo maximální právní jistotu jednotlivcům využívajícím elektronických služeb. Dalším důvodem byla složitá pravidla týkající se mezinárodního předávání osobních údajů, která tvoří významnou překážku při provádění některých činností.

Samotná právní stránka návrhu spočívá na několika pilířích, klíčový je zejména rozšířený katalog práv subjektu údajů, včetně navazujících povinností správce (zpracovatele) údajů včetně zvláštních požadavků na organizační strukturu jednotlivých kategorií správců a zpracovatelů. Návrh nařízení dále zavádí speciální pravidla pro zpracovávání údajů v konkrétních kategoriích (osobní údaje dětí, zaměstnanců apod.). V souvislosti s tím pak tento návrh zavádí nový institut, kterým je inspektor ochrany osobních údajů.

Z rozsáhlého katalogu práv zakotvených v návrhu tohoto nařízení lze považovat za dominantní především právo být zapomenut (right to be forgotten),²⁴ resp. právo na zapomnění nebo právo na výmaz,²⁵ jakožto svého druhu určité součásti lidské i právní²⁶ podstaty. Návrh v tomto ohledu stanoví právo na opravu osobních údajů, a „právo být zapomenut“, pokud uchovávání těchto údajů není v souladu s tímto nařízením (návrhem). Subjekty údajů by především měly mít právo na to, aby jejich osobní údaje byly vymazány a nebyly dále zpracovávány, pokud tyto údaje již nejsou potřebné pro účely, pro které byly shromážděny nebo jinak zpracovány, pokud subjekty údajů odvolaly svůj souhlas se zpracováním nebo pokud vznesly námitku proti zpracování osobních údajů, které se jich týkají, nebo pokud zpracování jejich osobních údajů není slučitelné s tímto nařízením z jiných důvodů. Toto právo je obzvláště důležité v případech, kdy subjekt údajů dal svůj souhlas v dětském věku, aniž by si byl v plném rozsahu vědom rizik spojených se zpracováním

²³ Viz příslušný návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováváním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (obecné nařízení o ochraně údajů).

²⁴ V tomto ohledu vřele doporučuji velmi výstižnou prezentaci doc. JUDr. Radima Polčáka, Ph.D., na téma informačního fetišismu a práva být zapomenut (Information fetishism and the art of forgiving) přednesenou v rámci TEDxBrno. Dostupné [online] z: <https://www.youtube.com/watch?v=zS4deaFRBKI>

²⁵ Z angl. „right to be forgotten and to erasure“. K tomuto pojmu bíže viz např. AUSLOOS, J. The Right to Be Forgotten - Worth Remembering? Computer Law & Security Review, roč. 28, číslo 2, 2012, 143, dostupné ONLINE na <http://ssrn.com/abstract=1970392>.

²⁶ I v právních institutech je patrný, byť v mnoha ohledech zcela jinak orientovaný, režim „zapomínání“, viz např. význam a koncepce promlčení v soukromém právu, případně promlčení a zaházení odsouzení v právu trestním, prekluze atd. apod.

údajů, a později chce tyto osobní údaje zejména na Internetu odstranit.²⁷ Za účelem posílení „práva být zapomenut“, počítá návrh s rozšířením práva na výmaz takovým způsobem, aby správce, který zveřejnil osobní údaje, měl povinnost informovat třetí strany, které tyto údaje zpracovávají, že subjekt údajů požaduje vymazání veškerých odkazů na své osobní údaje či veškerých kopií nebo replikací těchto osobních údajů. Podle této úpravy by měl správce a zpracovatel ve vztahu k údajům, za jejichž zveřejnění je zodpovědný, přijmout veškerá rozumná opatření, včetně technických, aby toto informování třetích stran zajistil. V souvislosti se zveřejněním osobních údajů třetí stranou by měl odpovědnost nést správce, pokud třetí straně zveřejnění povolil.²⁸ Uvedené právo je však v celé řadě aspektů limitováno a podléhá tak celé řadě omezení, zejména pak co účelu resp. zákonných důvodů takového zpracování. Uvedená omezení jsou však natolik neurčitá a gumová, že lze jen s obtížemi předvídat dopad takovéto úpravy do dotčených právních vztahů.²⁹

Další požadavky klade návrh na organizační strukturu správce a zpracovatele, zejména pak ve vztahu k základní povinnosti jmenovat inspektora ochrany údajů, a to v těch případech, kdy zpracování provádí orgán veřejné moci či veřejnoprávní subjekt nebo zpracování provádí podnik zaměstnávající 250 či více osob (v tomto případě může skupina takovýchto subjektů jmenovat jediného inspektora) nebo hlavní činnost správce nebo zpracovatele spočívá ve zpracovávání údajů, které kvůli své povaze, rozsahu nebo účelu vyžadují pravidelné a systematické sledování subjektů údajů. Postavení inspektora vyplývá z článku 36 návrhu, který stanoví, že inspektor musí být náležitě a včas zapojen do veškerých záležitostí souvisejících s ochranou osobních údajů. Správce nebo zpracovatel zajistí, aby inspektor ochrany údajů plnil své povinnosti a úkoly nezávisle a nepřijímal žádné pokyny k výkonu své funkce. Inspektor ochrany údajů je přímo podřízen vedení správce nebo zpracovatele. Správce nebo zpracovatel jsou inspektorovi ochrany údajů při plnění jeho úkolů nápomocni a poskytují mu dostatečné personální a objektové zajištění a jakékoliv další zdroje potřebné k výkonu jeho povinností a úkolů. Mezi hlavní úkoly inspektora patří:

- a) informovat správce nebo zpracovatele a udílet jim rady, pokud jde o jejich povinnosti plynoucí z tohoto nařízení, a vést dokumentaci o této činnosti a obdržených odpovědích,
- b) sledovat provádění a uplatňování politik správce nebo zpracovatele souvisejících s ochranou osobních údajů včetně svěřování odpovědnosti a školení pracovníků zapojených do zpracovávání a souvisejících auditů,
- c) sledovat provádění a uplatňování tohoto nařízení, zejména požadavků týkajících se ochrany údajů již od návrhu, standardního nastavení ochrany

²⁷ Další uchovávání údajů by však mělo být přípustné, pokud je to nezbytné pro účely historiografického, statistického a vědeckého výzkumu, z důvodů veřejného zájmu v oblasti veřejného zdraví, pro výkon práva na svobodu projevu, pokud to vyžaduje zákon nebo pokud existuje důvod pro omezení zpracování údajů namísto jejich výmazu.

²⁸ K tomu více viz MATEJKA, J. Internet jako objekt práva: hledání rovnováhy autonomie a soukromí. 1. vydání. Praha: CZ.NIC, 2013, s. 125

²⁹ Právo být zapomenut se tak např. nebude vztahovat na data, jejichž zpracování je nezbytné pro účely historiografického, statistického a vědeckého výzkumu nebo pro účely ochrany práva na svobodu projevu, atd., apod.

- údajů a bezpečnosti údajů a požadavků týkajících se informovanosti subjektů údajů a jejich žádostí o výkon jejich práv podle tohoto nařízení,
- d) zajišťovat vedení dokumentace,³⁰
 - e) sledovat dokumentaci a ohlašování a oznamování případů narušení bezpečnosti osobních údajů,³¹
 - f) sledovat, zda správce nebo zpracovatel vypracovávají posouzení dopadu na ochranu údajů a žádají o předchozí povolení nebo předchozí konzultaci, jsou-li těmito úkony povinováni,³²
 - g) sledovat reakce na žádosti orgánu dozoru a v mezích svých pravomocí inspektora ochrany údajů spolupracovat s orgánem dozoru, pokud o to požádá, nebo pokud k tomu dá podnět inspektor ochrany údajů,
 - h) působit jako kontaktní osoba pro orgán dozoru v záležitostech souvisejících se zpracováváním, a je-li záhodno, vést s orgánem dozoru konzultace z vlastní iniciativy.³³

Za významnou změnu oprati dosavadní úpravě je třeba označit samotnou územní působnost³⁴ předmětného návrhu nařízení, která se vztahuje na zpracování osobních údajů těch subjektů údajů, které mají bydliště v EU, ze strany správce, který není usazen v EU, pokud zpracování údajů souvisí buď s nabídkou zboží nebo služeb těmto subjektům údajů v EU nebo s monitorováním jejich chování (čl. 3, odst. 2). Tito správci mají v určitých případech podle čl. 25 povinnost jmenovat svého zástupce se sídlem v jednom z členských států, v němž trvale žijí subjekty, jejichž údaje jsou zpracovávány pro výše uvedené účely.³⁵

3. Závěrem

Celkově lze shrnout, že navrhované nařízení je v mnoha směrech revolučním počinem, byť naráží na celou řadu aplikačně zcela zásadních kontradikcí a chyb, a to včetně samotné aplikovatelnosti (např. vzhledem k technicistní povaze šíření dat ve vztahu k důsledné realizaci práva být zapomenut). Tyto aspekty však mají spíše partikulární charakter, přičemž lze konstatovat, že samotné navrhované řešení má nepochybně racionální a zcela legitimní základ opírající se o individuální práva jednotlivce, resp. jeho svobodu. Není však v mnoha směrech zcela jasné, proč je dosavadní relativně komplexní a stále efektivněji fungující úprava nahrazována úpravou novou. Existující počiny Evropské komise (viz výše) se nezdají být v tomto ohledu přesvědčivé. Jisté dílčí změny jsou jistě důsledkem rozvoje nových technologií, ty však mohly být dostatečně promítnuty do dosavadní Směrnice. V tomto ohledu je nezbytné reflektovat skutečnost, že formou nařízení navrhovaná

³⁰ Viz článek 28 návrhu upravující povinnost správce a zpracovatele vést podrobnou dokumentaci o všech zpracováních.

³¹ Viz článek 31 a 32 návrhu.

³² Viz článek 33 a 34 návrhu.

³³ Viz článek 37 návrhu.

³⁴ Toto nařízení se vztahuje na zpracování osobních údajů správcem, který není usazen v EU, ale na místě, kde se vnitrostátní právní předpisy členského státu uplatňují na základě mezinárodního práva veřejného.

³⁵ K tomu více viz MATEJKA, J. Internet jako objekt práva: hledání rovnováhy autonomie a soukromí. 1. vydání. Praha: CZ.NIC, 2013, s. 127

právní úprava nezakládá nijak zásadní změnu či posílení postavení subjektu ochrany osobních údajů, naopak, v některých směrech zavádí celou řadu nových institutů, které svou povahou povedou spíše ke snížení právní jistoty účastníků souvisejících právních vztahů, včetně zvýšení nákladů na důslednou aplikaci právní úpravy a souvisejících administrativních nákladů. Jako zásadní problém se však jeví faktická neschopnost postihu celé řady patologických jevů spočívajících v sofistikovaném vytváření profilů z citlivých osobních údajů (zejména pak ve zdravotnictví), údajů ze systémů platebních prostředků, případně dalších údajů komerčního významu s vysokým potenciálem ke zneužití (skryté zpracování údajů ze služeb druhu user-generated-content, apod.). V těchto případech totiž návrh absentuje jakékoliv efektivní nástroje směřující k jejich omezení či alespoň prevenci, nutno tak dovozovat, že patrná snaha navrhované úpravy o regulaci či postih těchto deliktů naráží na neexistenci použitelných důkazů, problém jurisdikce dotčených správních a jiných orgánů, jakož i na značnou technickou složitost použitých technologií a postupů.³⁶

Kontakt

matejka@itpravo.cz

³⁶ Článek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. (RVO:68378122).

JUDr. Pavel Matoušek

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci
Katedra finančního práva, národního hospodářství a ekonomie

Celní právo , Clo, Celnictví (pomoc ekonomice i překážka zahraničnímu obchodu)

Abstrakt

Celní právo, clo a celnictví z pozice státu působí pozitivně možnostmi žádoucí ochrany ekonomiky regulací zahraničního obchodu – dovozů a vývozů. Současně však představuje na úrovni výroby a obchodu, jako podnikatelských aktivit, negativní překážku a komplikaci zahraničnímu obchodu a zahraniční výrobní kooperaci. Je nezbytné jak na úrovni EU, státu, státních orgánů – celních orgánů, tak i podnikatelských subjektů, hledat možnost optimalizace poměru pozitivního i negativního vlivu celního práva, cla a celnictví vůči ekonomice a obchodu.

Abstract

Customs duty, customs duty and the position of the state has positive possibilities desirable protection of economic regulation of foreign trade - imports and exports. At the same time, however, is the level of production and trade, as entrepreneurial activity, negative obstacles and complications of foreign trade and foreign production cooperation. It is necessary at EU, national, federal agencies - customs authorities and business entities, seek optimization of both positive and negative impact of customs law and customs duties to the economy and trade.

Klíčová slova: *celnictví, celní kodex, celní kontrola, celní prohlídka, celní právo, celní předpisy, celní řízení, daňové řízení, celní správa, Evropská komise, Evropská unie, funkce celnictví, mezinárodní dohody a úmluvy, přestupkové řízení, správní řízení, TAXUD,*

Keywords: *Customs, Customs Code, customs inspection, customs inspection, customs law, customs regulations, customs management, tax management, customs, European Commission, European Union, customs function, international agreements and conventions, infringement proceedings, administrative proceedings, TAXUD*

Úvod

Organizovaná lidská společnost ve formě státu, s jeho územním určením a státu s odpovídajícími funkcemi, nese sebou mechanismy, které mají zajistit pro stát potřeby nezbytné pro jeho provoz, z nichž nejdůležitější bylo zajištění dostatečných veřejných financí. Zdrojem příjmů do veřejných financí, kromě primárního pramene - daní, jsou sekundárně, mimo jiné, i cla. Historicky je prokázáno, že celnictví je jednou z nejstarších organizačních složek fiskální správy státu. Svým výkonem realizovalo základní historické funkce cla, a to:

- Fiskální funkce - výběr cla, daní a poplatků spojených s dovozem, vývozem a průvozem zboží
- Regulační funkce – zatěžovací podíl cla v ceně zboží reguluje jeho spotřebu
- Ochranná funkce - podíl na ochraně ekonomických zájmů státu

Vzhledem k tomu, že výkon celnictví byl z praktického hlediska vždy umístěn především na vnější hranice státu, aby veškeré dovážené zboží, případně i vyvážené zboží, bylo podrobeno zaplacení cla, plnily celní orgány v každé historické etapě i další funkce, a to:

- Obranná funkce – podíl na obraně státního území
- Bezpečnostní funkce – kontrola, dohled a regulace dovozu a vývozu zbraní, výbušnin, toxinů a podobného zboží

V některých historických etapách obranná a ochranná funkce byla ještě doplněna výkonem povinností, které s vlastní celní službou neměly nic společného, ale umístění celníků na hranicích států vytvářelo podmínky, že stát využil, někdy i zneužil, celníky k výkonu jiných kontrol v souladu s mocenskou a ideovou doktrínou státu, a to:

- Náboženská kontrola – probíhala v období rekatolizace po ukončení Třicetileté války v Evropě a měla zabránit dovozu kacířských a sektářských náboženských knih
- Zdravotnická kontrola – omezení pohybu nakažených a nemocných lidí v době morových a choleroých epidemií
- Mravnostní kontrola – zamezení dovozu literatury a jiného zboží ohrožujícího mravnost (pornografie apod.) v době první republiky a v období totality socialistického státu
- Politické kontrola – bránění dovozu nedovolené literatury, tzv. materiálů ideologické diverze v období totality socialistického státu

Celní orgány prováděly veškerou uvedenou činnost v celém historickém vývoji vždy v rámci státu, jehož součástí správního aparátu byly. Po vstupu do Evropské unie celní orgány České republiky, jako orgán státní správy České republiky, provádí výkon celnictví sice na území České republiky, ale současně se svým výkonem spoluúčastní na výkonu celnictví celé Evropské unie, neboť Evropská

unie je jednotným celním územím. Výkon celnictví historicky byl a i v současnosti má být v zájmu a ve prospěch státu, smluvního svazku států, na jejichž území je prováděn podle předpisů, které tento stát, případně smluvní svazek států, vytvořil pro právní úpravu dané problematiky, v případě celnictví podle celního práva. Je tedy celní právo, clo, celnictví skutečně přínosem obecně pro stát, pro jeho obchod, ekonomiku, ať již je to Česká republika, nebo sdružení států Evropská unie?

Celní právo

Celní právo, tedy soubor právních předpisů upravujících celně právní či celně finančně právní vztahy, je klasifikováno jako pododvětví finančního práva, tudíž je zařazeno jako právo veřejné, což vyplývá z jeho podstaty – cla, které je příjmem veřejných financí. Celně právní vztahy se váží k problematice celnictví, zejména k oblastem jako je:

- Clo
- Správa cla – postupy vyměření cla a jeho výběru
- Celní řízení – rozhodování o propuštění zboží do celního režimu
- Výkon celnictví – celní dohled, provádění celních kontrol, celních prohlídek
- Výkon ochrany ekonomiky EU – realizace politicko-obchodních opatření monitoringu, kvót, licencí, antidumpingových cel.
- Výkon mezinárodní součinnosti v oblasti celnictví
- Výkon represivních opatření za porušení celních předpisů – řízení ve věci správních deliktů v oboru celnictví
- Výkon celního zástavního práva, zajištění a prodeje zboží
- Výkon celní administrativy

Celní právo, tak jako celé právo finanční, má specifický znak a to, že proti jiným právním odvětvím, velmi výrazně ingeruje do jiných právních odvětví. Tyto přesahy způsobuje existence finančněprávních vztahů, kterých se kromě veřejnoprávních subjektů ve velké míře účastní i soukromoprávní subjekty a které se uskutečňují územně, jak v ČR, tak v rámci EU, tak i konečně mezinárodně, tj. ve vztahu ke třetím zemím mimo EU. Finančně právní vztahy jsou součástí obchodních vztahů, závazkových vztahů, pojistných vztahů, pracovně právních vztahů, rodinných vztahů, trestně právních vztahů. Obdobně se přesahy problematiky projevují i u celního práva a jím upravených celně právních, případně celně finančně právních vztahů.

Další specifikou celního práva je jeho vysoká míra komunitarizace, tj. velké množství přímo použitelných právních předpisů EU upravujících celní problematiku jednotně v celé EU, ve všech členských státech EU. Tato skutečnost souvisí se skutečností, že jednotný trh EU a volný pohyb zboží uvnitř EU je konstruován vzhledem ke třetím zemím na principech celní unie, což vyžaduje jednotné celní území, na němž působí jednotně celní předpisy a existují jednotná cla, která se na celém celním území vybírají z daného zboží při dovozu jen jednou. Celním územím,

ve smyslu Celního kodexu Evropské unie¹, se pak rozumí příslušná vymezená část pevniny včetně teritoriálních vod, vnitrozemských přímořských vod a vzdušného prostoru nad vymezeným územím, a to může být jak v rozsahu jednoho státu, nebo v rámci několika států spojených mezinárodní celní úmluvou.

A právě mezinárodní celní úmluvy a celní předpisy EU vytváří k výše uvedené definici i řadu výjimek, kdy vymezené části území jednotlivých členských států EU jsou z celního území EU vyňaty a naopak, některá území států, které nejsou členy Evropské unie, jsou součástí celního území EU. Těmito výjimkami, kdy území států EU není celním územím EU, jsou například:

- Farské ostrovy a Grónsko (spadající pod správu Dánského království)
- Saint Pierre, Miquelon a Mayotte (spadající pod správu Francouzské republiky)
- San Marino, Vatikán, území Livigno a Campione d'Italia a části teritoriálních vod jezera Lugano mezi břehem a politickou hranicí od Ponte Tresa k Porto Ceresio, (spadající do Italské republiky)
- Aruba a Nizozemské Antily (spadající pod správu Nizozemského království)
- Helgoland a Busingen (součást Spolkové republiky Německo)
- Ceuta a Melilla (spadající pod správu Španělského království)

a výjimkou, kdy stát není členským státem EU a jeho území však spadá do celního území EU např. je:

- Monacké knížectví

Na celém celním území Evropské unie platí stejné celní předpisy, tzn. celní předpisy EU a jejich výkon je na území všech členských států EU stejný, ačkoli je prováděn celními orgány jednotlivých členských států EU, které jsou státními správními orgány těchto jednotlivých států. Celní orgány nejsou orgány EU. Jednotnost celních předpisů EU v České republice je umožněna, v souvislosti s oficiálním přistoupením České republiky k Evropské unii, ustanovení čl. 10a, Ústavy České republiky, kde je stanoveno, že mezinárodní smlouvou mohou být některé pravomoci orgánů České republiky přeneseny na mezinárodní organizaci nebo instituci, tzn. legislativa základních celních předpisů je přenesena na EU. Česká právní úprava právními předpisy ČR upravují celní problematiku pouze v oblastech, které komunitární právo neřeší, např. problematika porušování celních předpisů, sankce za porušování celních předpisů. Národní právní předpisy členského státu nesmí předpisy EU na svém území zmírňovat nebo jejich platnost rušit.

Základní předpisy pro výkon celnictví celními orgány České republiky na úrovni komunitárního práva jsou :

- Nařízení Rady (EHS) č. 2913/92 ze dne 12. října 1992, kterým se vydává celní kodex Společenství (v platném znění) – jeho platnost má skončit 31.10.2013

¹ Nařízení Rady (EHS) č. 2913/92 ze dne 12. října 1992, kterým se vydává celní kodex Společenství (v platném znění)

- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 450/2008 ze dne 23. dubna 2008, kterým se stanoví celní kodex Společenství (Modernizovaný celní kodex) – má být účinný od 1.11.2013
- Nařízení Rady (EHS) č. 2658/87 ze dne 23. července 1987 o sazební a statistické nomenklatuře a o společném celním sazebníku
- Nařízení Komise (EU) č. 927/2012 ze dne 9.10.2012 (celní sazebník EU pro rok 2013)
- Nařízení Rady (ES) č. 1186/2009 ze dne 16. listopadu 2009 o systému Společenství pro osvobození od cla
- Nařízení Komise (EHS) č. 2454/93 ze dne 2. července 1993, kterým se provádí nařízení Rady (EHS) č. 2913/92, kterým se vydává celní kodex Společenství (v platném znění)
- Nařízení Rady (ES) č. 428/2009 ze dne 5. 5. 2009, kterým se zavádí režim Společenství pro kontrolu vývozu, přepravy, zprostředkování a tranzitu zboží dvojího užití (v platném znění)

na úrovni národního práva ČR jsou:

- Zákon ČNR č. 13/1993 Sb. – celní zákon, ve znění všech novel
- Zákon č. 17/2012 Sb. o Celní správě České republiky
- Zákon č. 18/2012 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o Celní správě České republiky
- Vyhláška č. 421/2012 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení celního zákona
- Vyhláška č. 201/2005 Sb., o statistice vyváženého a dováženého zboží a o způsobu sdělování údajů o obchodu mezi Českou republikou a ostatními členskými státy Evropských společenství, ve znění všech novel
- Vyhláška č. 285/2012 Sb. o územních pracovištích celních úřadů, která se nenacházejí v jejich sídlech

Ještě další specifikou celního práva je jeho vysoký počet celních mezinárodních dohod a úmluv, které jsou aplikovány při výkonu celnictví:

- v oblasti obecných institutů celnictví (např.):

Multilaterální celní a obchodní dohoda - Všeobecná dohoda o clech a obchodu - General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) uzavřená a podepsaná 30. října 1947 v Ženevě.

Mezinárodní úmluva o založení Rady pro celní spolupráci – Customs Cooperation Council (CCC) ze dne 15.12.1950 v Bruselu. (Rada pro celní spolupráci v roce 1994 změnila svůj název na Světovou celní organizaci – World Customs Organization - WCO)

Mezinárodní úmluva o Harmonizovaném systému popisu a číselného označování zboží, podepsaná v Bruselu dne 14.6.1983.

- v oblasti mezinárodní spolupráce celních orgánů (např.):

Mezinárodní úmluva o vzájemné správní pomoci při předcházení, šetření a potlačování celních deliktů (Nairobi, 9.6.1977)

- v oblasti mezinárodního boje proti podloudnictví (např.):

Jednotná úmluva o omamných látkách (New York, 31.3.1961)

Úmluva o psychotropních látkách (Víděň, 21.2.1971)

Úmluva o opatřeních k zákazu a zamezení nedovoleného dovozu, vývozu a převodu vlastnictví kulturních statků (Paříž, 14.11.1970)

Úmluva o mezinárodním obchodu s ohroženými druhy volně žijících živočichů a rostlin (Washington, 3.3.1973)

- v oblasti mezinárodního boje proti podvodům v obchodní činnosti (např.):

Pařížská úmluva na ochranu průmyslového vlastnictví (Paříž, 20.3.1883 a následně revidovaná - Brusel, 14.12.1900, Washington 2.6.1911, Haag 6.11.1925, Londýn 2.6.1934, Lisabon 31.10.1958, Stockholm 14.7.1967)

Madridská dohoda o potlačování falešných nebo klamavých údajů o původu zboží (Madrid, 14.4.1891 a následně revidovaná - Washington 2.6.1911, Haag 6.11.1925, Londýn 2.6.1934, Lisabon 31.10.1958)

- v oblasti mezinárodní přepravy zboží spolupráci celních orgánů na mezinárodní úrovni upravují oborově zaměřené mezinárodní úmluvy a dohody, jako například jsou:

Úmluva o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční nákladní dopravě (CMR) – podepsaná v Ženevě, dne 19. května 1956

Celní úmluva o kontejnerech – uzavřená v Ženevě, dne 2. prosince 1972

Celní úmluva o mezinárodní přepravě zboží na podkladě karnetu TIR (Úmluva TIR) – uzavřená v Ženevě, dne 14. listopadu 1975 (v platném znění)

Úmluva o mezinárodní železniční přepravě (COTIF) – uzavřená v Bernu, dne 9. května 1980

Úmluva o dočasném použití (přeprava na základě karnetu ATA a karnetu CPD) – podepsaná v Istanbulu, dne 26. června 1990

Jako specifiku celního práva, nikoliv však v pozitivním významu, lze označit i skutečnost, že celní právo tvoří velké množství předpisů, a to zejména na úrovni právní úpravy EU. Celní právo není kodifikováno v ucelený souborný zákoník, nýbrž je tvořeno souborem jednotlivých předpisů upravujících jednotlivé dílčí problematiky celnictví. Stav množství předpisů vztahujících se k celní problematice k 30.8.2013² je následující:

² <http://eur-lex.europa.eu/Repview.do?rep=02>

Základní předpisy EU zasahující do oblasti celnictví předpisů	96
Obecné předpisy v oblasti celnictví předpisů	267
Předpisy upravující clo, celní hodnotu a celní řízení, původ zboží předpisů	2653
Předpisy upravující společný celní sazebník EU a zařazování zboží předpisů	8738
Předpisy upravující celní režimy, svobodná pásma a sklady předpisů	1452
Předpisy upravující celnictví ve spojení se zemědělskou politikou předpisů	52
Předpisy upravující procesní pravidla a sankce v oblasti celnictví předpisů	60
Předpisy upravující mezinárodní součinnost celnictví předpisů	203
Předpisy upravující statistiku zajišťovanou celními orgány předpisů	565

a informace o vnitřní právní úpravě České republiky ve stejné oblasti:

Zákony upravující celní problematiku a zasahující do celní problematiky předpisů	20
Vyhlášky upravující celní problematiku a související s celní problematikou předpisů	32

Celkem

14138 předpisů

Tento množstevní stav předpisů celního práva nemá z dlouhodobého sledování optimistickou prognózu, neboť:

ke dni 15.1.2011	byl početní stav	13516 platných předpisů
ke dni 30.8.2013	byl početní stav	14138 platných předpisů

Navíc zadokumentovanou specifickou situaci celního práva ještě umocňuje skutečnost, že mnohé z právních předpisů jsou obsahově velmi obsáhlé. Opět jako příklad lze uvést:

- Nařízení Komise č. 927/2012 – společný celní sazebník EU – 915 stran textu v úpravě Úředního věstníku EU
- Nařízení Komise (EHS) č. 2454/93 – prováděcí předpis k celnímu kodexu Evropské unie, v platném znění představuje 514 stran textu v úpravě Úředního věstníku EU
- Nařízení Rady (ES) č. 428/2009 – dohled nad zbožím dvojího užití – 269 stran textu v úpravě Úředního věstníku EU

- Nařízení Rady (EHS) č. 2913/92 ze dne 12. října 1992, kterým se vydává celní kodex Společenství (v platném znění) – 82 stran textu v úpravě Úředního věstníku EU
- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 450/2008 ze dne 23. dubna 2008, kterým se stanoví celní kodex Společenství (Modernizovaný celní kodex) – 64 stran textu v úpravě Úředního věstníku EU

Je zřejmé, že celní právo je velmi obsáhlé, roztříštěné, komplikované a zejména nepřehledné v důsledku velkého množství právních předpisů tuto problematiku komplexně upravujících, což je stav, který nelze hodnotit pozitivně z hlediska dovozců, vývozců, dopravců, přepravníků, podnikatelských subjektů působících v zahraničním obchodu.

Clo

Clo nedefinuje žádný současný platný právní předpis. Je dlouhodobě příznačné pro pojem cla, že jeho definování je nejednotné. Clo, jako finančně právní institut, nesplňuje všechny znaky daně a vymyká se i zásadám poplatků. Navíc v průběhu svého vývoje clo měnilo i své funkce, takže v definování cla stále převládá mezi odborníky určitá zdrženlivost. Jako nejzdařilejší a nejúplnější definici cla lze uvést, že „clo je peněžní plnění sui generis, stanovené právními předpisy, které je vybíráno v přímé souvislosti s přechodem zboží přes státní hranici nebo hranici nadstátního celního území (např. Evropské unie) nebo přes hranici státem vytvořených zvláštních území (svobodná pásma) od osob, které zboží dovážejí nebo vyvážejí, nebo od osob, pro které je takovéto zboží dováženo nebo vyváženo.“³

Z celé řady existujících druhů cel, jsou v praxi v rámci světového zahraničního obchodu užívány:

- cla valorická
kde clo se odvozuje od celní hodnoty výpočtem pomocí procentuální sazby
- cla kombinovaná
kde clo se odvozuje od celní hodnoty výpočtem pomocí procentuální sazby, ale ještě je přičítána pevná částka stanovená specifickou sazbou (nejčastěji se vyskytuje v souvislosti se zbožím charakteru zemědělských a potravinářských komodit)
- cla smluvní (většinou)
s celními sazbami stanovenými ujednáním na mezinárodní úrovni v rámci WTO
- cla autonomní (v omezené míře)
s celními sazbami stanovenými samotným státem, převážně jen ve vztahu k zemědělským a potravinářským komoditám

³ BAKEŠ, KARFÍKOVÁ, KOTÁB, MARKOVÁ a kol., Finanční právo, 6. upravené vydání, Nakladatelství C.H.BECK, Praha, 2012, str. 292, ISBN 978-80-7400-440-7

- cla dovozní
- cla preferenční
 - se zvýhodněnými, nižšími sazbami, proti sazbám smluvním, stanovenými na základě, mnohostranných či dvoustranných mezinárodních dohod
- cla vyrovnávací
 - zmírňují rozdíly mezi produkcí dovozního státu zatíženou horšími objektivními produkčními podmínkami a dováženým zbožím z lepšího objektivního produkčního prostředí.
- cla antidumpingová
 - které představují samostatný ochranný prvek proti nekalé soutěži, odstraňují umělé snížení ceny dováženého zboží (cena až pod výrobními náklady).

Společné pro všechna tato užívaná cla v rámci EU je, že základem pro výpočet cla je nikoliv fakturovaná cena zboží, ale celní hodnota, kde fakturovaná cena je sice její součástí, ale dále se do celní hodnoty ještě započítávají další hodnoty charakteru přímých obchodních nákladů dle pravidel stanovených pro celní hodnotu v čl.7., mezinárodní úmluvy GATT⁴. Kromě této komplikace při výpočtu cla v rámci EU podle celních předpisů se pro přepočet hodnot v zahraničních měnách musí používat povinně kurz celní, odlišný od kurzu účetního, který se v provozu firem běžně používá. Konečně pak při výpočtu cla je nutno stanovit příslušnou sazbu cla, podle které se provede samotný výpočet cla. Sazby cla jsou uvedeny v celním sazebníku EU - Nařízení Komise č. 927/2012, který je uspořádán podle komodit zboží řazených dle Kombinované nomenklatury Evropské unie ve formě osmimístných číselných kódů. Problematiku zařazení konkrétního zboží pod příslušný číselný kód upravuje v EU celkem 8738 právních předpisů, což je množství, kdy přehled přes tyto předpisy již není v lidských schopnostech a velmi těžko se s tímto problémem vyrovnává dovozce i za pomoci výpočetní techniky. Tato oblast patří mezi nejsložitější v celním právu a působí dovozcům velmi často problémy spojené s dodatečným doměřováním cla, a mnohdy i s deliktním řízením, včetně sankcí – pokut za špatné zařazení zboží do Kombinované nomenklatury EU a za krácení cla.

Clo, jako cenotvorná položka v rámci cenové kalkulace zboží, zasahuje svým vlivem výrazně do zahraničního obchodu se zbožím. GATT i následně WTO měly nosný program liberalizace zahraničního obchodu založený na odstraňování administrativních překážek zahraničnímu obchodu a postupném snižování celních sazeb. Počáteční slibná rychlost vývoje v duchu zamýšlené všeobecné liberalizace světového zahraničního obchodu dohodnutá v rámci WTO na jednacím kole v Dohá v Kataru v roce 2001, následně prudce zbrzdila a neúspěchem jednacích kol v Cancúnu v Mexiku v roce 2003 došlo k zablokování zamýšleného liberalizačního vývoje a zmrazení dalšího snižování celních sazeb. Opomnělo se totiž, na úrovni vyspělých států, na skutečnost, že clo pro rozvojové země je významným fiskálním zdrojem státních příjmů a snižování celních sazeb tyto příjmy výrazně krátí, aniž by rozvojové země měly možnost výpadek těchto příjmů z čeho nahradit. Navíc

⁴ Všeobecná dohoda o clech a obchodu - General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) uzavřená a podepsaná 30. října 1947 v Ženevě

rozvojové země jednoznačně daly najevo, že požadují svobodu pro své národní rozhodování o ochrannářských celních sazbách, jako prostředku ochrany proti exploataci jejich nerostného a přírodního bohatství. Nechuť snižovat cla u rozvojových států ještě dále prohloubila vzniklá finanční krize, takže blokáce snižování cel trvá dosud.

Je evidentní, že clo ovlivňuje zahraniční obchod a má přímý vliv na ekonomiku států. Pro státy je ekonomickým regulátorem dovozu, jehož prostřednictvím v pozitivním duchu lze chránit vnitřní ekonomiku, výrobu trh. Na druhé straně pro podnikatelskou sféru na mezinárodním trhu a ve výrobě, kde v současnosti ve všech případech existuje otevřená široká mezinárodní kooperace je clo negativní přírůžkou k ceně zboží v dovozu i vývozu a zasahuje nikoliv pozitivně do konkurenceschopnosti exportujících a importujících výrobců a obchodníků.

Celnictví

Celnictví, jednak jako organizační struktura celních orgánů a jednak jako praktický výkon celních orgánů aplikující předpisy celního práva v rámci celního dohledu, celní kontroly, celního řízení, má nesporně vliv na obchod a celkově ekonomiku státu. I když celní předpisy z velké části jsou jednotné v celé Evropské unii, tzn. proces výkonu celnictví by v EU měl být v jednotlivých členských státech velmi podobný, tak zejména pružností tohoto procesu, rychlostí kontroly a rozhodovacího procesu se celní správy jednotlivých členských států EU od sebe liší. A to jsou faktory, které u dovozců, dopravců, přepravců mnohdy rozhodují o místě celního projednání, vycelení a propuštění zboží do navrženého celního režimu. Není rozhodující, kde bude vyměřeno, vybráno a zapláceno clo, neboť to je v celé EU jednotné a je příjmem rozpočtu EU.

Celnictví v EU je řízeno v rámci společné obchodní politiky, jejíž obsah je vymezen v článku 133 Smlouvy o ES, Evropskou komisí, která za tímto účelem má zřízeno Vrchní ředitelství Evropské komise – Daňová a celní jednotka (TAXUD).

Organizace celní správy v ČR prošla k 1. 1. 2013 zásadní organizační změnou v souvislosti s nabytím účinnosti zákona č. 17/2012 Sb, o Celní správě České republiky a vyhlášky č. 285/2012 Sb. o územních pracovištích celních úřadů, které se nenacházejí v jejich sídlech, kdy se organizační struktura celní správy změnila z třístupňové (Generální ředitelství cel / celní ředitelství / celní úřady) na dvoustupňovou. Od této změny se očekává vyšší pružnost a operativnost celého systému celní správy a také úspora provozních nákladů.

Celní správa ČR je bezpečnostním sborem, je zařazena pod Ministerstvo financí a v současnosti, jak bylo uvedeno, má dvoustupňovou organizační strukturu, kterou tvoří :

- Generální ředitelství cel,
jako správní státní úřad pro oblast celnictví v ČR s celostátní působností se sídlem v Praze
- 16 celních úřadů
 - Celní úřad pro hlavní město Prahu
 - Celní úřad pro Středočeský kraj
 - Celní úřad pro Jihočeský kraj
 - Celní úřad pro Plzeňský kraj

Celní úřad pro Karlovarský kraj
Celní úřad pro Ústecký kraj
Celní úřad pro Liberecký kraj
Celní úřad pro Královéhradecký kraj
Celní úřad pro Pardubický kraj
Celní úřad pro Kraj Vysočina
Celní úřad pro Jihomoravský kraj
Celní úřad pro Olomoucký kraj
Celní úřad pro Moravskoslezský kraj
Celní úřad pro Zlínský kraj
Celní úřad Praha Ruzyně

Vlastní výkon celnictví probíhá formou řízení před celními orgány, kde se aplikují celní předpisy v praxi prostřednictvím celního dohledu, celní kontroly, celních prohlídek, vyhodnocení rizik, sběru statistických dat a dalšími úkony až po vydání rozhodnutí. Řízení před celními orgány má opět specifický rys, a to, že před celními orgány může probíhat v téže věci kontinuálně i vedle sebe několik druhů řízení. Celní orgány mohou provádět:

- celní řízení – ve věcech, které jsou zcela upraveny po hmotně právní stránce i procesně právní stránce přímo použitelnými celními předpisy EU⁵, tj. zejména nařízením Rady (EHS) č. 2913/92 - celní kodex Společenství a nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 450/2008 - modernizovaný celní kodex EU,
- správní řízení – které je upraveno správním řádem - zákonem č. 500/2004 Sb. ve vybraných věcech přesně stanovených v § 320, odst. 1, písm. b), body 1-20, celního zákona č. 13/1993 Sb. ve znění všech novel.
- přestupkové řízení – které je upraveno zákonem o přestupcích č. 200/1990 Sb. ve znění všech pozdějších novel v případech přestupků
- daňové řízení – toto v tomto řízení před celním orgánem jsou rozhodovány všechny věci, které nejsou projednávány v řízení celním, správním a přestupkovém jak uvedeno výše a toto řízení daňové je upraveno daňovým řádem - zákonem č. 280/2009 Sb.

V řízení před celním úřadem uvedená jednotlivá řízení probíhají ve vzájemné návaznosti a kromě posledně uvedeného přestupkového řízení, bez výrazného oddělení jednoho řízení od druhého. Abychom je mohli odlišit je nutno použít § 320 celního zákona č. 13/1993 Sb. ve znění všech novel, který rozděluje právní úpravu řízení před celním úřadem do jednotlivých skupin.

Pokud jsou úkony a úprava určité problematiky, jak po hmotně právní, tak po procesně právní, specifikována v celních předpisech, ať již v celních předpisech

⁵ Zákon č. 13/1993 Sb. § 320, odst. 1

Evropské unie nebo České republiky, řídí se tyto úkony těmito celními předpisy a jejich provádění můžeme nazvat celním řízením.

Pokud se jedná o problematiku přestupků, pak kromě speciální úpravy určení přestupku a jeho skutkové podstaty a stanovení sankcí uvedené v celním zákonu č. 13/1993 Sb. použijeme pro obecné řízení o přestupcích zákon o přestupcích č. 200/1990 Sb. ve znění všech pozdějších novel, tj. přestupkové řízení.

Obecné předpisy o správním řízení, tzn. správní řád, zákon č. 500/2004 Sb. použijeme v řízení před celním úřadem, když se jedná o obecné řízení v následujících věcech:

- Správních deliktů
- Zajištění zboží a věcí pro řízení o přestupcích a deliktech
- Povolení nebo odnětí povolení být ručitelem a vydávat celní a ručící dokumenty podle mezinárodní smlouvy
- Vyloučení osob z provozování přepravy na podkladě karnetu TIR
- Povolení nebo odnětí povolení k zajištění celního dluhu
- Povolení nebo odnětí povolení nezajišťovat celní dluh
- Vydání osvědčení o původu zboží a povolení schváleného vývozce při osvědčování původu zboží a zrušení těchto povolení a osvědčení
- Vydání závazných informací a zrušení jejich platnosti
- Povolení nebo odnětí povolení k použití režimu s ekonomickými účinky a k provozování celního skladu, povolení změn v těchto povoleních a prodloužení jejich platnosti
- Schválení dočasného skladu a stanovení podmínek k dočasnému uskladnění zboží
- Povolení zjednodušeného postupu včetně místního řízení a odnětí tohoto povolení
- Vydání osvědčení oprávněného hospodářského subjektu
- Řízení ve věci problematiky svobodných pásem a svobodných skladů
- Určení celního prostoru
- Povolení centralizovaného celního řízení
- Povolení elektronické komunikace s celními orgány
- Povolení a přidělení celně schváleného určení
- Vydání osvědčení schváleného hospodářského subjektu
- Ověření osvědčení o úlovku u mořského rybolovu

Veškerá ostatní problematika, která výše nebyla jmenována, se řídí v obecném řízení podle daňového řádu – zákon č. 280/2009 Sb.

Nelze tedy bez výhrad souhlasit se zobecněním, v podmínkách právní úpravy v České republice, že „*colné konanie považujeme za osobitý druh správneho konania*“⁶, když před celním orgánem neprobíhá řízení jen jednoho druhu, ale probíhají řízení druhově odlišná právním předpisem, kterým se řídí, která se od sebe liší svou rozhodnou právní úpravou a mezi nimi i samostatné řízení správní.

Vždy je jednoznačné určení druhu řízení, které probíhá před příslušným orgánem, velmi důležité, neboť u každého druhu řízení mohou vznikat odlišná práva

⁶ PRIEVOZNÍKOVÁ K., Colné právo, Knižné centrum, vydavateľstvo, Žilina, 2008, str.55

a povinnosti a záměna druhů řízení může znamenat někdy i fatální následky, např. obecná odvolací lhůta v daňovém řízení je 30 dnů⁷, kdežto ve správním řízení je pouze 15 dnů⁸ ode dne oznámení rozhodnutí. Důležité určení jednoznačného druhu řízení před celním úřadem je i proto, že příslušný druh řízení a jeho příslušná právní úprava také stanovuje rozdílně účastníky řízení, kteří se mohou řízení účastnit a pro které vznikají v jednotlivých řízeních určitá práva a povinnosti.

Řízení před celním úřadem v současnosti v České republice neprobíhá jen v celních věcech. V současné době, kdy ČR je umístěna uvnitř společného celního území EU, bez přímé hranice se „třetími“ státy, tj. nečlenskými státy EU, jsou celní orgány pověřeny výkonem celé řady dalších funkcí, zejména dohledového a kontrolního charakteru, které však přímo nezapadají do systému celnictví, které tak vytváří v České republice z celních orgánů zvláštní orgány státního dohledu a kontroly s nesourodým zaměřením. Takže celní orgány v ČR v současnosti kromě výkonu celnictví vykonávají státem určenou specializovanou kontrolu v následujících oblastech:

- Kontrola, v součinnosti s dalšími státními orgány, nad přepravou jaderných materiálů a radioaktivních látek, rizikových biologických agens, toxinů a jiných nebezpečných látek
- Dohled nad technickou bezpečností výrobků při dovozu
- Kontrola zaplacení mýta a poplatků za užívání dálnic a rychlostních silnic.
- Kontrola dodržování doby řízení vozidla, bezpečnostních přestávek a doby odpočinku řidičů.
- Kontrola vozidel, která přepravují nebezpečné zboží, kontrola dodržování Dohody ADR.
- Kontrola dodržování nejvyšší přípustné hmotnosti na nápravu a nejvyšší přípustné hmotnosti nákladního vozidla nebo jízdní soupravy.
- Kontrola předepsaných dokladů o oprávnění k mezinárodní silniční dopravě
- Kontrola návratnosti kulturních památek a národních kulturních památek po jejich zapůjčení do zahraničí
- Výkon vymáhání pohledávek státu – výběr a vymáhání nezaplacených sankčních plateb udělených orgány státní správy v rámci dělené správy
- Sběr dat a kontrola dat statistiky zahraničního obchodu a statistiky intrakomunitárního obchodu EU v rozsahu České republiky

Ze specializovaných celních orgánů zaměřených na celnictví, aplikujících v praxi celní právo se tak stávají orgány státní správy univerzálního dohledu a kontroly, do jejichž činnosti spadá od celní problematiky, problematiky vybraných daní a vybraných poplatků, problematika mýta, a dále až po dohled nad určitými vybranými problémy dopravy. Stávají se orgány aplikujícími v praxi kromě předpisů celního práva, v širším smyslu finančního práva, ve zvýšené míře i předpisy jiných právních odvětví.

Je zřejmé, že v České republice, výkonem obsahově rozšířeného celnictví stát sleduje pozitivní cíle – od zvýšení bezpečnosti státu, přes podíl na zajištění veřejných financí, zajištění daňové kázně, bezpečnost dopravy, ochranu kulturních památek, až po ve státním zájmu regulaci dovozů a vývozu, jak co do druhů zboží,

⁷ Zákon č. 280/2009 Sb. daňový řád, § 109, odst. 4

⁸ Zákon č. 500/2004 Sb. správní řád, § 83, odst. 1

tak co do teritorií, se kterými se obchody uskutečňují - licence. Na straně účastníků řízení před celním úřadem, včetně dovozců a vývozců, dopravců a přepraveců, je pocíťováno, že s rozšiřujícími se kompetencemi narůstá složitost, komplikovanost, vyšší nákladovost a zdlouhavost těchto řízení, proti čemuž nepomáhá, ani stále rozšiřující se elektronizace řízení a používání počítačové techniky a elektronické komunikace. Paradoxně v některých případech užití této techniky v řízení může způsobovat ještě i další komplikace (výpadek elektrického proudu zastaví provoz celého celního úřadu – řízení v současnosti není možno provést bez počítačů).

Závěr

Celá problematika práva (v našem případě celního práva) a jeho jednotlivých institutů, vydaných právních předpisů a jeho působení a aplikace v praxi je ve skutečnosti podstatně ještě daleko složitější. Výše uvedené, mělo jen naznačit některé oblasti dvojího protichůdného působení, na jedné straně pozitiva z pohledu státu, z pohledu mocenské regulace, avšak z pozice subjektu nezúčastněného nijak na objektu regulace, na druhé straně negativa, která dopadají na subjekt regulovaný ve formě administrativní náročnosti, zdlouhavosti řízení, právní nejistoty, vícepráce spojené s nežádoucími finančními vícenáklady, které negativně snižují ekonomický výsledek podnikatelské činnosti. Velmi často k tomuto kontrastu a opačnému efektu výsledného působení právní úpravy dochází, když tvorba právní úpravy určité problematiky je jednostranně ovlivněna, ať již určitým upřednostněným zájmem státu (např. nezbytné navýšení příjmů ve veřejných financích, aniž by se hledaly úspory ve výdajích) nebo např. enormním tlakem lobbistických skupin, případně populistickou snahou zavděčit se požadavkům určité části veřejnosti (voličům určité strany, odborům). Ke stejné deformaci právní úpravy dochází, když tvorba právní úpravy určité problematiky je jednostranně direktivně nastavena přímo použitelným právním předpisem Evropské unie, což je právě velmi častý případ v celní problematice a není bráno na zřetel, že ani členské státy v Evropské unii nejsou na stejné ekonomické úrovni, nejsou brány v úvahu rozdíly a národní specifika. Požadavky státu, Evropské unie, na zvýšení ochrany bezpečnosti EU, požadavek na stále vyšší ochranu spotřebitele, ochranu autorského práva, chráněných vzorů, značek, na zvýšení ochrany životního prostředí, ochranu pravdivosti původu zboží, požadavek na zvýšení úrovně dohledu nad zbožím dvojího užití, vojenským materiálem, ochrana před nekalou soutěží, ochrana proti dumpingovým cenám, to vše jsou požadavky státu zcela oprávněné a žádoucí, které mají být splněny např. v rámci činnosti celních orgánů při celním dohledu, kontrole, prohlídkách a celním řízení. Jejich rozsah má v EU stoupající tendenci. Na druhé straně tyto požadavky vedou k byrokratičtějšímu řízení, upravenému stále větším a větším počtem právních předpisů, ke stále vyššímu požadavku na detailněji dokladově podložené řízení s vyšší náročností na podrobnější informace a větší rozsah údajů, s vyšší administrativní náročností a zdlouhavostí celého řízení, což dopadá negativně na účastníka řízení, dovozce, vývozce, podnikatelské subjekty, i občana. A tak dochází po období liberalizace zahraničního obchodu, po období charakteristickém vůdčí myšlenkou – odstraňovat překážky obchodu, k vytváření podmínek, které představují zkomplikování obchodních vztahů, zvýšení režijních nákladů spojených s přípravou, uzavřením a realizací obchodní transakce, dochází k administrativně

složitějšímu procesu celního projednání zásilek v rámci zahraničního obchodu EU, dochází ke stále menší přehlednosti celního práva, zmenšuje se obecné právní povědomí veřejnosti a mizí pocit právní jistoty.

Je zřejmé, že celnictví se clem a celním právem v dalším vývoji na celosvětové úrovni nebude v nejbližší budoucnosti výrazně ustupovat do pozadí, nebude jeho důležitost klesat. Představy o celosvětové globalizaci obchodu s volným pohybem zboží bez celních kontrol, jsou negovány stále rostoucí potřebou kontrol zboží, dopravních prostředků, v rámci celosvětového boje proti terorismu, drogám, podlounictví, ale i v rámci ekonomických protikrizových opatření.

V konečném resumé lze konstatovat, že důsledkem mezinárodního sdružování států do ekonomických uskupení s bezcelnou výměnou zboží klesá význam celnictví, zejména u více rozvinutých států, v oblasti jeho funkce fiskální. Čím reálnější je nebezpečí terorismu, tím roste význam celnictví v rámci funkce bezpečnostní. Existence široké škály podlounictví zvyšuje význam celnictví v oblasti funkce kontrolní, protikrizová opatření vyžadují vyšší úroveň funkce regulační. Globalizace a s ní spojené, ve vzrůstající míře, působení mezinárodních vlivů na celnictví v celkovém vývoji celnictví nepřináší jeho zánik, nýbrž vede k vývojovým přeměnám funkcí celnictví.

Vliv celnictví na ekonomiku je nezpochybnitelný, provázanost se zahraničním obchodem je nesporná, je nutno však dbát, aby pozitiva a negativa regulace celním právem, clem a celnictvím byla v rovnováze.

Použitá literatura

- BAKEŠ M., KARFÍKOVÁ M., KOTÁB P., MARKOVÁ H. a kolektiv, *Finanční právo*, 6. upravené vydání, Praha: C.H.Beck, 2012,
LICHNOVSKÝ O., ONDRÝSEK R., a kolektiv, *Daňový řád*, Praha: C.H.Beck, 2010,
MATOUŠEK P., SABELOVÁ L., *Clo*. Praha: ASPI Publishing, 2007
MATYÁŠOVÁ L., GROSSOVÁ M.E., *Daňový řád s komentářem*, Praha, Nakladatelství Leges s.r.o., 2011
PRIEVOZNÍKOVÁ K., *Colné právo*, Žilina, Knižné centrum, vydavateľstvo, 2008

Použité právní předpisy

- Nařízení Rady (EHS) č. 2913/1992, celní kodex Společenství
Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 450/2008, modernizovaný celní kodex EU
Všeobecná dohoda o clech a obchodu - General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) uzavřená a podepsaná 30. října 1947 v Ženevě
Zákon č. 200/1990 Sb. o přestupcích
Zákon č. 337/1992 Sb. o správě daní a poplatků
Zákon č. 13/1993 Sb., celní zákon
Zákon č. 500/2004 Sb. správní řád,
Zákon č. 280/2009 Sb. daňový řád

Jiné použité informační prameny:

<http://eur-lex.europa.eu/Repview.do?rep=02>

Kontakt

JUDr. Pavel Matoušek

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Tř. 17.listopadu 8,

Pošt. schránka 16

771 11 Olomouc

matousek@p-p-mat.cz

JUDr. Lukáš Michal'ov

Advokátska kancelária Treščák

Vybrané problémy konkurzov fyzických osôb

Abstrakt

Prezentovaný príspevok je zameraný na právnu úpravu oddlženia, ktorá je obsiahnutá v zákone č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii. Napriek skutočnosti, že inštitút oddlženia je venovaný len šesť ustanovení paragrafov, ide o relatívne zložitú problematiku, ktorá potrebuje sprecizovať a vyplniť niektoré medzery, ktoré od prevzatia inštitútu oddlženia do nášho právneho poriadku v roku 2005, neboli nijakým spôsobom riešené. Cieľom príspevku nie je rozobrať oddlženie do detailov, ale zamerať sa na niektoré problematické „zákutia“ s načrtnutím riešenia vznikajúcich problémov.

Na úvod

Zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii zaviedol právnu úpravu tzv. osobného bankrotu fyzických osôb, teda oddlženia, čo bolo v našich právnych podmienkach novum. Napriek skutočnosti, že od účinnosti tohto zákona už uplynul značný čas a zákon o konkurze a reštrukturalizácii bol novelizovaný viackrát, tento inštitút sa zatiaľ nerozvinul v takom rozsahu, ako je to bežné v západných jurisdikciách. Škodou je to, že úpravy oddlženia sa nedotkla ani posledná významná novela Zákona o konkurze a reštrukturalizácii účinná od 01.januára 2012. Z dôvodovej správy k tejto novele, t.j. zákonu č. 348/2011 Z.z. vyplýva, že „*predložený návrh zákona rieši problematiku korporátnych bankrotov, nie osobných bankrotov. Osobné bankroty budú riešené v rámci samostatnej novely zákona.*“¹

Z dôvodu, že oddlženie sa stáva čoraz rozšírenejším inštitútom a v povedomí subjektov práva čoraz bežnejším pojmom, bolo by vhodné, aby bola právna úprava oddlženia sprecizovaná a podrobnejšie upravená už v súčasnosti. Je potrebné uviesť, že súčasnú úpravu oddlženia nepovažujem v podstate za nevyhovujúcu, avšak príliš extenzívnym výkladom ustanovení pojednávajúcich o oddlžení sa môžeme dopracovať k záverom, ktoré sú v rozpore s úmyslom zákonodarcu a samozrejme prirodzený vývoj nastolil požiadavku sprecizovania právnej úpravy oddlženia, aby došlo aj k reálnemu naplneniu účelu tohto inštitútu. Na druhej strane zákonodarca v dôvodovej správe k poslednej významnej novele naznačil, že „*osobné bankroty budú riešené v rámci samostatnej novely zákona*“, čo vzbudzuje pozitívny pocit a očakávanie.

¹ K tomu pozri dôvodovú správu k zákonu č. 348/2011 Z.z.

K samotnému oddĺženiu

Rozdiel medzi dôsledkami konkurzu vyhláseného na majetkoch fyzických osôb a právnických osôb je značný. Po konkurze právnickej osoby spravidla nasleduje výmaz tejto osoby z registra, v ktorom je táto osoba evidovaná (najmä obchodného registra, pokiaľ ide o obchodnú spoločnosť), teda k zániku osoby ako subjektu práva. Pravidlo o tom, že neuspokojené pohľadávky zrušením konkurzu nezanikajú, nemajú preto u nich väčší význam². K zániku fyzickej osoby samozrejme však dôjsť nemôže (samozrejme ak neberieme do úvahy smrť, prípadne inštitút vyhlásenia za mŕtveho). Samotný konkurz vedený na majetok fyzickej osoby by následne nemal praktický význam, nakoľko po konkurze by subjekt naďalej právne existoval a veritelia by sa mohli naďalej domáhať uspokojenia svojich pohľadávok. Práve z toho dôvodu existuje inštitút oddĺženia, ktorý fyzickej osobe za splnenia zákonom, ale aj správcom stanovených povinností umožňuje zbaviť sa svojich dlhov, čo znamená, že osoba bude môcť nadobúdať majetok bez toho, aby bola neustále pod ťarchou svojich záväzkov. Vo svojej podstate sa domnievam, že konkurz vyhlásený na majetok fyzickej osoby má pre túto osobu význam len vtedy, ak táto osoba má následne záujem využiť inštitút oddĺženia so zámerom zbavenia sa svojich dlhov. Samozrejme, že oddĺženie nenastupuje automaticky po fáze konkurzu, ale ide o fakultatívnu možnosť dlžníka riešiť svoju finančnú situáciu.

Oddĺženiu je venovaná štvrtá časť Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, ktorú tvorí len „šesť“ ustanovení paragrafov. Napriek tomu treba uviesť, že inštitút oddĺženia je pomerne komplikovaný a pre dlžníka ide o relatívne náročný proces. Konanie o oddĺžení môže nasledovať až po skončení samotného konkurzu. Bez konkurzu v našich podmienkach je konanie o oddĺžení neprípustné a možno práve aj z tohto dôvodu nie je oddĺženie v aplikačnej praxi takým bežným inštitútom. O možnosti fyzickej osoby oddĺžiť sa je povinný konkurzný súd túto osobu počas konkurzu poučiť.

Dlžník má vo svojej podstate možnosť kompletne sa zbaviť svojich dlhov, teda dosiahnuť ich následnú nevymáhateľnosť práve v konaní o oddĺžení. Konanie o oddĺžení samozrejme môže začať len na návrh a dlžník je oprávnený podať návrh buď už spolu s návrhom na vyhlásenie konkurzu, alebo neskôr počas konkurzu, najmä v prípade ak návrh na vyhlásenie konkurzu podal veriteľ. Dlžník je povinný už v návrhu na povolenie oddĺženia deklarovať jeho poctivý zámer vynaložiť primerané úsilie na uspokojenie pohľadávok veriteľov. Primerané úsilie na uspokojenie pohľadávok veriteľov je podľa môjho názoru vágnym termínom, čo môže v aplikačnej praxi spôsobiť nemalé problémy. Primerané úsilie bude potrebné v každom prípade posudzovať individuálne, podľa možností, schopností, vzdelania dlžníka, prípade podľa ďalších atribútov a skutočností. Práve toto individuálne posudzovanie nemusí byť práve tým najlepším a do praxe môže vnieť viacero rozporuplných rozhodnutí. Podľa môjho názoru by mal byť termín primerané úsilie na uspokojenie veriteľov dlžníka zákonodarcom špecifikovaný, a to najmä v oblasti minimálnej výšky odškodnenia veriteľov, zakotvení minimálnej sumy peňažných

²<http://www.epi.sk/Main/Default.aspx?Template=~/Main/THelp.ascx&zzsrlnkid=14871144&hContent=~/Comments/RuleComments.ascx&VirtualDate=2013-08-22&FragmentId=4705968&CTypId=1>

prostriedkov, ktorú je povinný dlžník na konci každého skúšobného roka poskytnúť správcovi na uspokojenie svojich záväzkov, predĺženia skúšobnej doby ako aj v oblasti ďalších povinností, ktoré je dlžník povinný počas skúšobného obdobia, ako aj už počas konkurzu dodržiavať.

Domnievam sa, že asi najväčším nedostatkom súčasnej právnej úpravy je absencia zakotvenia minimálnej výšky odškodnenia veriteľov úpadcu a súčasná dĺžka skúšobnej doby. V tejto súvislosti by si náš zákonodarca mohol vziať príklad z právnych poriadkov ďalších štátov Európskej únie. Oddĺženie je totiž v členských štátoch Európskej únie pomerne rozšíreným právnym inštitútom, aj keď napríklad v právnej úprave Talianskej republiky oddĺženie v našom ponímaní absentuje. Štandardná doba oddĺženia v krajinách Európskej únie sa pohybuje okolo päť rokov, pričom v Rakúskej republike je to sedem až desať rokov. V rámci okolitých štátov patrí rakúska právna úprava pre dlžníka k najtvrdším. V porovnaní so zahraničnými právnymi úpravami je koncepcia nášho oddĺženia dosť liberálna, nakoľko skúšobná doba v našich podmienkach trvá len 3 roky a ako som načrtol vyššie, neexistuje minimálna výška odškodnenia veriteľov, keď napríklad v Rakúskej republike je to minimálne 10 %. Čo sa týka Nemeckej spolkovej republiky, jej právna úprava pozná inštitút oslobodenia od dlhov. Dlžník fyzická osoba môže byť od dlhov oslobodený. Zaujímavosťou je, že už k návrhu musí dlžník pripojiť vyhlásenie, že postupuje svoje príjmy počas siedmich rokov správcovi na uspokojenie veriteľov. Dlžník je povinný počas siedmich rokov vykonávať primeranú zárobkovú činnosť a ak je bez zamestnania, musí sa snažiť o zamestnanie a nesmie odmietnuť vhodnú prácu. Polovicu dedičstva musí dlžník vydať správcovi. Po uplynutí skúšobnej doby súd vypočúje konkurzných veriteľov, správcu a dlžníka a rozhodne o odpustení dlhov. Konkurzný súd zamietne odpustenie dlhov na návrh správcu alebo konkurzného veriteľa z dôvodov taxatívne uvedených.³

Najmä z dôvodu liberálnejšej právnej úpravy preto občania Nemeckej spolkovej republiky, ale aj Rakúskej republiky ohlásia trvalý pobyt na našom území, podajú sami na seba návrh na vyhlásenie konkurzu a požiadajú slovenský konkurzný súd o oddĺženie. V zmysle sekundárneho práva Európskej únie je súd členskej krajiny príslušný rozhodnúť o hlavnom konkurznom konaní, ak má dlžník na jeho území tzv. centrum hlavných záujmov (COMI – Center of Main Interest), čo samozrejme nemusí byť zhodné s formálnym trvalým pobytom. Slovenský súd by teda mal v rámci takéhoto návrhu aj skúmať, či dlžník má nejaké väzby so Slovenskom (bývanie, práca, rodinné väzky) a ak príde k záveru že COMI leží na území Slovenska, je príslušný a oprávnený rozhodnúť ako o vyhlásení konkurzu, tak aj o oddĺžení bez ohľadu na to, že napríklad všetci veritelia danej fyzickej osoby sú zo zahraničia.⁴

Aj vyššie načrtnuté zahraničné právne úpravy a tzv. konkurzná turistika sú dôkazom toho, že je nutné na našom území sprecizovať inštitút oddĺženia najmä v otázke čiastočného uspokojenia veriteľov dlžníka, čo vo svojej judikatúre riešil už aj Ústavný súd Slovenskej republiky. *„Odvolací súd sa v celom rozsahu stotožnil*

³ ĎURICA M: Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii – 3 vydanie – Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o., 2012, ISBN: 978-80-89447-82-4

⁴ SOLČANSKÝ, D: Konkurzná turistika, alebo prečo sa Gerhard, Uwe a Gerda prídu oddlížiť na Slovensko, URL <http://www.najpravo.sk/clanky/konkurzna-turistika-alebo-preco-sa-gerhard-uwe-a-gerda-pridu-oddlizit-na-slovensko.html>

s odôvodnením napadnutého uznesenia. Preto len v súlade s ust. § 219 ods. 2 OSP konštatuje, že súčasný príjem navrhovateľa z jeho zamestnania vrátane predpokladaného príjmu z dohôd o vykonaní práce a pracovnej činnosti po odpočítaní výživného na maloleté deti vo výške 100,- Eur mesačne, ako aj z ďalších nevyhnutných životných výdavkov súvisiacich s jeho zdravotným stavom a nákladov na živobytie a vedenie domácnosti nie je dostatočný na povolenie oddlženia. Z uvedených dôvodov odvolací súd napadnuté uznesenie súdu prvého stupňa podľa § 219 ods. 2 OSP ako vecne správne potvrdil. Predmetné rozhodnutie krajského súdu obsahuje podľa názoru ústavného súdu dostatok skutkových a právnych záverov (vychádzajúcich a nadväzujúcich na prvostupňové konanie, pozri bod 6), pričom ústavný súd nezistil, že by jeho výklad a závery boli svojvoľné a neodôvodnené a nevyplýva z nich ani taká aplikácia príslušných ustanovení všeobecných záväzných predpisov, ktorá by bola popretím ich podstaty a zmyslu.“⁵

Tak ako už bolo uvedené, fáza oddlženia môže nastúpiť až po samotnom konkurze. Podmienkou na povolenie oddlženia je, aby si dlžník počas celého konkurzu riadne plnil svoje povinnosti, ktoré mu určuje zákon aj správca. Ide o povinnosti spočívajúce napríklad v poskytovaní súčinnosti, riadnom odvádzaní zrážok zo mzdy správcovi atď.. Aj toto správanie počas samotného konkurzu sa posudzuje vo svetle, či dlžník má naozaj poctivý zámer na uspokojení pohľadávok svojich veriteľov. Je evidentné, že dlžník nebude mať takýto poctivý zámer v prípade, ak sa pred fázou konkurzu pozbavoval svojho majetku úkonmi, ktorým možno následne úspešne odporovať, resp. právnymi úkonmi, ktoré trpia takými vadami spôsobujúcimi neplatnosť týchto právnych úkonov. Poctivý úmysel na odškodnení svojich veriteľov bude tiež absentovať v prípade ak dlžník neprejaví záujem získať príjem, či už zo zamestnania, alebo aj iným možným spôsobom. Konkurzný súd by taktiež pri rozhodovaní mal zobrať do úvahy aj dôvod vzniku záväzkov, a tiež aj ich výšku.

Za nedostatok súčasnej právnej úpravy považujem aj spôsob určenia výšky sumy, ktorú je dlžník povinný každý rok správcovi odvieť, nakoľko táto záležitosť jedine od úvahy súdu. Súd sa pri určovaní výšky tejto sumy bude riadiť najmä výškou prihlásených pohľadávok, ale aj reálnymi možnosťami dlžníka zabezpečiť predmetné finančné prostriedky. Táto suma je súdom určená na celú trojročnú skúšobnú dobu, nakoľko súčasná právna úprava nedovoľuje výšku tejto sumy meniť. Takéto riešenie je v podmienkach trhovej ekonomiky, kde sa ekonomické prostredie môže zásadne zmeniť počas tohto obdobia, značne nevýhodné a môže tak poškodiť veriteľov, ako aj zmariť dlžníkovi oddlženie. Počas tohto obdobia sa zásadným spôsobom môžu zmeniť aj osobné pomery dlžníka (napríklad dlhodobé ochorenie, získanie majetku dedením, uzavretím manželstva a pod.). Z týchto dôvodov je možné uvažovať o tom, že súd by mohol určovať sumu, ktorú je dlžník povinný odvieť, len na jeden rok.⁶ Teda táto suma by nebola rigidná, ale pri zmene pomerov by súd rozhodol o zmene tejto sumy, samozrejme v intenciách poctivého záujmu dlžníka na uspokojení svojich veriteľov. Súčasná právna úprava tiež stanovuje, že dlžník je počas celého trojročného skúšobného obdobia povinný vždy na konci skúšobného

⁵ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp.zn. I. ÚS 296/2010-13 zo dňa 07.09.2010

⁶ ĎURICA M: Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii – 3 vydanie – Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o., 2012, ISBN: 978-80-89447-82-4

roku odvieť správcovi peňažné prostriedky určené súdom, najviac však do výšky 70 % svojho celkového čistého príjmu za uplynulý skúšobný rok. Toto obmedzenie je značne rozporuplné so sumou určenou súdom, nakoľko tieto dve sumy si navzájom môžu kontrovať. Táto rozporuplnosť a prejavuje aj v uzneseniach konkurzných súdov o povolení oddĺženia, keď na jednej strane súd uloží dlžníkovi fixnú sumu, ktorú musí správcovi na konci skúšobného obdobia odvieť, pričom na druhej strane ak táto suma v konečnom dôsledku presiahne 70 % čistého príjmu dlžníka za uplynulý skúšobný rok, je dlžník povinný poskytnúť správcovi peňažné prostriedky len v sume najviac vo výške 70 % svojho čistého príjmu za uplynulý skúšobný rok.

Počas skúšobného obdobia podliehajú právne úkony dlžníka, vymedzené v uznesení konkurzného súdu o povolení oddĺženia, súhlasu správcu. Správca právne úkony schváli, resp. nie najmä s ohľadom na to, či takýto právny úkon má za následok zvýšenie hodnoty majetku dlžníka. V prípade, ak dlžník učiní právny úkon bez súhlasu, resp. v rozpore s nesúhlasom správcu, je takýto právny úkon platným. Avšak takému právnemu úkonu môže správca odporovať za rovnakých podmienok ako v konkurze.

Následky oddĺženia

Ak si dlžník počas skúšobného obdobia riadne plnil svoje povinnosti, dodržiaval pokyny uložené súdom i správcom a preukázal poctivý záujem na odškodnení svojich veriteľov, rozhodne konkurzný súd po skončení skúšobného obdobia o oddĺžení dlžníka.

Najdôležitejším následkom oddĺženia je nevymáhateľnosť pohľadávok, ktoré boli riadne prihlásené do konkurzu a neboli uspokojené. Tieto pohľadávky síce nezanikajú, ale nie je ich možné vymáhať či už prostredníctvom súdneho alebo iného konania, teda ide o naturálne obligácie. Problémom, ktorý bol už riešený aj v odbornej literatúre ostáva, aký status po oddĺžení nadobúdajú pohľadávky, ktoré neboli riadne prihlásené do konkurzu. Je zrejmé, že zákonodarca *expressis verbis* tento problém neriešil, nakoľko zákon rieši iba tie v konkurze prihlásené tak, že *pohľadávky, ktoré zostali po zrušení konkurzu neuspokojené a ktoré neboli uspokojené ani počas skúšobného obdobia, sa zverejnením uznesenia o oddĺžení v Obchodnom vestníku stávajú voči dlžníkovi nevymáhateľné.*⁷ V odbornej literatúre sa objavili názory, podľa ktorých oddĺženie nemá právne účinky na pohľadávky tých veriteľov, ktoré neboli prihlásené v konkurze. Tento názor je možné oprieť o gramatický výklad a o skutočnosť, že ak zákonodarca mal záujem zahrnúť do oddĺženia aj pohľadávky do konkurzu neprihlásené, mal to zakotviť priamo do zákona ako tak učinil pri reštrukturalizácii, aby zbytočne nevznikala takáto interpretačná medzera. Na druhej strane je možné tvrdiť, že takéto vnímanie oddĺženia je v rozpore s účelom zákona a inštitút oddĺženia potom prakticky stráca akýkoľvek význam. Postačí ak veriteľ disponuje judikovanou pohľadávkou, ktorá sa s poukazom na ust. § 110 Občianskeho zákonníka premlčuje v desať ročnej premlčacej dobe. V prípade, ak počítame, že „jednoduchší“ konkurz fyzickej osoby môže trvať cca tri až štyri roky a skúšobná doba vo fáze oddĺženia ďalšie 3 roky, ostáva veriteľovi ešte dosť času na to, aby si uplatnil svoju judikovanú pohľadávkou

⁷ Pozri ust. § 171 ods. 2 Zákona č. 7/2005 o konkurze a reštrukturalizácii

napríklad v exekučnom konaní, čo vo svojej podstate zmari oddĺženie a dlžníka vystaví ďalšej platobnej neschopnosti. Osobne sa prikláňam k druhému názoru, ktorý napriek medzere v zákone zastáva stanovisko, že oddĺženie sa vzťahuje na všetky pohľadávky, vrátane do konkurzu neprihlásených.

Záverom

Účelom tohto príspevku bolo priblížiť inštitút oddĺženia v kontexte slovenskej právnej úpravy a okrajovo ju porovnať aj s tou zahraničnou. Je zrejmé, že žiaden právny inštitút nefunguje stopercentne a aj pri oddĺžení môžeme naraziť na aplikačné problémy, neúplnosť právnej úpravy, absenciu niektorých záležitostí a taktiež sa môžeme dopracovať k záverom, ktoré sú v rozpore s úmyslom zákonodarcu a účelom zákona. Potrebu novelizácie prax ukazuje každodenne a jej prísľub už obsahuje aj dôvodová správa k poslednej významnej novele Zákona o konkurze a reštrukturalizácii účinnnej od 01. januára 2012. Čo prinesie samotná novela a či bude mať na samotnú aplikačnú prax pozitívny vplyv, ukáže až čas.

Kontakt

lukasmichalov@gmail.com

JUDr. Peter Molitoris, PhD. – JUDr. Martin Vernarský, PhD.

Katedra verejnoprávnych disciplín, UPJŠ – Fakulta verejnej správy

Exekučná imunita majetku štátu

Abstrakt

Príspevok je zameraný na teoretickú bázu exekučnej imunity štátu. Následne sa bude orientovať na analýzu relevantnej právnej úpravy de lege lata na podklade právnych názorov vyslovených Ústavným súdom Slovenskej republiky v náleze sp. zn. PL. ÚS 111/2011. Dôležitým faktorom v procese spomenutej analýzy bude aj komparácia aktuálnej právnej úpravy s právnou reguláciou zrušenou uvedeným rozhodnutí Ústavného súdu Slovenskej republiky.

Abstract

The contribution is focused on theoretical basis of execution immunity of the state. Consequently, relevant legal regulation de lege lata on background of legal opinions expressed by the Constitutional Court of the Slovak Republic in his finding in case PL. ÚS 111/2011 will be analysed. Serious role in the process of the mentioned analysis will be played also by comparison between actual legal regulation and regulation that has been cancelled by the decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic in the cited case.

I.

V právnych vzťahoch, ktoré nemajú povahu vzťahov verejnômocenských, vystupuje štát ako právnická osoba¹. Toto postavenie štátu vyplýva explicitne z ustanovenia § 21 Občianskeho zákonníka, ktorý pomerne stroho konštatuje, že „*Pokiaľ štát vystupuje ako účastník právnych vzťahov, je právnickou osobou*“. Z ustanovení Občianskeho zákonníka (§§ 19 – 20a) definujúcich základné pojmové znaky právnickej osoby, podmienky jej vzniku, zániku a právneho konania už prima facie vyplýva že, štát ako právnickú osobu nie je možné plne stotožňovať s právnickými osobami v súkromnoprávnom zmysle resp. že nie je možné jeho

¹ V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že právna teória nie je celkom jednotná v názoroch na otázku, či je štát právnickou osobou, alebo nie. Príkladom môže byť názor K. Berana, podľa ktorého štát má iba postavenie právnickej osoby, keďže jediným zo znakov právnickej osoby, ktorý u štátu môžeme identifikovať je jeho právna subjektivita (pozri Beran, K.: Právnické osoby verejného práva. Praha. Linde Praha a.s., 2006 s. 81 a nasl.)

právne postavenie plne stotožniť s postavením iných právnických osôb podľa § 18 ods. 2 Občianskeho zákonníka (ďalej v texte aj ako „OZ“). Odlišnosť od iných právnických osôb vstupujúcich do súkromnoprávných vzťahov je pochopiteľná a žiaduca najmä s ohľadom na skutočnosť, že právny status štátu je ukotvený v jeho presnom vymedzení právnymi predpismi, ktoré v zásade nepripúšťajú odchýlky, a to čo do jeho organizácie, ako aj čo do postupov pri výkone jeho funkcií.² Kompromisným riešením pri definovaní právneho postavenia štátu v súkromnoprávných vzťahoch je jeho vymedzenie ako právnickej osoby „sui generis“, ktoré rešpektuje jednak požiadavku rovnosti s inými subjektmi, ale tiež verejnoprávny charakter štátu.³

Pri vymedzovaní „súkromnoprávneho“ konceptu štátu je potrebné reflektovať požiadavku rovnakého postavenia štátu a iných právnych subjektov v občianskoprávných vzťahoch, ktorá je explicitne ukotvená v § 2 ods. 2 OZ, pričom však samotný občiansky zákonník pripúšťa vo vzťahu k štátu výnimky z tohto pravidla, a to konkrétne napr. v § 125 ods. 2 OZ (v spojení s čl. 20 ods. Ústavy SR), podľa ktorého môže osobitný zákon ustanoviť, ktoré veci môžu byť predmetom vlastníctva iba štátu alebo určených právnických osôb. Obdobne čl. 20 ods. 2 Ústavy SR hovorí konkrétne o možnosti osobitným zákonom vymedziť *„ktorý majetok, okrem majetku uvedeného v čl. 4 ústavy, nevyhnutný na zabezpečovanie potrieb spoločnosti, rozvoja národného hospodárstva a verejného záujmu, môže byť iba vo vlastníctve štátu, obce alebo určených právnických osôb.“*

Podľa niektorých autorov⁴ sa v súkromnoprávných vzťahoch fakt, že štát je súčasne mocenskou organizáciou nadanou významnými kompetenciami nepremieta (s výnimkou výslovných zákonných výnimiek). S uvedeným názorom je za štandardných podmienok záväzkového práva možné súhlasiť, avšak verejnoprávny a mocenský charakter štátu znamená aj jeho schopnosť vlastnou normotvorbou definovať a záväzne vymedzovať základné podmienky tých právnych vzťahov, ktorých následne bude sám účastníkom. To nepochybne platí aj pre vzťahy súkromnoprávnej povahy a osobitne sa to prejavuje v oblasti regulácie majetkovo-právnych vzťahov štátu s inými osobami. To, že s ohľadom na vlastné verjenomocenské funkcie štát vlastnou normotvorbou do istej miery zvýhodňuje sám seba aj vo vzťahoch súkromnoprávných a majetkových, je z ústavného hľadiska akceptovateľné, o čom svedčí napr. aj nález pléna Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS 28/00, podľa ktorého *„štát určuje spôsob nakladania so svojím vlastníckym právom len prostredníctvom zákonov. Štát ani iný reálny nástroj na ovplyvnenie výkonu svojho vlastníckeho práva prostredníctvom správcov majetku štátu nemá“* (nález Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS 28/00). Štát ani pri správe vlastného majetku

² Klíma, K.: Teorie veřejné moci (vládnutí). 2. prepracované a rozšírené vydání. Praha. ASPI, a.s., 2006. s. 136

³ napr. Havlan, P.: Vlastnictví státu. Brno. Masarykova univerzita v Brně. 2000. s. 40 a nasl.; Eliáš, K., Havel, B. in. Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J.: Občanské právo hmotné 1. Díl první: Obecná část. Díl druhý: Věcná práva. 4. aktualizované a doplnené vydání. Praha. ASPI, a.s., 2005. s. 211

⁴ napr. Eliáš, K., Nykodým, J. in. Švestka, J., Jehlička, O., Škárová, M., Spáčil, J. a kol.: Občanský zákonník. Komentář. 10. jubilejní vydání. Praha. C. H. Beck. 2006. s. 200

nemôže rezignovať na plnenie svojich základných funkcií, ktoré ho definujú čo do opodstatnenosti jeho existencie⁵.

Jedným zo základných atribútov právnickej osoby (z pohľadu súkromného práva) je jej vlastnícka spôsobilosť, teda spôsobilosť vlastníť majetok a s týmto nakladať. Majetok štátu a jeho správa je v podmienkach SR determinovaný ustanoveniami zákona č. 278/1993 Z. z. o správe majetku štátu v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o správe majetku štátu“ alebo „ZoSMS“). Účelom tohto právneho predpisu je špecificky regulovať nakladanie s majetkom vo vlastníctve Slovenskej republiky, a to vo vzťahu k výkonu verejnoprávných úloh štátu. Z celkovej koncepcie zákona je zrejmé, že cieľom právnej regulácie je najmä sprísnenie podmienok nakladania s týmto druhom majetku oproti všeobecnejším úpravám Občianskeho alebo Obchodného zákonníka, a to prostredníctvom právneho ukotvenia celej škály špecifických podmienok zaväzujúcich subjekty vystupujúce ako správcovia majetku štátu.

Samotný majetok štátu zákon o správe majetku štátu na svoje účely vymedzuje ako veci vo vlastníctve Slovenskej republiky vrátane finančných prostriedkov, ako aj pohľadávky a iné majetkové práva Slovenskej republiky. Bližšie pozitívnym spôsobom rozsah majetku štátu nedefinuje, pričom však nie je dôvod neaplikovať na vymedzenie rozsahu majetku štátu aj ustanovenie § 118 ods. 2 OZ, podľa ktorého predmetom občianskoprávných vzťahov môžu byť tiež byty alebo nebytové priestory. Keďže zrejme neexistuje dôvod spochybňovať právo štátu vlastníť akýkoľvek druh majetku, je možné ako o majetku štátu hovoriť o veciach, bytoch a nebytových priestoroch, ktoré štát vlastní, o ideálnych častiach vecí, bytov a nebytových priestorov, ktoré štát spoluvlastní, o majetkových právach a o iných majetkových hodnotách.⁶

Zákon o majetku štátu ako *lex specialis* k Občianskemu zákonníku celkom evidentne zvýrazňuje aj v majetkovej oblasti verejnoprávny charakter štátu a jeho funkcie, keďže osobitnej právnej úprave podrobuje iba časť majetku štátu. Táto skutočnosť vyplýva priamo zo znenia § 1, v ktorom sa uvádza, že regulácia zákona sa vzťahuje iba na správu majetku „*vo verejnoprospešnej a nepodnikateľskej sfére*“, ktorú zároveň vykonáva niektorý zo správcov vymedzených v § 1 ods. 1. Z uvedeného je možné identifikovať, že zákonodarca nakladanie s majetkom v podnikateľskej sfére ponecháva regulácii inými právnymi predpismi. Explicitne toto vyjadruje aj negatívnou enumeráciou v § 1 ods. 2, kde spod pôsobnosti zákona o majetku štátu vyníma nakladanie s majetkom štátu, pri ktorom dochádza k plneniu záväzkov v rámci predmetu činnosti správcu alebo v súvislosti s ním⁷, nakladanie s majetkom štátu, ktoré upravujú osobitné predpisy⁸, hospodárenie s peňažnými

⁵ Viacero autorov poukazuje najmä na tradičné odlišenie dvojakej úlohy štátu ako eráru (fiscus) a impéria, ktoré je dodnes výrazné najmä v rakúskom ABGB či nemeckom BGB. Pozri napr. Eliáš, K. in. Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M., a kol. Občianský zákonník I. § 1 až 459. Komentár. 2. vydání. Praha. C. H. Beck. 2009. s. 280. alebo d. c. v pozn. 1, str. 82 - 84

⁶ Havlan, P.: Majetek státu v platné právní úpravě. 2. aktualizované a doplněné vydání. Praha. Linde Praha, a.s., 2006. s. 79

⁷ Aktuálne zákon odkazuje na § 261 a nasl. Obchodného zákonníka a 488 a nasl. OZ, teda na právnu úpravu záväzkov

⁸ napr. zákon č. 111/1990 Zb. o štátnom podniku v znení neskorších predpisov

prostriedkami štátu, ktoré upravuje zákon o rozpočtových pravidlách verejnej správy a správu cenných papierov. Vyňatie nakladania s majetkom štátu, ku ktorému dochádza v režime záväzkového obchodného či občianskeho práva, ako aj nakladania s majetkom štátu prostredníctvom štátnych podnikov indikuje pomyselné delenie majetku štátu na majetok nepodnikateľský (verejnoprospešný) a majetok podnikateľský.

Zákon o správe majetku štátu definuje pojem *správy* verejnoprospešného majetku štátu ako „*súhrn oprávnení a povinností správcu k tej časti majetku štátu, ktorý mu štát zveril do správy*“. Tento pojem býva v teórii definovaný aj ako „*osobitý verejnoprávny majetkový inštitút, v podstate verejné subjektívne majetkové právo*“⁹. Obsah pojmu správy pre účely zákona o správe majetku štátu je vymedzený v ustanovení § 3 ods. 2, pričom medzi oprávnenia správcu pri plnení jeho úloh patrí užívanie majetku, nakladanie s ním, udržiavanie majetku v riadnom stave, využívanie všetkých právnych prostriedkov na jeho ochranu a starostlivosť o to, aby nedošlo najmä k jeho poškodeniu, strate, zneužitiu alebo zmenšeniu. Z obsahu ďalších ustanovení je zrejmé, že súčasťou nakladania s majetkom je aj prevod vlastníctva majetku (kúpou, zámenou alebo darovaním), ako aj jeho nájom a výpožička¹⁰. Z rozsahu oprávnenej dispozície zo strany správcu je zrejmé, že rozsah oprávnení správcu pri správe majetku štátu sa v podstatných majetkových dispozíciách kryje s rozsahom oprávnení vlastníka. Pri výkone správy majetku a s tým spojeným nakladaním s majetkom koná správca samostatne, rovnako tak je samostatne oprávnený vystupovať v mene Slovenskej republiky v konaní pred súdmi a inými orgánmi. Samostatne tiež vstupuje pri úkonoch súvisiacich so správou majetku do právnych vzťahov s inými osobami a preberá na seba záväzky.

Práve „verejnoprospešný“ charakter činnosti správcu, ktorý je v zákone o správe majetku štátu implicitne vyjadrený ako dôvod osobitnej regulácie, ako aj z neho plynúce účelové určenie spravovaného majetku štátu a limity nakladania s ním, vedie k úvahám o nutnosti zvýšenej miery ochrany tohto majetku. Štát, ako mocenský suverén a zároveň vlastník majetku využívaného na napĺňanie základných materiálnych a formálnych funkcií štátu, má nepochybne právo sám si zvoliť prostriedky, ktorými zabezpečí ochranu tohto majetku¹¹. Zvýšená miera ochrany je v zákone o správe majetku štátu vyjadrená jednak osobitnými ustanoveniami o ponukovom konaní a osobitnom ponukovom konaní pri scudzovaní prebytočného majetku, povinnosťou viesť osobitný register majetku, ale tiež špecifickými náležitosťami zmlúv o prevode vlastníckeho práva k majetku, či podmienkou predchádzajúceho písomného súhlasu zriaďovateľa v prípadoch výslovne vymedzených zákonom alebo v prípadoch vyhradených zriaďovateľom. Špecifickým nástrojom ochrany majetku štátu je **exekučná imunita štátu**, ktorá spolu s konkurznou imunitou bola súčasťou normatívneho textu v § 18a zákona o správe majetku štátu, v jednote s § 12 ods. 7 zákona č. 291/2002 Z. z. o Štátnej pokladnici a

⁹ Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti. 1. vydání. Praha. C. H. Beck. 2008. s. 39

¹⁰ Je zrejmé, že pojem „nakladania“ s majetkom štátu sa prevodom vlastníctva či nakladaním obmedzujúcim dispozície vlastníka, ako je tomu pri v texte uvedených dispozíciách, nevyčerpáva. Nakladaním je potrebné rozumieť aj ďalšie dispozície s majetkom pri jeho udržiavaní, zveľaďovaní a riadnom využívaní (pozn. autorov).

¹¹ k tomu napr. aj nález Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS 11/96

o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o Štátnej pokladnici“) a § 8 ods. 10 zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy. Podľa znenia účinného do 31. júla 2012 na majetok štátu v správe správcu uvedeného v § 1 ods. 1 ZoSMŠ nebolo možné uskutočniť výkon rozhodnutia, konkurzné konanie a reštrukturalizačné konanie podľa osobitných predpisov. Podľa ods. 2 toho istého ustanovenia sa tento zákaz nevzťahoval na výkon rozhodnutia prikázaním pohľadávky odpísaním z účtu v banke, na ktorý sa vzťahoval zákon o rozpočtových pravidlách. Podľa § 12 ods. 7 zákona o Štátnej pokladnici nepodliehali prostriedky na účte klienta Štátnej pokladnice s výnimkou určených klientov výkonu rozhodnutia odpísaním z účtu. Napokon triadu zákon tvoriacich v celku exekučnú imunitu uzatváralo ustanovenie § 8 ods. 10 zákona o rozpočtových pravidlách, podľa ktorého výkonu rozhodnutia nepodliehajú prostriedky poskytnuté zo štátneho rozpočtu a z rozpočtu Európskej únie, ani hnutel'ný a nehnuteľný majetok obstaraný z týchto prostriedkov.

II.

Otázkou súladu exekučnej imunity s ústavou, resp. ústavne akceptovateľným rozsahom tejto imunity sa v kontexte § 18a zákona o správe majetku štátu a § 12 ods. 7 zákona o Štátnej pokladnici¹² zaoberal Ústavný súd SR v konaní vedenom pod sp. zn. PL. ÚS 111/2011. Navrhovateľ, ktorým bol v danom prípade okresný súd, sa domáhal určenia, že napadnuté ustanovenia právnych predpisov sú v rozpore s čl. 1 ods. 1, čl. 12 ods. 2, čl. 20 ods. 1 a čl. 46 ods. 1 Ústavy SR, čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a čl. 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Podstatu svojej argumentácie založil na tvrdení, že rozsah exekučnej imunity štátu, ako bola v tom čase vymedzená platnými a účinnými právnymi predpismi bol absolútny, a teda nebolo možné voči subjektom, ktoré sú správcami majetku štátu, vôbec vykonať exekúciu alebo nútený výkon rozhodnutia súdov. Podľa názoru okresného súdu bolo za týchto podmienok uspokojenie veriteľov štátu závislé výlučne od vôle povinných subjektov. Takýto stav *„spôsobuje znevýhodnenie veriteľov jedného druhu pohľadávok, a to pohľadávok voči štátu pri uplatnení práva na ochranu vlastníckeho práva (t. j. vymoženie svojich pohľadávok) v porovnaní s... inými veriteľmi. Na druhej strane zvýhodňuje toto ustanovenie štát pri ochrane jeho vlastníckeho práva, pretože majetok štátu sa tak bezvýnimočne stáva exekučne takmer nepostihnuteľný.“* Navrhovateľ tiež poukázal na skutočnosť, že *„právo na prístup k exekučnému konaniu“* je súčasťou práva na súdnu ochranu, pričom súčasný stav právnej úpravy de facto možnosti uspokojenia veriteľa úplne neguje.

Postoj štátu v tomto konaní reprezentovali vyjadrenia Národnej rady SR a Vlády SR, ako aj Ministerstva financií SR. Názor národnej rady SR prezentovaný v predmetnom konaní je možné zhrnúť do niekoľkých podstatných argumentov:

1. Národná rada v prvom rade poukazovala na skutočnosť, že exekučná imunita vymedzená v skúmaných právnych predpisoch sa týka len tej časti majetku štátu, ktorý *„vzniká z verejných zdrojov“*, ktoré *„zhmotnené v majetku štátu sú určené na plnenie jeho funkcií“*.

¹² ďalšie napadnuté ustanovenia

2. K opodstatnenosti samotnej exekučnej imunity tiež Národná rada SR uviedla, že táto má ochrániť *„plnenie jeho legitímnych funkcií, pričom existujú nielen formálne, ale reálne prostriedky, ako sa domôcť súdom priznaného nároku“*.
3. Zvýšená ochrana určenej časti majetku štátu je výrazom neekvivalencie medzi úlohami plnenými štátom a pôsobením neštátnych subjektov súkromného alebo tretieho sektoru, a teda nie je možné hovoriť o cielenej diskriminácii skupiny veriteľov štátu. V tejto súvislosti národná rada poukázala aj na rozhodnutie ústavného súdu vo veci sp. zn. PL. ÚS 11/96 definujúce verejný záujem ako akceptovaný dôvod obmedzenia základných práv a slobôd.
4. Z hľadiska rozsah exekučnej imunity štátu Národná rada SR konštatovala, že táto plne vyhovuje kritériu nevyhnutnej miery zásahu.

Argumentácia Vlády SR bola v zásadných otázkach totožná, resp. veľmi blízka argumentácii Národnej rady SR. Aj v tomto prípade je pre zjednodušenie možné základné argumenty sumarizovať do niekoľkých bodov:

1. Podľa názoru vlády je zmyslom zákonných ustanovení zakladajúcich exekučnú imunitu zabezpečenie uspokojovania potrieb verejného záujmu, vrátane potreby zabezpečiť riadne fungovanie štátu. Ak by neexistovala ochrana majetku štátu exekučnou imunitou, realizovaný výkon rozhodnutia *„by mohol znemožniť výkon funkcií štátu“*.
2. Postavenie štátu ako právnickej osoby v občianskoprávných vzťahoch nesmie *„ohroziť jeho funkčnosť v rámci jeho postavenia ako právnej organizácie zvrchovanej politickej moci spoločnosti na určitom území, a teda ako formy organizácie ľudskej spoločnosti.“*
3. Exekučná imunita majetku štátu nie je absolútna, keďže ochrane majetku štátu pred výkonom rozhodnutia, konkurzným a reštrukturalizačným konaním podľa § 18a ods. 1 zákona o správe majetku štátu *„nepodlieha majetok štátu využívaný v podnikateľskej sfére (v správe štátnych podnikov) a ani vlastný majetok správcu majetku štátu uvedeného v § 1 ods. 1 písm. c) a d) zákona o správe majetku štátu, pokiaľ nejde o majetok podľa čl. 20 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, alebo ak osobitné predpisy (napr. Exekučný poriadok) nevyňali úplne alebo čiastočne jeho majetok z predmetu výkonu rozhodnutia.“*

Ministerstvo financií SR nad rámec uvedených argumentov Vlády SR a Národnej rady SR konkrétne poukázalo na exekvovateľnosť majetku štátu *„v správe štátnych podnikov podľa zákona č. 111/1991 Zb. o štátnom podniku v znení neskorších predpisov, majetok štátu v správe Železníc Slovenskej republiky podľa zákona č. 258/1991 Z. z. o Železničiach Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov, majetok štátu poľnohospodárskeho charakteru podľa zákona č. 330/1991 Zb. o pozemkových úpravách, usporiadaní pozemkového vlastníctva, obvodných pozemkových úradoch, pozemkovom fonde a o pozemkových spoločenstvách v znení neskorších predpisov.“*

Ústavný súd sa v odôvodnení svojho nálezu vysporiadal primárne s otázkou prípustnosti a odôvodnenosti existencie exekučnej imunity vôbec. Konštatoval, že zakotvenie exekučnej nepostihnuteľnosti určitého majetku štátu je jedným

z legitímnych nástrojov ochrany majetku štátu, a to najmä v súvislostiach dosahovania verejného záujmu. V rámci prieskumu proporcionality tiež konštatoval, že právny poriadok v danom čase nepozná iné nástroje na ochranu využitia dotknutého majetku na verejné účely. Toto konštatovanie v žiadnom prípade neznamená, že spôsob právnej determinácie exekučnej imunity platný a účinný v čase rozhodovania ústavného súdu je jediný možný alebo jediný vhodný. Ústavný súd budúce možné smerovanie naznačil, keď ako príklad budúcej novej právnej úpravy uviedol *„príkaz pre súdneho exekútora plynúci z exekučných predpisov postihovať v exekučnom konaní proti štátu ako povinnému výlučne jeho majetok slúžiaci na podnikateľské účely“*.

V merite nálezu sa ústavný súd aplikáciou kombinácie historickej, komparatívnej a systematickej metódy výkladu zaoberal otázkou rozsahu exekučnej imunity štátu v rovine de lege lata, pričom platnú právnu úpravu obsiahnutú v § 18a ods. 1 zákona o majetku štátu ako aj bezprostredne súvisiacu úpravu podľa § 12 ods. 7 zákona o Štátnej pokladnici a § 8 ods. 10 zákona o rozpočtových pravidlách podrobil testu proporcionality.

Na základe „skúmania empirického, systémového, kontextového i hodnotového argumentu“ Ústavný súd konštatoval, že *„konceptia namietanej exekučnej imunity majetku štátu stelesnená spoločne v § 18a ods. 1 zákona o správe majetku štátu a v § 12 ods. 7 zákona o Štátnej pokladnici vymedzuje veriteľovi štátu mimoriadne úzky priestor na domáhanie sa uspokojenia jeho pohľadávky cestou núteného výkonu rozhodnutia. Tento priestor v podstate tvorí škála možností pohybujúcich sa v rozpätí od extrémnej, a tak aj neprimeranej právnej i faktickej náročnosti procesu vedúceho k uspokojeniu vykonateľne judikovanej pohľadávky, až po jej právnu i faktickú nevymožiteľnosť. Preto § 18a ods. 1 zákona o správe majetku štátu v časti týkajúcej sa výkonu rozhodnutia ani § 12 ods. 7 zákona o Štátnej pokladnici nevyhovujú tretiemu kritériu testu proporcionality, v teste neobstáli, a teda sú v rozpore so základným právom vlastniť majetok i s právom na pokojné užívanie majetku.“*

Vo vzťahu k § 8 ods. 10 zákona o štátnom rozpočte ústavný súd rozpor s ústavou zaručenými základnými právami nekonštatoval.

Ústavný súd tiež konštatoval, že za ústavne neakceptovateľnú *„nepovažuje exekučnú imunitu ako takú, ale jej rozsah a koncept vyplývajúci zo súčasnej právnej úpravy. Verejný záujem na zachovaní určenia majetku štátu na plnenie jedinečných a nezastupiteľných verejných úloh štátu je nespochybniteľný, ústavne neudržateľným sa však stáva vo chvíli, keď charakter a spôsob jeho normatívneho ukotvenia obmedzuje základné práva fyzických osôb alebo právnických osôb vystupujúcich v právnych vzťahoch so štátom do tej miery, že tieto základné práva a slobody nemožno primerane užívať, takže sa stávajú iluzórnymi.“*

Ústavný súd napokon upozornil tiež priamo na skutočnosť, že právna úprava exekučnej imunity štátu sa do svojej ústavne neakceptovateľnej podoby vyvinula postupne, vzájomným prepojením súvisiacich právnych predpisov, osobitne zákona o majetku štátu a zákona o štátnej pokladnici. Pôvodná koncepcia § 18a s ohľadom na jeho odsek 2 poskytovala priestor na vymożenie pohľadávky veriteľom postihnutím majetku na peňažných účtoch správcov, pričom tento koncept zohľadňoval skutočnosť, že právna regulácia rozpočtových pravidiel v roku 1999 *„zakazovala iba exekúciu prostriedkov poskytnutých zo štátneho rozpočtu“*.

Správcovia majetku štátu boli (a aj v súčasnosti sú) oprávnení získavať peňažné prostriedky aj zo zdrojov odlišných od štátneho rozpočtu a následne ich sústreďovať na mimorozpočtových účtoch. Práve tieto prostriedky bolo možné v zmysle § 18 a ods. 2 zákona o majetku štátu exekučne postihnúť odpísaním z účtu v banke, čo už v tom čase neplatilo v prípadoch peňažných prostriedkov, s ktorými *„hospodárili štátne fondy, keďže tieto neručili za záväzky Slovenskej republiky (uvedené pravidlo sa uplatňuje dodnes – § 5 ods. 4 zákona o rozpočtových pravidlách)“*.

V dôsledku nadobudnutia účinnosti zákona o Štátnej pokladnici vznikla správcom majetku štátu ako klientom Štátnej pokladnice povinnosť zriaďovať účty výlučne v Štátnej pokladnici, pričom prostriedky na týchto účtoch nepodliehali v zmysle § 12 ods. 6 a neskôr § 12 ods. 7 zákona o štátnej pokladnici výkonu rozhodnutia odpísaním z účtu. Podľa názoru ústavného súdu sa tak ustanovenie § 18a ods. 2 zákona o správe majetku štátu stalo nerealizovateľným.

Ústavný súd poukázal aj na skutočnosť, že Slovenská republika *„zjavne vlastní aj majetok, ktorý nespadá pod právny režim zákona o správe majetku štátu, zákona o Štátnej pokladnici ani zákona o rozpočtových pravidlách“*, avšak zároveň konštatoval, že v praxi sa pri nútenom výkone rozhodnutia voči štátu (bez explicitného ukotvenia tohto pravidla v právnom predpise) výlučne siahla na majetok v správe toho správcu, z ktorého činnosti záväzok vznikol. Odôvodnenosť tohto postupu však ústavný súd s prihliadnutím na princíp proporcionality akceptoval. Zároveň k argumentácii vlády poukazujúcej na možnosti uspokojenia veriteľa z majetku štátnych podnikov poukázal na skutočnosť, že *„štátny podnik svoju podnikateľskú činnosť prevádzkuje samostatne na základe hospodárenia na vlastný účet (§ 2 ods. 1 zákona o štátnom podniku). Súčasne štátny podnik hospodári s vecami a majetkovými právami zverenými mu pri jeho založení a ďalej s vecami a majetkovými právami nadobudnutými v priebehu jeho podnikania. Veci, s ktorými podnik hospodári, sú v štátnom vlastníctve (§ 6 ods. 1 zákona o štátnom podniku). Napokon je účelné zvýrazniť právny stav, podľa ktorého štátny podnik nezodpovedá za záväzky štátu alebo iných subjektov (§ 5 ods. 2 zákona o štátnom podniku).“*

Napokon ústavný súd zvýraznil aj skutočnosť, že predpokladom núteného výkonu rozhodnutia voči štátu je *„poruchový priebeh realizácie konkrétneho právneho vzťahu, v ktorom poruchu spôsobil práve štát nesplnením právoplatne judikovaného záväzku“*, pričom *„samotné neplnenie právoplatne judikovaných a vykonateľných záväzkov bez ohľadu na charakter subjektov predmetného právneho vzťahu“* označil ústavný súd za *„v právnom štáte nielen neželaný, ale aj škodlivý jav....Dôvodom je už len samotný právny princíp, podľa ktorého dlžník je povinný plniť svoj záväzok. Takýto princíp (bezpochyby presahujúci aj rámec predstáv spoločnosti o podobe právneho poriadku) musí zákonodarca chrániť, a v prípade, ak dlžník dobrovoľne záväzok neplní, je potrebné veriteľovi poskytnúť účinné právne prostriedky na uspokojenie jeho základného práva vlastníť majetok. Prezentované hodnotové predstavy sa znásobujú v prípade, ak je dlžníkom štát, ktorý svojou vrchnostenskou pozíciou úroveň vymožiteľnosti záväzkov má garantovať. Ak štát svojou normotvorbou sám seba ako právoplatne a vykonateľne potvrdeného dlžníka zvýhodní do tej miery, že veriteľ nedisponujúci verejno-právnu vrchnosťou sa vôbec, alebo len s veľkými ťažkosťami môže domôcť majetku, ktorého nadobudnutie na základe majetkovej pohľadávky dôvodne očakáva, potom hodnotový systém spoločnosti jednoznačne uprednostní záujem veriteľa na zachovaní zmyslu a podstaty*

jeho základného práva vlastníť majetok pred verejným záujmom na ochrane majetku štátu pred jeho odňatím z napĺňania verejných funkcií.“

Nad rámec uvedeného je potrebné pripomenúť, že okresný súd v petite návrhu žiadal ústavný súd, aby vyslovil nesúlad celého § 18a ods. 1 ZoSMŠ, z ktorého vyplývalo, že na majetok štátu v správe určených správcov nebolo možné nielen uskutočniť výkon rozhodnutia, ale ani konkurzné konanie a reštrukturalizačné konanie. Keďže však okresný súd podal návrh na začatie konania pred ústavným súdom na základe pochybností o uspokojiteľnosti judikovanej pohľadávky z majetku štátu v exekučnom konaní, a ustanovenia právnej úpravy konkurzu a v konkretizovanom exekučnom konaní neprichádzali v aplikačnej perspektíve do úvahy, ústavný súd sťažnosti v tejto časti nevyhovel.

III.

V dôsledku citovaného nálezu ústavného súdu bolo nevyhnutné nanovo zadefinovať podmienky exekučnej imunity štátu. Z ustanovenia § 18a ods. 1 zákona o správe majetku štátu bola vypustená časť pojednávajúca o nútenom výkone rozhodnutia a zo zákona o štátnej pokladnici bol vypustený § 12 ods. 7. Odhladiť od neakceptovateľnosti doterajšieho vymedzenia exekučnej imunity štátu v rovine ústavnej sa domnievame, že už samotná inkorporácia ustanovenia § 18a do zákona o správe majetku štátu bola zásadným systematickým pochybením zákonodarcu. Zákon o správe majetku štátu, ako to už bolo na inom mieste uvedené, má za cieľ v prvom rade nastaviť rámce pôsobenia správcov pri nakladaní so špecifickým druhom majetku, teda s majetkom určeným na nepodnikateľskú, verejnoprospešnú činnosť štátu. Z obsahu právneho predpisu je zrejmé, že sa jedná o obmedzenia v tých úkonoch, ktorých uskutočnenie je v dispozícii správcu majetku, čo však už nie je možné povedať o prípade núteného výkonu rozhodnutia vedeného na tento majetok na základe návrhu tretej osoby – veriteľa. To, či bude alebo nebude voči správcovi vedené exekučné konanie pre neuhradenú pohľadávku veriteľa nemôže správca nijak ovplyvniť, a skutočnosť, že k takémuto konaniu dôjde, nie je možné ani klasifikovať ako porušenie povinností správcu. Samotný výkon rozhodnutia vedený voči správcovi a perspektívne postihujúci majetok štátu nie je možné subsumovať pod pojem správy a nakladania s majetkom štátu. V opačnom prípade by v zásade prielomom do pôvodnej exekučnej imunity bolo už samotné znenie ustanovenia § 1 ods. 2 písm. a) zákona o správe majetku, ktoré by vylučovalo aplikáciu ustanovenia § 18a na všetky druhy záväzkov, ktoré vznikli správcovi zo zmlúv uzatvorených s podnikateľmi, a to aj pri výkone verejnoprospešnej činnosti, ako to definuje § 261 Obchodného zákonníka. Takýto výklad by bol však zrejme v rozpore s účelom zákona a nepostihoval by ani podstatu tohto ustanovenia, ako ju definovala dôvodová správa k zákonu o správe majetku štátu, podľa ktorej sa pod ustanovením § 1 ods. 2 písm. a) rozumie formulačne iné vyjadrenie obvyklého hospodárenia. Zo systematického hľadiska sa preto javí ako vhodnejšie zadefinovanie rozsahu a podmienky exekučnej imunity v exekučnom poriadku.

Vláda SR zvolila pri novom determinovaní exekučnej imunity koncepciu naznačenú aj v odôvodnení nálezu ústavného súdu, kde tento poukázal na možnosť riešiť otázky exekučnej imunity v inom predpise, než v zákone o správe majetku štátu, a to konkrétne v právnom predpise upravujúcom podmienky a priebeh

núteného výkonu rozhodnutia. Ústavný súd tiež naznačil, že cestou by mohlo byť explicitné vymedzenie tej časti majetku štátu, na ktorú sa vzťahuje exekučná imunita. Vláda preto pri tvorbe novej koncepcie exekučnej imunity dôraznejšie reflektovala potrebu umožniť exekučný postih aj tej časti majetku, ktorá je v správe správcov plniacich verejnoprospešné úlohy, čo sa napokon prejavilo v dvojakej koncepcii exekučnej imunity štátu. Aktuálna právna úprava preto rozlišuje exekučnú imunitu absolútnu a exekučnú imunitu relatívnu.

Absolútnu exekučnú imunitu požíva v zmysle účinného znenia § 61c ods. 1 Exekučného poriadku nehnuteľný majetok štátu v správe správcu okrem nehnuteľností v dočasnej správe podľa ZoSMŠ, príjmy štátneho rozpočtu, prostriedky na bežnom účte štátnej rozpočtovej organizácie a pohľadávky z právnych vzťahov zakladajúcich tieto príjmy, cenné papiere vo vlastníctve štátu a majetkové účasti štátu v právnických osobách, prostriedky určené na krytie schodku štátneho rozpočtu a krytie štátneho dlhu ako aj iný majetok štátu, o ktorom tak ustanoví osobitný zákon.

Relatívna exekučná imunita je vyjadrená komplementárne v ustanoveniach § 47 ods. 4 a 5, § 56 ods. 10, § 57 ods. 1 písm. k) a § 61c ods. 2 Exekučného poriadku. Relatívna exekučná imunita spočíva v možnosti súdu rozhodnúť na návrh povinného správcu (alebo aj bez tohto návrhu) o tom, že majetok, ktorý síce nepodlieha absolútnej exekučnej imunite, nie je možné výkonom rozhodnutia postihnúť, keďže tento je nevyhnutne potrebný na plnenie úloh štátu alebo na plnenie verejnoprospešného účelu. Dôsledkom konštatovania neprípustnosti exekúcie z dôvodu podľa § 57 ods. 1 písm. k) bude zastavenie exekúcie. Návrh na zastavenie s poukazom na verejnoprospešné účelové určenie majetku môže podať správca v lehote do 60 dní od doručenia upovedomenia o začatí exekúcie, pričom zákonom predpokladané účinky upovedomenia o začatí exekúcie, vrátane možnosti podať voči exekúcii námietky, nastanú až márnym uplynutím tejto lehoty, prípadne zamietnutím návrhu na zastavenie exekúcie.

Problematickým sa v tomto ohľade javí definovanie kritérií, podľa ktorých budú súdy majetok podliehajúci relatívnej exekučnej imunite kategorizovať ako „*nevyhnutne potrebný na plnenie úloh štátu*“ alebo na „*plnenie verejnoprospešného účelu*“. V zásade totiž každý majetok, ktorý správca využíva pri plnení svojich verejnomocenských úloh je možné označiť za majetok priamo alebo nepriamo slúžiaci na plnenie úloh štátu. Do tejto kategórie je možné subsumovať tak takmer všetky hnutelné veci, ako aj peňažné prostriedky na mzdy a platy zamestnancov, či rozpočtové prostriedky na bežné a kapitálové výdavky správcu. Pri rozširujúcom výklade prvého z kritérií je teoreticky možné za majetok potrebný na plnenie úloh štátu označiť aj majetok, ktorý neslúži na výkon vrchnostenských kompetencií štátu. Vo vymedzení tohto kritéria relatívnej exekučnej imunity je možné vidieť podobnosť s úpravou nemeckého civilného procesného poriadku (Zivilprozeßordnung), ktorý neprípustnosť núteného výkonu deklaruje v § 882a ods. 2 vo vzťahu k veciam nepostrádateľným pre plnenie verejných úloh dlžníka¹³. Inšpiratívne v tomto prípade môže pôsobiť vymedzenie vecí nevyhnutných pre plnenie úloh štátu, ako ho predostreli autori Wieczorek, Schütze a Lüke vo svojom veľkom komentári

¹³ V ďalšom texte je zakotvená výluka z výkonu rozhodnutia aj vo vzťahu k veciam, ktorých predaj odporuje verejnému záujmu.

k nemeckému civilnému procesnému poriadku. Podľa ich názoru sa jedná o verejné veci v ich troch podobách, a to v podobe verejných vecí určených na verejné použitie (vodné toky, pozemky, na ktorých sú cesty), verejných vecí užívaných verejnými ústavmi (ihriská, kanalizačné zariadenia) a verejných vecí určených na administratívne užívanie (budovy úradov). Všetky tieto veci sú fakticky vždy nevyhnutné na udržiavanie priebehu plnenia verejných úloh. Predmetným ustanovením však nie je chránený finančný majetok, predovšetkým sa tu nechráni disponibilná peňažná hotovosť verejnoprávných subjektov.¹⁴

Extenzívny výklad kritéria plnenia verejnoprospešného účelu tiež môže viesť k problémom, a to najmä v prípade, ak sa konštatovanie verejnoprospešného účelu majetku bude odvíjať bezprostredne a automaticky od právneho (verejnoprávneho) statusu správcu, ktorý s týmto majetkom nakladá.

Je pravdou, že tak bremeno tvrdenia, ako aj dôkazné bremeno v konaniach o určenie relatívnej exekučnej imunity majetku bude zaťažovať správcu, avšak samotné dokazovanie nevyhnutnej potrebnosti konkrétneho majetku bude zrejme v podstatnej miere spočívať iba na polemických argumentoch sporových strán. Nie je tiež zjavné, či sa kritérium nevyhnutnej potreby alebo verejnoprospešného účelu bude skúmať iba s ohľadom na jeho danosť v čase rozhodovania, alebo aj s ohľadom na perspektívne budúce možné využívanie majetku.

Z procesného hľadiska tiež vyvoláva pochybnosti o právnej úprave otázka možnosti exekútora zistiť, aký majetok má konkrétny správca v správe. V prípade niektorých správcov sa bude totiž zrejme jednať o utajovanú skutočnosť, čo v spojitosti s novou, explicitne formulovanou viazanosťou exekúcie len na majetok štátu v správe správcu majetku štátu, z ktorého činnosti pohľadávka oprávneného vznikla, môže viesť k faktickej nemožnosti exekúciu uskutočniť.

V iných prípadoch bude zrejme exekútor v zmysle § 34 Exekučného poriadku nútený žiadať o súčinnosť zriaďovateľa alebo iné subjekty disponujúce informáciou o stave majetku povinného (napr. Ministerstvo financií SR alebo NKÚ v zmysle § 3a ZoSMŠ). Tu je potrebné upozorniť tiež na skutočnosť, že exekútor by podľa platnej a účinnej právnej úpravy mal stav majetku v správe povinného poznať už v momente doručovania upovedomenia o začatí exekúcie, keďže je v zmysle § 47 ods. 4 Exekučného poriadku povinný zároveň doručiť povinnému aj oznámenie, v ktorom označí majetok podliehajúci exekúcii.

Ďalšou významnou a potenciálne problematickou skutočnosťou je to, že prípadný úspech povinného správcu v konaní o určenie, že exekútorom určený majetok podlieha relatívnej exekučnej imunite, má za následok zastavenie exekúcie. Pokiaľ teda exekútor na základe nejasne vyprofilovaného kritéria nevyhnutnej potrebnosti majetku na plnenie úloh štátu a dostupného prehľadu o majetku v správe správcu označí v upovedomení o začatí exekúcie a súvisiacom oznámení podľa § 47 ods. 4 Exekučného poriadku „nesprávny“ majetok, nemá možnosť toto pochybenie v danom konaní napraviť a pokúsiť sa exekvovať iný, správcom označený alebo navrhnutý majetok. V prípade zamietnutia návrhu má povinný ešte stále možnosť podať voči exekúcii námietky, keďže až momentom právoplatného zamietnutia návrhu nastávajú účinky doručeného upovedomenia o začatí exekúcie.

¹⁴ Wieczorek, B./Schütze, R. A./Lüke, W.: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze (Großkommentar). Band 4, §§ 808 - 915. 3. völlig neu bearbeitete Auflage, 1999. Walter de Gruyter GmbH & KG, Berlin, ISBN 3-11-016711-5. s. 1510

Predísť sporom o relatívnu exekučnú imunitu by mohlo pomôcť uzatvorenie písomnej dohody podľa § 56 ods. 10 Exekučného poriadku, čo však opäť predpokladá ochotu správcu dohodu uzavrieť. V určitých prípadoch bude pre uzatvorenie takejto dohody navyše nutný súhlas zriaďovateľa povinného správcu (napr. v zmysle § 8c ods. 2 ZoSMŠ), čo môže dohodovacie konanie skomplikovať.

Zo všetkých uvedených potenciálnych problémov je možné uzavrieť, že v zásade jediným majetkom, ktorý by mohol byť exekúciou postihnutý bez zásadnejších pochybností o jeho využití pri plnení úloh štátu resp. na verejnoprospešné ciele, je majetok správcom nevyužívaný, teda majetok prebytočný (§ 3 ods. 3 ZoSMŠ). Pre nakladanie s týmto majetkom však ZoSMŠ ustanovuje špecifické postupy a povinnosti v rámci ponukového a osobitného ponukového konania, pričom vzťah týchto ustanovení a exekučného poriadku nie je explicitne riešený, čo môže vyvolať aplikačné problémy najmä v prípade, ak bude začatá exekúcia na majetok, ktorý už je ponúknutý v rámci ponukového či osobitného ponukového konania. Nedá sa tiež úplne vylúčiť možnosť, že správca ako povinný z oznámenia exekútora zistí, ktorý jeho prebytočný majetok exekútor považuje za exekvovateľný, na základe čoho účelovo podá návrh na určenie, že tento majetok spadá pod relatívnu exekučnú imunitu. Podanie tohto návrhu má odkladný účinok vo vzťahu k účinkom upovedomenia o začatí exekúcie, a teda správcovi ešte nebolo právoplatne zakázané s majetkom nakladať, preto by správca mohol, napriek svojej vedomosti o začatom exekučnom konaní zrealizovať ponukové konanie, resp. osobitné ponukové konanie. V prípade úspešného prevodu tohto majetku v rámci ponukového konania alebo osobitného ponukového konania by už potom exekúcia nespĺňala požiadavku § 61c ods. 3 EP.

IV.

Napriek tomu, že nová právna úprava exekučnej imunity štátneho majetku je nepochybne ústavne konformnejšia a systémovejšia, než právna úprava predošlá, aplikačná prax zrejme narazí na viacero problémov, z ktorých niektoré sme sa pokúsili v tomto príspevku naznačiť. Je zrejme, že štát sa pri definovaní nových pravidiel vlastnej exekučnej imunity snažil do normatívnej podoby premietnuť špecifickú potrebu ochrany majetku štátu slúžiaceho na verejnoprospešné účely, pričom celkom prirodzene reflektoval nenormatívnu kategorizáciu majetku štátu na „podnikateľský“ a „nepodnikateľský“. Pomerne nejasné hranice vo vymedzení týchto kategórií však aj naďalej ponechávajú zrejme neprimerane široký priestor rozhodovacej činnosti súdov, bez jasného definovania kritériálnych limitov voľného uváženia pri skúmaní naplnenia podmienok relatívnej exekučnej imunity.

Použitá literatúra

- Beran, K.: Právnické osoby veřejného práva. Praha. Linde Praha a.s., 2006. 190 s. ISBN 80-7201-598-2
- Havlan, P.: Majetek státu v platné právní úpravě. 2. aktualizované a doplněné vydání. Praha. Linde Praha, a.s., 2006. 463 s. ISBN 80-7201-578-8
- Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti. 1. vydání. Praha. C. H. Beck. 2008. 306 s. ISBN 978-80-7179-617-6

Havlan, P.: Vlastnictví státu. Brno. Masarykova univerzita v Brně. 2000. 230 s. ISBN 80-210-2351-1

Klíma, K.: Teorie veřejné moci (vládnutí). 2. prepracované a rozšířené vydání. Praha. ASPI, a.s., 2006. 424 s. ISBN 80-7357-129-X

Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J.: Občanské právo hmotné 1. Díl první: Obecná část. Díl druhý: Věcná práva. 4. aktualizované a doplnené vydání. Praha. ASPI, a.s., 2005. 523 s. ISBN 80-7357-127-7

Švestka, J., Jehlička, O., Škárová, M., Spáčil, J. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. 10. jubilejní vydání. Praha. C. H. Beck. 2006. 1465 s. ISBN 80-717 9-486-4

Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M., a kol. Občanský zákoník I. § 1 až 459. Komentář. 2. vydání. Praha. C. H. Beck. 2009. 1371 s. ISBN 978-80-7400-108-6

Wieczorek, B., Schütze, R. A., Lüke, W.: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze (Großkommentar). Band 4, §§ 808 - 915. 3. völlig neu bearbeitete Auflage, 1999. Walter de Gruyter GmbH & KG, Berlin, 1820 s. ISBN 3-11-016711-5.

Kontakt

martin.vernarsky@upjs.sk

Доц. Олег Орловский

доцент кафедры гражданского права
Черновицкого национального университета имени Юрия
Федьковича, Украина

Влияние современных экономических процессов на уровень пенсионного обеспечения в Украине

Abstract

The influence of the objective laws of economic processes in the country on the formation of a new pension model are investigated. The key to the effectiveness of pension policy is the optimal combination of its economic and social factors. The pension system is an integral part of the economic system and at the same time a factor of national security. Close relationship between the level of economic processes and the level of pension provision is the main proof about the social stability of the state.

Становление в Украине трехуровневой пенсионной системы и формирование страховой модели пенсионного обеспечения происходит на фоне трансформации всей правовой системы. Определяющее влияние на формирование пенсионной политики государства имеют современные социально-экономические, демографические, социологические и политические факторы, которые становятся катализатором пенсионных преобразований. Н.А. Полящук верно подчеркивает, что право (законодательство) формально закрепляет экономические модели, цель, задачи, принципы экономических отношений, фиксирует рамки и границы вмешательства государства в экономику, закрепляет и гарантирует все формы собственности, определяет порядок юридического решения экономических отношений. В свою очередь экономика задает «характер» права, степень его присутствия в экономической жизни индивида и социума¹.

Пенсионное обеспечение - это не только одно из прав человека, но и необходимая составляющая социальной и экономической жизни каждой страны. Все развитые государства с рыночной экономикой реализуют такие

¹ Полящук Н. А. Соотношение права и экономики на современном этапе / Н. А. Полящук // Правовое обеспечение инновационного развития экономики Республики Беларусь : матер. Междунар. науч.-практ. конф. / редкол. : И. Н. Колядко (гл. ред.) [и др.] - Мн. : Позитив-центр, 2010. – С. 50.

стратегии развития, в которых социальные системы играют важную роль в борьбе с бедностью и обеспечивают экономическую стабильность, помогая гражданам одолевать основные жизненные риски и быстро адаптироваться к экономическим, политическим, демографическим и социальным изменениям². Пенсионная система является составной частью финансовой системы и одновременно фактором национальной безопасности. Она не только находится под влиянием определенных, внешних рисков, но и сама может быть их источником, прежде всего для социальных, экономических и политических составных частей безопасности государства³.

В Украине сегодня существует значительный диссонанс между декларируемыми целями, и практическими действиями в сфере пенсионного обеспечения. Расхождения связаны с тем, что ресурсные и институционные ограничения, которые существуют в украинском обществе, предоставляют довольно узкий спектр реальных возможностей осуществления пенсионных преобразований.

Конституция Украины определяет ее как социальное государство, что обуславливает проведение последовательной государственной политики, направленной на обеспечение достойного человека существования, в частности гарантирования надлежащего и достаточного уровня пенсионного обеспечения. Для выполнения этих задач в Украине был проведен ряд преобразований в социальной сфере, в частности проведены уже два этапа пенсионной реформы. Тем не менее, несмотря на важность реформирования и развития адекватной рыночным условиям системы пенсионного обеспечения, на протяжении продолжительного времени наблюдалось фактическое блокирование пенсионной реформы. Это привело к переводу Пенсионного фонда практически наполовину на дотации из Государственного бюджета. В 2012 году из общей суммы дефицита средств Пенсионного фонда Украины 27,2 млрд. грн. 15,3 млрд. грн. покрывались за счет средств государственного бюджета⁴.

Неадекватность пенсионной системы, которая базируется на сугубо фискальном перераспределении ресурсов, фактически изымая их из инвестиционного оборота, является очевидной. Чрезмерно высокие размеры пенсионных взносов служат причиной дополнительной нагрузки на экономику. Работодатели вынуждены выплачивать в Пенсионный фонд треть фонда оплаты труда, что отрицательно сказывается на себестоимости продукции, снижает ее конкурентоспособность. Такая нагрузка является непосредственным фактором «тенезации» занятости и доходов населения, препятствует эффективному использованию частного капитала как главного конкурентного преимущества в современной экономике. Особенно важными

² Шавишвили Д. В. О социальных последствиях реформирования Пенсионного обеспечения / Д.В. Шавишвили // Журнал новой экономической ассоциации. - 2012. - № 3 (15). - С. 193.

³ Коваль О. П. Ризики, загрози, пріоритети та наслідки реформування пенсійної системи України : аналіт. доп. / Коваль О. П.; за ред. Я. А. Жаліла. - К. : НІСД, 2012. - С. 15.

⁴ Інформація про виконання бюджету Пенсійного фонду України за 2012 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pfu.gov.ua/pfu/control/uk/publish/article?art_id=210010&cat_id=94750

эти проблемы кажутся в контексте современных евроинтеграционных процессов Украины, в частности, подписания Соглашения о зоне свободной торговли со странами ЕС и ее возможным последствиям для отечественной экономики.

Одним из потенциальных путей решения перечисленных проблем является слаженная работа всех уровней системы пенсионного обеспечения, предусмотренных Законом Украины «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании» от 9 июля 2003 года⁵. Первый уровень - солидарная система, которая базируется на принципе солидарности поколений и касается обеспечения пенсиями нынешнего поколения нетрудоспособных граждан. Сущностью такой системы является обязательное пенсионное страхование с целью компенсирования застрахованным гражданам дохода от трудовой деятельности, который они потеряли вследствие нетрудоспособности из-за наступления старости или инвалидности, а нетрудоспособные члены семей умерших застрахованных лиц, находившихся на их содержании, вследствие потери кормильца. Второй уровень - накопительная система - основывается на личном страховании на случай достижения пенсионного возраста, выполняющей роль дополнительной гарантии обеспечения определенного уровня жизни пенсионеров, что позволяет им достичь достойного уровня благосостояния после прекращения трудовой деятельности. Третий уровень - негосударственное пенсионное обеспечение - является дополнительным добровольным видом пенсионного обеспечения граждан, желающих получать инвестиционный доход от размещения их активов в негосударственных пенсионных фондах. Тем не менее, к сожалению, реформирование пенсионной системы Украины не дает ожидаемых результатов, а практическое применение новых законодательных актов приводит к резкой диспропорции в пенсионном обеспечении лиц, которые вышли на пенсию до введения в действие нового Закона, и лиц, которые выходят на пенсию сейчас.

Пенсионная система Украины унаследовала советскую государственную патерналистически-эгалитарную модель социального обеспечения, в которой государству отводилась ключевая роль в решении социально-экономических проблем всех социальных групп на уравнительной основе⁶. В основу своего функционирования указанная система всегда ставила такие критерии: 1) основание назначения и выплаты пенсий – старость или (и) стойкая продолжительная нетрудоспособность; источником обеспечения выступает государственный бюджет или специальные фонды, создаваемые государством, или при его содействии; 3) в большинстве случаев обеспечение связано с предыдущей трудовой или другой деятельностью⁷. Кроме этого, пенсионное обеспечение предоставлялось в денежной форме, которая являлась наиболее универсальной для удовлетворения разнообразных нужд граждан. Таким образом, на безальтернативной основе право социального обеспечения

⁵ Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9 липня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №49- 51. – Ст. 376.

⁶ Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс права социального обеспечения. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2008. – С.10.

⁷ Андреев В.С. Право социального обеспечения в СССР: Учебник. – М. : Юрид. лит., 1987. - С. 21.

сформировалось как публичная область. Как следствие, на протяжении продолжительного периода в обществе сформировались мощные патерналистические настроения, основывающиеся на материальном обеспечении всех без исключения нуждающихся, в форме прямых выплат из государственного бюджета. Социальное обеспечение рассматривается исключительно как обязанность государства, а личная заинтересованность в будущих пенсионных доходах полностью нивелируется. Такие идеи преобладают и на сегодняшний день. Так, согласно социологическим исследованиям «Пенсионная реформа в Украине: исследование общественной мысли 2010»⁸ о возможности участия в негосударственных пенсионных фондах как способе сбережения и инвестирования знают лишь 20% респондентов, при этом привлекательным его считают лишь 2%, а планируют использовать в будущем лишь 1% опрошенных. Одной из главных причин таких общественных настроений является крайне низкая осведомленность населения о пенсионной системе Украины, в частности о возможностях ее третьего уровня.

Специфика украинской социальной структуры создает почву для определения модели пенсионной политики. Структура украинского общества (преобладающее количество пенсионеров, тех, кто работает на государственных предприятиях, многодетные и неполные семьи, составляющие большинство взрослого населения страны) закладывает патерналистические ожидания населения, связанные именно с государством. Вдобавок, в Украине значительную часть составляет население, которое фактически не конкурентоспособно на рынке труда. Таким образом, существующая национальная структура населения страны существенно суживает возможности реализации либеральной пенсионной политики. В последующем приоритетность должна быть отдана другой модели, которую необходимо обработать и взвесить⁹.

В условиях неопатерналистического государства социальная функция осуществляется путем более широкого применения разнообразных методов реализации. Она призвана максимально стимулировать трудовую активность трудоспособных граждан, а при обеспечении пенсионеров и безработных субсидиарно решать эти проблемы как государством, так и негосударственными общественными структурами¹⁰. Очевидно, что в создании эффективного и справедливого пенсионного законодательства ключевую роль играют экономические устои общества как выразитель эффективности проведения социально-экономической политики по росту благосостояния граждан. Выдающийся ученый теории права С.С. Алексеев, подчеркивал, что в сфере экономической жизни правоотношения входят в юридическую

⁸ Пенсійна реформа в Україні: дослідження суспільної думки – 2010. – 22.07.2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://finrep.kiev.ua/download/pension_survey_22jul2010_ua.pdf.

⁹ Україна як соціальна держава: гасло для політичної конкуренції чи шлях до солідаризації суспільства? / О. М. Пішуліна, Я. А. Жаліло, С. І. Лавриненко, Д. С. Покришка / за заг. ред. В. Є. Воротіна. – К. : НІСД, 2009. – С.39.

¹⁰ Родионова О. В. Социальная функция современного государства: монография / Родионова О. В. - М. : Юрлитинформ, 2010. - С. 222.

надстройку именно (и только) как форма реальных отношений собственности, экономического обмена и т.п., при этом правоотношения в силу единства юридической формы и материального содержания являются связочным звеном между базисом и надстройкой. Правоотношения включаются в механизмы воплощения экономических законов, непосредственно вплетаются в ткань экономической жизни¹¹.

М.М. Шумило пишет, что «очевидно, что во время исследования права неиспользование или поверхностное использование результатов экономических исследований является недопустимым, а сами исследования не могут считаться полными. Экономика и право выступают тесно связанными науками и будущее правовых исследований без учета экономического аспекта являются малоперспективными или просто может свестись к исследованию права ради права, а не общества и государства. Только во взаимодействии экономики и права можно говорить об эффективности законодательства вообще и пенсионного в частности»¹². Эта мысль очень удачно подчеркивает взаимообусловленность экономических процессов в государстве и степень эффективности правового регулирования пенсионных отношений.

Реформа пенсионной системы Украины призвана изменить баланс экономических и социальных интересов в государстве, усилить стимулы к труду и детенизации заработной платы, к поощрению сбережений застрахованных лиц, диверсификации источников финансирования пенсий благодаря объединению взносов на социальное страхование и обязательных и добровольных накоплений¹³. На наш взгляд, в своей основе пенсионная реформа должна основываться на тщательно продуманных экономических показателях, поскольку ее главная цель - это повышение материального (имущественного) благополучия. В этом контексте следует говорить об успешном выполнении государством социальных задач, часто такое государство называют «государством благосостояния». А.Л. Осипян к функциональным экономическим основам такого государства относит следующие элементы: 1) осуществление политики выравнивания доходов для достижения социально-приемлемого уровня дифференциации доходов населения; 2) проведение активной политики касательно борьбы с безработицей для достижения эффективной занятости и оптимального привлечения трудовых ресурсов в производственном процессе; 3) деятельность по распределению и минимизации социальных рисков путем развития государственных и негосударственных систем пенсионного страхования, медицинского страхования и страхования от безработицы; 4) контроль в сфере

¹¹ Алексеев С. С. Общая теория права : учебник / Алексеев С. С. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Проспект. 2009. - С. 335.

¹² Пенсійні правовідносини в Україні : монографія / Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна, М. П. Стадник, А. А. Ширант, М. М. Шумило ; відп. ред. Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна. - К. : Вид-во «Юридична думка», 2013. – С. 25.

¹³ Криза розподільчої пенсійної системи в Україні та напрями диверсифікації «пенсійного портфеля» : аналіт. доп. / О. М. Пищуліна, О. П. Коваль, А. М. Авчухова. - К. : НІСД, 2010. - С. 3-4.

жизнедеятельности наиболее впечатлительных малообеспеченных слоев населения действующей системой социального обеспечения¹⁴.

Переход экономики от административно-плановой к рыночной, экономические кризисы, глобальные экономические процессы, миграция - все это отображается на пенсионном обеспечении вообще и правоотношениях в частности, поскольку государства стараются приспособить пенсионные системы к сложившейся ситуации, или же реформировать пенсионные системы, которые могли бы эффективно функционировать в новых экономических условиях¹⁵.

М.М. Шумило справедливо утверждает, что сотрудничество экономистов и юристов может иметь три последствия: 1) идеальным примером действенного функционирования пенсионной системы является правовое закрепление соответственно правилам юридической техники новой или модернизированной экономической схемы, функционирующей на практике; 2) даже при условии создания наилучшей экономической схемы в пенсионном обеспечении ненадлежащее ее закрепления с нарушением правил юридической техники усложняет реализацию экономических механизмов на практике, которая приводит к частым изменениям законодательства для устранения коллизий и пробелов; 3) предоставление правовой формы экономическим схемам в сфере пенсионного обеспечения, которые или не отвечают рыночным условиям, или преследуют популистские цели, могут привести к коллапсу социальной сферы, социальной напряженности и иметь крайне отрицательные последствия¹⁶. Очевидно, что залогом такого плодотворного сотрудничества станет успешность нововведений в сфере пенсионного обеспечения.

Для того, чтобы реализовать эффективные инструменты государственного регулирования пенсионной системы, следует опираться на факторы, определяющие ее развитие, в частности: макроэкономические (темпы роста и структура ВВП, индекс потребительских цен, количественные характеристики положения на рынке труда); демографические (рождаемость, смертность, продолжительность жизни, возрастная структура населения); социально-трудовые (ситуация на рынке труда, период трудовой активности и структура страхового стажа, уровень оплаты труда (доходы) лиц, которые платят взносы, величина прожиточного минимума трудоспособного и нетрудоспособного населения); собственные пенсионные (нормативные требования к условиям выхода на пенсию, пенсионные схемы и пенсионные программы, исторически обусловленная организационная структура самой

¹⁴ Осипян А. Л. Экономика государства благосостояния: основы и формирование в условиях рыночной трансформации: монография / А.Л. Осипян. – Донецк : Лебедь, 2001. - С. 98.

¹⁵ Пенсійні правовідносини в Україні : монографія / Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна, М. П. Стадник, А. А. Ширант, М. М. Шумило ; відп. ред. Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна. — К. : Вид-во «Юридична думка», 2013. — С. 29.

¹⁶ Пенсійні правовідносини в Україні : монографія / Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна, М. П. Стадник, А. А. Ширант, М. М. Шумило ; відп. ред. Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна. — К. : Вид-во «Юридична думка», 2013.. — С. 30.

сложившейся пенсионной системы)¹⁷. Вследствие максимального учета перечисленных факторов можно добиться реальных результатов пенсионной реформы и качественно повысить уровень социальной защиты населения. Тогда можно будет говорить, что государство проводит последовательную и надлежащую социальную политику. С.М. Прилипко отмечает, что надлежащая социальная политика – это система мероприятий, направленных на осуществление социальных программ, поддержки доходов, уровня жизни населения, обеспечение занятости, поддержка социальной сферы, предотвращение социальных конфликтов¹⁸.

Очевидно, что альтернативы пенсионной реформе в Украине не существует, поскольку обусловлена она комплексом социально-экономических и демографических факторов. В. Д. Роик верно отмечает, что пенсионная реформа должна быть социально приемлемой (на основе широкого общественного консенсуса), экономически обоснованной, а также учитывать реалии демографического положения и рынка труда¹⁹. Современные реалии пенсионной сферы Украины, как и большинства других государств, предопределяет финансово-экономический кризис, влияющий на все без исключения сферы общественной жизни. Важнейшие последствия мирового кризиса – социальное снижение деловой активности ведет к падению уровня занятости и благосостояния людей, снижение платежеспособности, сокращение поступлений в бюджеты всех уровней. Аналитики прогнозируют свертывание социальных проектов бизнеса. Общие расходы компаний уже имеют тенденцию к сокращению, и это происходит прежде всего за счет неприоритетных с точки зрения бизнеса позиций, среди которых – и расходы социального направления²⁰.

Как подчеркивалось в Объяснительной записке к Закону Украины «О мероприятиях по законодательному обеспечению пенсионной реформы» от 8 июля 2011 года²¹, представленной Кабинетом Министров Украины на рассмотрение народным депутатам, в качестве основных проблем, которые обусловили необходимость проведения пенсионной реформы 2010 г., Объяснительная записка определяет: демографическая - в Украине 13,7 млн. пенсионеров. Сейчас на 98 пенсионеров приходится 100 лиц, которые платят единый социальный взнос (2011 г.); отсутствие надлежащей дифференциации пенсий в зависимости от трудового стажа и страховых взносов. Ныне 1,5 млн. пенсионеров получают пенсии в пределах одного прожиточного минимума, в

¹⁷ Соловьев А. К. Пенсионное страхование : учеб. пособ. / А. К. Соловьев. — М.: Норма, 2011. - С. 218.

¹⁸ Прилипко С. М. Соціальне забезпечення як основний напрям соціальної політики / С. М. Прилипко // Правова держава. - 2008. — Вип. 19. - С. 267.

¹⁹ Роик В. Д. Пенсионная система России: вызовы XXI века и пути модернизации / Роик В. Д. - СПб. : Питер, 2012. - С. 75.

²⁰ Україна як соціальна держава: гасло для політичної конкуренції чи шлях до солідаризації суспільства? / О. М. Піщуліна, Я. А. Жаліло, С. І. Лавриненко, Д. С. Покришка / за заг. ред. В. Є. Воротіна. — К. : НІСД, 2009. — С.37.

²¹ Закон України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи» від 8 липня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. — 2012. - №12-13. — Ст. 82.

пределах двух прожиточных минимумов - 10,1 млн. пенсионеров; значительный разрыв между размерами пенсий по возрасту у женщин и мужчин: у женщин составляет в среднем 993,09 грн., у мужчин - 1441,93 грн.; несбалансированность бюджета Пенсионного фонда Украины.

Проблемой национального масштаба в Украине стало сокращение численности трудоспособного населения и плательщиков страховых взносов. В Программе содействия занятости населения и стимулирования создания новых рабочих мест на период до 2017 года²² приводятся данные о том, что в 2011 году численность лиц, застрахованных в системе общеобязательного государственного социального страхования, уменьшилась на 470,4 тыс. и составляла 12,1 млн. человек, а состоянием на 1 января 2012 г. практически равнялась численности пенсионеров. По мнению экспертов Аналитическо-совещательного центра Голубой ленты ООН количество плательщиков взносов в 2050 года уменьшится на 25%, а получателей пенсий возрастет на 8%²³.

Солидарная система не обеспечивает адекватного замещения пенсией заработка, потерянного в связи со старостью, не предотвращает распространение бедности среди граждан преклонного возраста. Поэтому все большим становится разрыв между средней пенсией по возрасту и средней зарплатой. Так, по данным Пенсионного фонда Украины в 2012 году средний размер пенсии в Украине составлял 1245 грн., а на 1 июля 2013 года этот показатель составлял 1483 грн, что почти на 66% больше законодательно установленного прожиточного минимума для нетрудоспособных граждан - 894 грн²⁴. Среднемесячная зарплата по Украине за этот же период 2013 года составила 3429 грн.²⁵ Вследствие этого большинство экономически активного населения Украины не связывает обеспеченность своей старости с государственным пенсионным обеспечением, а потенциальные инвестиционные ресурсы, которыми являются пенсионные взносы, учитывая их срочный характер, фактически «проедаются» обществом²⁶.

По нашему мнению, снижение динамики реальных доходов населения, диспропорции в сфере пенсионного обеспечения и поляризация общества являются результатом не только экономических процессов, но и отсутствия стратегии пенсионной политики, которая должна адаптировать общество к

²² Програма сприяння зайнятості населення та стимулювання створення нових робочих місць на період до 2017 року. Затверджена постановою Кабінету Міністрів України 15 жовтня 2012 року №1008. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1008-2012-%D0%BF/page>

²³ Програма розвитку Організації Об'єднаних Націй в Україні. Аналітично-дорадчий центр Блакитної стрічки. Демографічні та фінансові передумови пенсійної реформи в Україні: прогноз – 2050. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: http://www.undp.org.ua/files/ua_60467Demography_Pension_UKR.pdf

²⁴ Середня пенсія в Україні за 3 місяці зросла на 1 долар [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unian.ua/news/585689-serednya-pensiya-v-ukrajini-za-3-misyatsi-zrosla-na-1-dolar.html>

²⁵ Середньомісячна зарплата по регіонах України в 2013 році [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua.creditdeposit.com.ua/avgsalary>

²⁶ Україна як соціальна держава: гасло для політичної конкуренції чи шлях до солідаризації суспільства? / О. М. Піщуліна, Я. А. Жаліло, С. І. Лавриненко, Д. С. Покришка / за заг. ред. В. Є. Воротіна. – К. : НІСД, 2009. – С.33.

современной модели хозяйствования. К сожалению, социально-экономическая политика базируется на парадигме, согласно которой социальные расходы практически рассматриваются как нагрузка на экономику, а системное решение социальных проблем откладывается на период экономического оживления и подъема. В результате основоположные цели реформирования пенсионной системы остаются нереализованными.

По сути, реформа осуществила «косметический ремонт» пенсионной системы страны, а не была комплексной реформой, поскольку отсутствие качественно новой концепции и идеологии пенсионного страхования отечественного образца, и тем паче, любых реалистических гарантий и механизмов воплощения в жизнь задекларированных в ней целей, не разрешает говорить о реформе в аспекте истинных последствий²⁷.

Указанные выше отрицательные социальные последствия валютно-финансового кризиса обуславливают насущную необходимость перехода на новые концептуальные основы пенсионной политики в Украине, которые разрешат не только минимизировать последствия экономического кризиса, в частности, обеспечения достойного жизненного уровня населения, безработицу и т.п., но и сформировать современную модель пенсионного страхования, которая будет обеспечивать значительно более эффективные и менее инфляциогенные инструменты реализации социальной функции государства.

Проблемы пенсионного обеспечения являются актуальными на сегодня для большинства стран, независимо от уровня их экономического развития, ведь старение населения, сокращение количества плательщиков страховых взносов и негативные демографические показатели, рост безработицы являются общемировыми тенденциями, обострившимися на фоне финансового кризиса. Исследователи прогнозируют, что уже до 2030 года соотношение пенсионеров и работающего населения в развитых странах почти удвоится. По прогнозам ООН до 2050 года соотношение населения трудоспособного возраста к населению пенсионного возраста (свыше 65 лет) в странах с развитой рыночной экономикой в среднем снизится с 4,5 на сегодня до 2,2, а в отдельных странах будет еще большим: в Японии - 1,5, во Франции - 1,4, в Германии - 1,2, в Италии - 1. Аналогично и в Украине, по оценкам экспертов, ситуация также может усложниться, и в 2050 году соотношения будет 125 пенсионеров на 100 работающих²⁸. Желая решить финансовые проблемы, много стран повышают пенсионный возраст или перекладывают расходы на население. Во многих промышленно развитых странах он составляет 65 лет для женщин и мужчин (США, Япония, Канада, Швеция), в Норвегии - 67 лет. В Великобритании постепенное увеличение продолжительности возраста выхода на пенсию для женщин с 60 лет до 65 лет запланировано с 2010 до 2020 года. В Германии повышение пенсионного возраста для мужчин с 63 до 65 лет, а для

²⁷ Науково-практичний коментар Закону України «Про пенсійну реформу» / За заг. ред. Ю. І. Руснака. – К. : Центр учбової літератури, 2012. – С. 3.

²⁸ Матвієнко Є.П. Необхідність пенсійної реформи в Україні / Є.П. Матвієнко // Актуальні проблеми регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: тези доповідей та наукових повідомлень учасників III Міжнародної науково-практичної конференції, 7-8 жовтня 2011р. / За аг. ред. к.ю.н., доц. В. В. Жернакова. – Харків : Кроссрод, 2011. – С. 524.

женщин с 60 до 65 лет осуществляется с 2001 по 2012 год²⁹. Последние тенденции свидетельствуют о постепенном повышении пенсионного возраста в тех странах, которые еще к недавнему времени удерживали его на уровне 60 лет для мужчин и 55-57 лет для женщин. Так, в Италии уже сейчас пенсионный возраст составляет 62 года для мужчин и 57 лет для женщин. На непопулярные шаги относительно повышения пенсионного возраста до 65 лет для мужчин и женщин, а также на увеличение обязательных взносов в государственный пенсионный фонд вынуждено было пойти и правительство Франции³⁰. В Польше пенсионный возраст составляет 65 лет для мужчин и 60 лет для женщин, в Венгрии и Словакии - 62 года и для мужчин и для женщин. Среди стран постсоветского пространства Молдова постепенно повысила пенсионный возраст до 65 лет для мужчин и 60 - для женщин, Эстония - до 63 и 63 лет, Армения - до 65 и 63 лет, Казахстан - до 63 и 58 лет, Грузия - до 65 лет для мужчин и 60 лет для женщин. В сущности, пенсионный возраст пока остается неизменным лишь в Российской Федерации, Узбекистане и Беларуси.

В современных экономиках на макроуровне пенсионный возраст выступает одним из основных регуляторов соотношения между численностью пенсионеров и плательщиков пенсионной системы, влияя на ее сбалансированность и финансовую устойчивость. В той мере, в которой получение пенсии по возрасту означает прекращение работы, этот возраст становится также верхней границей трудоспособности, осуществляя влияние на совокупный спрос рабочей силы³¹.

Закон Украины «О мерах по законодательному обеспечению реформирования пенсионной системы» от 8 июля 2011 года №1058 ввел механизм поэтапного повышения возраста, дающего право выхода на пенсию по возрасту, до 60 лет. Соответствующие изменения были внесены в статью 26 Закона Украины «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании» от 9 июля 2003 года №3668, согласно которому лица имеют право на назначение пенсии по возрасту после достижения возраста 60 лет и наличия страхового стажа не менее 15 лет. Фактически, таким образом законодатель уравнил в Украине пенсионный возраст для мужчин и женщин.

В последние годы много стран приняли законодательство о постепенном выравнивании пенсионного возраста (например, Бельгия, Великобритания, Германия, Греция, Португалия). В Австралии повышение пенсионного возраста женщин происходит постепенно - на шесть месяцев каждые два года, начиная с 60 лет в 1995 году до 65 лет в 2013 году. В Австрии закон увеличил страховой стаж до 450 месяцев для мужчин младше 1940 года и женщин 1945 года³².

²⁹ Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения : учебник для бакалавров / Е.Е. Мачульская. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2012. – С. 192.

³⁰ Кіндратець О. М. Пенсійна політика в країнах Заходу / О. М. Кіндратець // Право України. – 2004. – № 3. – С. 132.

³¹ Малеева Татьяна, Синявская Оксана. Повышение пенсионного возраста: pro et contra / Т. Малеева, О. Синявская. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: strategy2020.rian.ru/load/366064118

³² Мачульская Е.Е. Цит. работа. – С. 531.

Заметим, что вопрос границ пенсионного возраста урегулирован международными стандартами. Соответственно Конвенции МОТ № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (1952 г.)³³ нормальным пенсионным возрастом считается одинаковый для мужчин и женщин возраст - 65 лет. Национальное законодательство может устанавливать и высший возраст с учетом средней продолжительности жизни и экономического состояния страны. Подчеркнем, что указанная норма Конвенции обязывает государства учитывать их экономическое положение.

Основными аргументами в пользу повышения пенсионного возраста в Украине стали доводы о том, что продолжительность жизни женщин выше продолжительности жизни мужчин а также указанные выше пенсионные реформы в зарубежных странах. При этом почему-то совсем не учитывался тот факт, что в развитых странах продолжительность жизни значительно выше, чем в Украине, и, соответственно, намного выше уровень материального благосостояния граждан. Согласно данным Государственного комитета статистики Украины состоянием на 1 января 2013 г., население Украины составляет 45 553, 0 тыс. чел.³⁴ По данным Госкомстата, на этот период уровень рождаемости в стране составлял 11 на 1000 населения, а уровень смертности достиг 14,5. Для сравнения: в странах ЕС показатель смертности - 6,3 (на 1000). По показателю смертности населения Украина опередила не только страны ЕС, а практически все страны бывшего СССР. Прогнозируемая продолжительность жизни в Украине составляет 69 лет, в странах ЕС - 74. Ожидаемая средняя продолжительность здоровой жизни в Украине 59,2 года, в странах ЕС - 67. Каждый десятый украинец не доживает до 35 лет, а каждый четвертый - до 60. Как утверждает глава комитета Верховной Рады Украины по вопросам здравоохранения Т.Бахтеева, «смертность мужчин трудоспособного возраста превышает аналогичный показатель даже в странах, где национальный продукт в 4,6 раза ниже, чем в нашей стране»³⁵. Приведенные показатели убедительно свидетельствуют, что повышение пенсионного возраста как для женщин, так и для мужчин само по себе социально-экономические и демографические проблемы отнюдь не решит.

Эксперты ООН считают, что низкая черта пенсионного возраста и, соответственно, меньшая продолжительность стажа предопределяют существенным образом низший размер пенсий и больший риск бедности женщин в старости. Ныне средний размер пенсий женщин составляет лишь 67% пенсии мужчин, тогда как соотношение размеров заработной платы

³³ Конвенція МОП № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення» (1952 р.) [Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://base.safework.ru/safework?hdoc&nd=808000004&start=80>

³⁴ Демографічна ситуація в Україні // Державна служба статистики України: експрес-випуск. - 2013. - № 10.2-42/81. - 15 лютого. - С. 2.

³⁵ Лобенко А., Курік М. Школярєві – атестат здоров'я / А.Лобенко, М. Курік // Дзеркало тижня. - 17 серпня 2012. - №28 // //Електронний ресурс. Режим доступу: http://dt.ua/HEALTH/shkolyarevi__atestat_zdorovya_-107185.html

женщин и мужчин составляет 75%³⁶. Как вывод утверждается, что в условиях рыночной экономики дифференциация пенсионного возраста по признаку пола является дискриминационной, поскольку уровень жизни зависит прежде всего от профессиональной карьеры и периода трудовой деятельности. Кроме того, разница в возрасте выхода на пенсию для мужчин и женщин расшатывает баланс механизма финансирования пенсий³⁷.

Можно согласиться с тем, что необходимость повышения пенсионного возраста назрела давно, она была объективно обусловлена состоянием нынешней пенсионной системы Украины. Однако решать глобальные экономические проблемы за счет граждан, в частности, женщин, которые выполняют чрезвычайно важную роль в обществе, государство, которое стремится стать социальным, не должно. Как справедливо подчеркивает Н.М. Хуторян, в связи с экономическим кризисом и массовым высвобождением работников работникам преклонного возраста, а особенно женщинам, тяжелее найти работу, чем молодым людям. Это приведет к тому, что мы оставим сегодняшних пенсионеров без средств к существованию, поскольку на работу их уже не хотят брать, а права на пенсию до 60 лет они не будут иметь³⁸.

Мировая практика свидетельствует, что пенсионные изменения в большинстве стран сопровождаются повышением пенсионного возраста и одновременным увеличением продолжительности страхового стажа. Поэтому, повысив пенсионный возраст для женщин в Украине, законодатель не мог не изменить и продолжительность страхового стажа, дающего право на пенсию. В частности, продолжительность страхового стажа, дающего право на пенсию по возрасту, увеличено с 5 до 15 лет. Для того, чтобы получить право на минимальную пенсию по возрасту, согласно ст. 28 Закона, мужчины должны иметь не менее 30, а женщины - не менее 25 лет страхового стажа. Вопрос надо ставить о том, каким образом указанные реформы отобразятся на реальном размере пенсий и будет ли способна пенсионная система адекватно реагировать на изменения экономической ситуации в государстве. Предусмотренное ч. 2 ст. 28 Закона увеличение за каждый полный год страхового стажа свыше 35 лет мужчинам и 30 лет женщинам пенсии по возрасту на 1 процент, но не более чем на 1 процент минимального размера пенсии по возрасту, не может служить законодательной гарантией, ведь является совсем мизерной мерой. Для заинтересованности человека в продолжительном труде и уплате страховых пенсионных взносов нужно разработать действенную финансовую основу, которая будет гарантировать

³⁶ Програма розвитку Організації Об'єднаних Націй в Україні. Аналітично-дорадчий центр Блакитної стрічки. Демографічні та фінансові передумови пенсійної реформи в Україні: прогноз – 2050. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: http://www.undp.org.ua/files/ua_60467Demography_Pension_UKR.pdf.

³⁷ Бенько І. Основи пенсійного забезпечення громадян України: проблеми та перспективи розвитку / І. Бенько // Наукові записки. – Вип. 14. – 2005.

³⁸ Хуторян Н.М. Другий етап пенсійної реформи в період незалежності України: проблемні питання / Н.М. Хуторян / Актуальні проблеми регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників III Міжнародної науково-практичної конференції, 7-8 жовтня 2011 р. / За ред. к.ю.н., доц. В.В. Жернакова. – Харків: Кросроуд, 2011. – С. 435.

действительно высокий размер пенсии при работе свыше установленной минимальной продолжительности стажа.

Нужно указать и на острую, на сегодня, проблему финансовой способности государства гарантировать гражданам надлежащие им пенсионные выплаты. Большой общественно-политический резонанс вызвало Украине решение Конституционного Суда Украины от 25 января 2012 г. № 3-рп/2012.³⁹ Соответственно этому документу, социальная защита государством лиц, имеющих право на обеспечение их в случае полной, частичной или временной потери трудоспособности, потери кормильца, безработицы по независимым от них обстоятельствам, а также в старости и в других случаях, предусмотренных законом, охватывает комплекс мероприятий, которые осуществляет государство в пределах его социально-экономических возможностей. Также указывается, что такие мероприятия могут быть обусловлены необходимостью предотвращения или устранения реальных угроз экономической безопасности Украины. Нормативно-правовые акты Кабинета Министров Украины, которыми регулируются бюджетные отношения, в частности вопросы социальной защиты за счет средств Государственного бюджета Украины, являются составляющей бюджетного законодательства соответственно п. 5 ч. 1 ст. 4 Бюджетного кодекса Украины. Итак, суды общей юрисдикции Украины во время рассмотрения дел касательно социальной защиты прав граждан должны применять нормативно-правовые акты Кабинета Министров Украины, принятые на основании и на выполнение Бюджетного кодекса Украины, других законов Украины, в том числе Закона о Государственном бюджете Украины на текущий год. Считаем, что содержание этого Решения прямо противоречит самой сущности социального государства, которым позиционирует себя Украина, и, в частности, искажает норму ст. 3 Конституции Украины о том, что в Украине человек, его права и свободы являются высшей социальной ценностью. Нынче Кабинет Министров Украины может своими постановлениями превратить любую правовую норму-правило поведения в сфере социального и пенсионного обеспечения в норму-декларацию⁴⁰. На практике это уже приводит к ограничению социальных прав для довольно многочисленной категории лиц.

Характеризуя экономическую обусловленность пенсионных преобразований, нельзя не вспомнить и то, что в значительной мере эффективность системы пенсионного обеспечения Украины нивелируется тем, что из трех ее уровней фактически работает лишь солидарный: система негосударственного пенсионного обеспечения пока не выполняет возложенных

³⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень ст. 1, ч. 1, 2, 3 ст. 95, ч. 2 ст. 96, пп. 2, 3, 6 ст. 116, ч. 2 ст. 124, ч. 1 ст. 129 Конституції України, п. 5 ч. 1 ст. 4 Бюджетного кодексу України, п. 2 ч. 1 ст. 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 // Вісник Конституційного Суду України. - 2012. - № 2. - С. 25–33.

⁴⁰ Пенсійні правовідносини в Україні : монографія / Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна, М. П. Стадник, А. А. Ширянт, М. М. Шумило ; відп. ред. Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна. - К. : Вид-во «Юридична думка», 2013. – С. 19.

на нее задач, а перспективы внедрения накопительного уровня вообще неопределенные. Попробуем проанализировать перспективы целесообразности накопительной системы пенсионного страхования сквозь призму ее экономической целесообразности.

Накопительная система пенсионного страхования способна осуществить мощное влияние на социально-экономическое состояние государства и может стать одним из главных факторов ее экономической безопасности благодаря направлению пенсионных активов на стимулирование развития производства и, одновременно, способна частично выполнять роль государства в пенсионном обеспечении граждан. Внедрение накопительной системы предусматривает частичную замену государственной пенсионной системы частными структурами обязательного накопления, построенными на принципе индивидуального финансирования пенсий самим гражданином за счет процента от заработной платы и инвестиционного дохода.

Поиск альтернативных форм солидарной государственной пенсионной системе является сегодня актуальными практически для всех зарубежных стран. Промышленно развитые государства эти вопросы уже решили довольно давно, создав эффективную правовую и финансовую основу накопительным системам. Во время проведения реформ в европейских государствах возникла система условно-накопительных счетов, что привело к ослаблению влияния демографической ситуации на пенсионную систему - увеличение продолжительности жизни и досрочного выхода на пенсию. В официальных документах ЕС установлены конкретные направления перехода к новым пенсионным схемам до 2020 года. Прогнозируется, что за этот период в пенсионных выплатах часть солидарной системы снизится с 84% до 64%, при этом накопительный компонент увеличится с 25% до 29%, а незначительная на сегодня часть добровольного частного страхования увеличится в три раза - с 1,5% до 4,5%⁴¹.

Актуальными на сегодня являются дискуссии о доминировании экономических или социальных факторов при построении накопительной составляющей пенсионной системы Украины. Прежде всего, это позиция о социальной составляющей, которая закреплена в нормативных документах, определяющих программу самой пенсионной реформы. В частности, Программой экономических реформ в Украине на 2010-2014 года⁴² предусмотрено, что целью и задачей реформы пенсионной системы (в том числе внедрения обязательной накопительной системы) является «усиление социальной защиты лиц, утративших работоспособность, обеспечение их жизни в результате стойкого развития пенсионной системы». Аналогичная норма закреплена и в Концепции дальнейшего проведения пенсионной

⁴¹ Законодательство зарубежных стран : обзорная информация. – Вып. 190. законодательство о пенсиях по старости европейских стран / Цивилев Р. М., Брагинский М. И., Ковачев Д. А. и др. – М., 2002. – С. 25.

⁴² Заможне суспільство, конкурентноспроможна економіка, ефективна держава: програма економічних реформ на 2010-2014 роки / Комітет з економічних реформ при Президенті України [Електронний ресурс. – Режим доступу: http://www.president.gov.ua/docs/Programa_reform_FINAL_1.pdf.

реформы⁴³, целью которой является «...дальнейшее эффективное и системное реформирование пенсионной системы, направленное на обеспечение уровня жизни людей преклонного возраста и других категорий граждан, утративших работоспособность, адекватного их жизненным нуждам, создание действенных механизмов защиты прав и интересов таких граждан; обеспечение стабильного функционирования и прозрачности пенсионной системы». В качестве ожидаемых результатов реализации Концепции декларируются внедрение справедливого механизма роста пенсионных выплат и создание справедливой, прозрачной пенсионной системы. Тем самым главной предпосылкой функционирования накопительной системы определена социальная составляющая. Существует и другая точка зрения, базирующаяся на мировой практике, согласно которой главной целью существования накопительной пенсионной системы рядом с социальной составляющей является формирование мощного инвестиционного ресурса, способного стабилизировать внутреннюю ситуацию в финансовой сфере и обеспечить дополнительную устойчивость в период финансовых кризисов.⁴⁴ Приверженцы этого взгляда в качестве главной цели внедрения накопительной системы усматривают не социальную, а макроэкономическую составляющую.

По нашему мнению, приоритетной целью построения системы пенсионных накоплений следует признать все-таки социальный фактор, ведь, в конечном счете, критерием эффективности самой пенсионной реформы является практический рост уровня доходов граждан, преодоление бедности и диспропорций в пенсионном обеспечении. Кроме того, это органически вписывается в задачу государства, стремящегося на практике стать социальным и правовым. Абсолютно уместной выдается мысль по этому поводу А.П.Коваля, осуществившего глубокий и комплексный анализ проблем становления накопительной системы в Украине. По его мнению, обе вышеприведенные точки зрения являются по-своему правильными, и вдобавок не противоречат себе, дело заключается в подчиненности целей⁴⁵. Автор пишет что, «...сам по себе рост ВВП, создание добавленной стоимости, экономический подъем и т.п. не могут быть самоцелью, по крайней мере в социальном государстве, которым позиционирует себя Украина согласно Конституции. Очевидно, гарантированность регулярных поступлений денежного ресурса в обязательной накопительной системе должна использоваться во благо граждан, прежде всего – будущих пенсионеров способом стимулирования реального сектора национальной экономики через надежные финансовые инструменты с целью создания добавленной стоимости». Тяжело не согласиться с утверждением А.П. Коваля о том, что обеспечение достойной старости является высшей конечной целью внедрения накопительной системы, тогда как стимулирование экономики, увеличение поступлений в ПФУ через создание дополнительных рабочих мест и т.п.

⁴³ Концепція подальшого проведення пенсійної реформи / Схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 14 жовтня 2009 року №1224-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pension.kiev.ua/files/PensionReformConcept_Oct14_2009_ukr.pdf

⁴⁴ Ким або чим жертвувати // Україна Бізнес Ревю. – 2010. – 1 квітня. - № 13.

⁴⁵ Коваль О. П. Проблеми становлення накопичувальної складової пенсійного забезпечення в Україні: аналіт. доп. / О. П. Коваль. – К. : НІСД, 2011. – С. 6.

являются производными от нее⁴⁶. Заметим, что социальные и экономические факторы построения эффективной модели накопительной системы пенсионного страхования взаимно дополняют друг друга. Именно поэтому объединения частных и публичных основ правового регулирования в такой модели способно реализовать запрограммированную цель ее создания.

Вопрос внедрения накопительного пенсионного страхования в Украине пока, к сожалению, не решен. Хотя еще Стратегией развития пенсионной системы, утвержденной распоряжением Кабинета Министров Украины от 15 декабря 2005 года № 525-р. создание обязательной накопительной системы было определено приоритетной задачей.

Соответственно п.9 Заключительных положений Закона Украины №1058 от 9 июля 2003 года⁴⁷ «принятие закона о направлении части страховых взносов в Накопительный фонд осуществляется лишь после выполнения таких условий: обеспечение выплаты пенсий в солидарной системе в размере, предусмотренном частью третьей статьи 46 Конституции Украины; сбалансированности бюджета Пенсионного фонда соответственно международным стандартам бухгалтерского учета; создание институциональных компонентов функционирования накопительной системы пенсионного страхования, в том числе: полного внедрения системы персонифицированного учета и создание системы автоматизированного рапортования относительно состояния накопительных пенсионных счетов застрахованных лиц с учетом состояния пенсионных активов; создание программно-технического комплекса для системы собирания страховых взносов в Накопительный фонд, совместимому с системой электронных переводов банков; принятие законодательных актов, необходимых для функционирования накопительной системы пенсионного страхования; назначение всех членов Совета Накопительного фонда; проведение тендеров и заключение договоров с компаниями по управлению активами, хранителем и аудитором Накопительного фонда; обретение опыта работы системы негосударственного пенсионного обеспечения; обеспечение финансирования из государственного бюджета утраченной части страховых средств в солидарной системе в связи с перечислением части страховых взносов в Накопительный фонд. Заметим, что Законом Украины №3668 от 8 июля 2011 года⁴⁸ было упразднено такое условие внедрения накопительной системы, как экономический рост страны на протяжении двух последних лет, а именно: если в каждом из них валовой внутренний продукт возрастал не меньше чем на 2 процента сравнительно с предыдущим годом. Вместе с тем ст.1 данного Закона отмечает, что перечисление страховых взносов в Накопительный пенсионный фонд вводится начиная с года, в котором будет обеспечена бездефицитность бюджета Пенсионного фонда Украины. Подчеркнем еще раз, что сумма реального

⁴⁶ Коваль О. П. Цит. праця. – С. 6.

⁴⁷ Закон України «Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування» від 3 липня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 49-51. – Ст. 1.

⁴⁸ Закон України «Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи» від 8 липня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. - 2012. - № 12-13. – Ст. 82

дефицита средств Фонда в 2012 году достигла 27,2 млрд. грн., из которых 15,3 млрд. грн. покрывались за счет средств государственного бюджета, предусмотренных на эту цель Законом Украины “О Государственном бюджете Украины на 2012 год.”⁴⁹ Если принять во внимание вышеприведенные показатели дефицита бюджета Пенсионного фонда Украины на данное время, то вопрос внедрения накопительной системы может быть отложен еще на много лет. Считаем, что условие о бездефицитности бюджета Пенсионного фонда является существенной преградой на пути реформирования пенсионной системы. Справедливой является мысль известного украинского ученого Н.Н. Хуторян о том, что введение накопительной системы пенсионного страхования не следует связывать с бездефицитностью бюджета Пенсионного фонда, обеспечивающего в данное время солидарную систему пенсионного страхования. П.3 ст.1 Закона от 8 июля 2011года предусмотрено, что страховые взносы в Накопительный фонд являются составной частью взноса на общеобязательное государственное социальное страхование, уплаченного участниками накопительной системы пенсионного страхования. Н.Н. Хуторян справедливо подчеркивает: если 2%, а в дальнейшем 7% будут платиться работниками свыше размера отчислений от базы начисления единого взноса, предусмотренного ст.8 Закона Украины «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании», тогда не выдерживает критики аргументация относительно невозможности введения накопительной пенсионной системы в связи с дефицитом бюджета Пенсионного фонда, поскольку взносы в Накопительный пенсионный фонд будут отчисляться независимо от взносов на общеобязательное государственное пенсионное страхование (в солидарной системе)⁵⁰.

Тем не менее не только такое условие является преградой для внедрения накопительного уровня пенсионного страхования. Важно выполнить и другие неотложные задачи: ввести систему персонифицированного учета и обеспечить доступ застрахованных лиц к информации на накопительном пенсионном счету, сбалансировать бюджет Пенсионного фонда соответственно международным стандартам бухгалтерского учета, обеспечить финансирование из государственного бюджета утраченной части страховых взносов в солидарной системе, усовершенствовать регламентирование работы Накопительного пенсионного фонда. Четкая и последовательная реализация приведенных условий станет залогом успешности внедрения накопительного пенсионного обеспечения. Очевидно, что второй уровень пенсионной системы будет внедрен законодателем после формирования необходимых экономических предпосылок и создания эффективной системы государственного надзора и регулирования в этой сфере.

С.В. Дрижчана верно отмечает, что сегодня тяжело прогнозировать, с какими проблемами и вопросами столкнется практика внедрения накопительной системы, но опыт стран, которые ее уже ввели, и опыт

⁴⁹ Інформація про виконання бюджету Пенсійного фонду України за 2012 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pfu.gov.ua/pfu/control/uk/publish/article?art_id=210010&cat_id=94750

⁵⁰ Хуторян Н. Нова пенсійна реформа в період незалежності України: проблемні питання / Н. Хуторян // Право України. – 2012. - № 6. – С. 35.

специалистов учитывать необходимо. Вместе с тем уже сегодня понятно, что с целью упрощения накопительный механизм запуска второго уровня должен быть максимально унифицированным, простым, понятным и минимально зависеть от воли и желания отдельных субъектов системы пенсионного страхования, альтернативности действий должностных лиц, от которых зависит принятие управленческих решений, степени информированности участников, квалификации и подготовленности специалистов кадровых, бухгалтерских и финансовых служб предприятий, учреждений и организаций – работодателей, работников Пенсионного фонда Украины, администраторов НПФ и т.п.⁵¹.

Подытоживая вышеизложенное, можно сказать, что отношения в сфере пенсионного обеспечения непосредственным образом связаны с экономическими факторами. По этому поводу следует поддержать мысль М.М. Шумила, который пишет: «возвращаясь к вопросу, что является основой пенсионного обеспечения, можно бесспорно утверждать, что это прежде всего экономические отношения»⁵². В пенсионных отношениях отображаются определенные экономические отношения, влияющие на их содержание. Функционирование тщательно обдуманной и взвешенной системы социальной защиты, которая оптимально объединяет публичные интересы государства и частную заинтересованность всех граждан в качественном материальном обеспечении в итоге приводит к повышению уровня имущественного благосостояния, оказывает содействие экономическому росту, стабилизации всей общественно-политической ситуации в государстве. Другими словами, органическая взаимосвязь между уровнем развития экономических процессов и уровнем социального обеспечения разрешает считать государство социально стабильной. Поэтому эффективность пенсионных отношений прямо зависит от их экономического обоснования. Проводить пенсионные реформы нужно параллельно с кардинальными мероприятиями по стимулированию рождаемости, сокращению уровня смертности, введением института медицинского страхования. Острой является проблема обеспечения занятости молодого поколения, создания новых рабочих мест, проведения умной налоговой политики по стимулированию трудоустройства граждан.

Эффективной пенсионной политикой на современном этапе будет лишь та политика, которая дает как экономический, так и социальный эффект. Соответственно, активное и последовательное реформирование пенсионных отношений будет выступать катализатором экономического роста.

⁵¹ Правові проблеми пенсійного забезпечення в Україні : монографія / Н. М. Хуторян, М. М. Шумило, М. П. Стадник [та ін.]. – К. : Ін Юре, 2012. – С. 212-213.

⁵² Пенсійні правовідносини в Україні : монографія / Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна, М. П. Стадник, А. А. Ширант, М. М. Шумило ; відп. ред. Н. М. Хуторян, Я. В. Сімутіна. - К. : Вид-во «Юридична думка», 2013. – С. 28.

*Отрадна Олеся кандидат юридических наук, доцент кафедры
гражданского права*

Киевский национальный университет им. Т. Шевченко

Американское деликтное право – от истоков к современности

Abstract

An article is devoted to historical and modern aspects of American tort law. Torts appeared in Common law system many centuries ago and till modern time tort doctrine passed through different approaches from expansion of torts to their constriction because of insurance relations.

In American legal doctrine there is no exact definition of tort, so different researcher give different definition to this phenomenon. But in general tort is define as non-contractual damage and harm compensation which has such functions as compensation, deterrence, appeasement and vindication of rights, punishment and loss distribution.

Torts in American legal system are divided into three groups: intentional, negligent and strict liability. Intentional torts include battery, assault, infliction of mental distress, false imprisonment, trespass to land, trespass to chattel, conversion etc. Negligence is connected with risks. Strict liability takes place in cases of abnormally dangerous activities and product liability.

Институт гражданско-правовых деликтов (torts) широко известен американскому праву. Английское слово «tort» (деликт) произошло от латинского слова “tortus” – деформация, искривление. Известный в США исследователь деликтного права проф. У.Л. Проссер (W. L. Prosser) даже приводит такую метафору: «Деликт – это поведение кривое, нечестное, неправильное»¹. Исследователи отмечают, что в английском языке термин «tort» появился из древнего нормандского французского языка, который в свое время был рабочим языком английских королевских судов².

В англо-американской системе права деликт (tort) – это институт, глубоко уходящий корнями в историю права. В средневековье для того, чтобы защитить нарушенное право, судья прежде всего должен был запросить королевский приказ (writ). Королевские приказы выдавались только по строгим

¹ William L. Prosser. Handbook of The Law of Torts. 3-d edition. – St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1964. – p. 2

² Carol Harlow. Understanding Tort law. – 3-d ed. – London.: “Sweet & Maxwell ltd.”, 2005. – p. 1

основаниям: если правонарушение не попадало ни под какое из известных оснований, нарушенное право оставалось без защиты. Таким образом, в праве США, также, как и в римском частном праве развитие положений о деликтах начиналось с обособления отдельных типов деликтов. Но в отличие от континентального права, в котором в конце концов были разработаны единые принципы деликтной ответственности и единые критерии отнесения того или иного поведения к деликтам, в США и на сегодня существуют отдельные группы и типы деликтов, каждый из которых является самостоятельным и имеет свои собственные исковые обоснования и критерии. «Каждый из них (*типов деликтов – О.О.*) предназначен для защиты совершенно определенных интересов граждан против столь же определенных форм их нарушения»³.

Деликтное право в США не развивалось как самостоятельная сфера научных интересов до середины 19 века. На сегодня исследователи выделяют такие основные исторические этапы (эры) развития американского деликтного права⁴:

1. Эра умышленных деликтов: 1200-1825 г.г. В этот период правовая защита предоставлялась исключительно потерпевшим от умышленных правонарушений (телесные повреждения, изнасилование, незаконное лишение свободы, нарушение владения и т.п.) Умышленные деликты касались как нарушения личных прав граждан, так и нарушения имущественных прав физических и юридических лиц.

В этот довольно-таки длительный период были выработаны основные правила ответственности за умышленные правонарушения. Так в 1616 г. в деле *Weaver v. Ward* судом было выведено правило, согласно которому ответчик не должен отвечать за противоправное действие, которое произошло абсолютно случайно полностью без его вины⁵. В 1799 г. впервые понятие «профессиональный риск» было использовано в качестве аргументации привлечения причинителя вреда к ответственности. В 1820 г. судами было закреплено правило, согласно которому хозяин несет ответственность за действия слуги только если последний действовал по приказанию хозяина и в его интересах. Это правило в дальнейшем развилось в положения об ответственности работодателя за действия своих работников.

2. Эра неосторожности: 1825-1944 г.г. Парадигма неосторожности начала развиваться в американском деликтном праве в середине 19 столетия для обеспечения компенсации жертвам технических аварий. Середина XIX века в США сопряжена с большим количеством аварий на железнодорожном транспорте, а также при эксплуатации новых видов транспорта, в частности пароходов и автомобилей. В связи с этим изначально правила о неосторожности возникли как право аварий на железных дорогах, пароходах, автомобилях. Целью этих правил было предотвращение «виновной небрежности» в поведении, которая может привести к нанесению вреда. В 1883

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х тт. - Том 2. – пер с. нем. - М.: «Международные отношения», 1998. – с. 372

⁴ Смотри Koenig Thomas H., Rustad Michael. L. In defense of Tort Law. – New York: “New York University Press”, 2001. – p. 11-68

⁵ Koenig Thomas H., Rustad Michael. L. In defense of Tort Law. – New York: “New York University Press”, 2001. – p. 14

г. Верховный суд определил неосторожность как неосуществление обычной в данной ситуации заботы и неприменение имеющихся навыков.

3. *Эра прогресса деликтного права 1945-1980 г.г.* Период после 2-й Мировой Войны в американском деликтном праве характеризуется расширением прав потерпевшего и средств правовой защиты. На данном этапе начали появляться судебные решения, связанные с возмещением вреда, причиненного недостатками товаров, медицинскими ошибками, нечестной деятельностью страховых компаний, вреда, нанесенного на почве национальной вражды и т.п. В литературе по деликтному праву США встречается утверждение, что «послевоенный период в деликтном праве принадлежал потерпевшему»⁶.

В этот период в американском праве появилось понятие «сравнительная неосторожность» (comparative negligence). Данное понятие означало сравнение поведения правонарушителя и потерпевшего. И если оказывалось, что потерпевший сам также виновен в нанесении ему вреда, сумма компенсации могла быть уменьшена либо в компенсации могло быть отказано вовсе.

4. *Эра сокращения сферы действия деликтного права 1981-до наших дней.* Последние несколько десятилетий в американском праве характеризуются сокращением сферы действия деликтного права в связи с тем, что Конгресс и законодательные органы отдельных штатов приняли ряд актов, защищающих причинителя вреда. Так во многих штатах была отменена возможность взыскания карательных, экономически необоснованных убытков, ограничена сравнительная неосторожность, уничтожена совместная ответственность нескольких лиц. Такая реформа по мнению многих исследователей подрывала величайшее социальное преимущество деликтного права – возможность предотвращать и ограничивать новые формы угнетения и нанесения вреда. Вместе с тем и на сегодня сфера действия деликтного права в США довольно широка. И сегодня гражданин, потерпевший от незаконных действий крупной корпорации или от медицинской ошибки, может взыскать причиненный ему вред в полном размере. Миллионные иски к корпорациям в связи с причинением вреда еще не стали в Америке чем-то необычным.

Более того на сегодня в американском праве можно проследить некоторые новые тенденции развития деликтного права, новые сферы, в которых становится возможным причинение вреда, а поэтому появляются иски о возмещении причиненного вреда.

Перспективными сферами применения положений деликтного права считаются сфера здравоохранения (возмещение вреда, причиненного вследствие медицинских ошибок, применения недостаточно протестированных медицинских препаратов и т.п.); информационная сфера, в частности всемирная сеть Интернет. Распространенными являются иски к табачным компаниям, связанные с причинением вреда употреблением их продукции. Современному праву США известны также иски против так называемых «групп ненависти» (Hate Groups) – групп лиц, умышленно причиняющих вред на почве национальной, расовой, религиозной и т.п. вражды и ненависти.

⁶ Koenig Thomas H., Rustad Michael L. In defense of Tort Law. – New York: “New York University Press”, 2001. – p. 47

В США распространены так называемые групповые иски, когда пострадавшие от продукции либо деятельности той или иной компании совместно обращаются с иском о компенсации причиненного каждому из них вреда.

Развитие информационных и иных технологий в XXI веке безусловно добавит новые сферы деятельности, в которых может быть причинен вред жизни, здоровью или имуществу потерпевшего, что приведет к дальнейшему расширению сферы действия деликтного права.

Определение деликта и его функции

В праве США не существует законодательного определения понятия «деликт» (tort). Не выработан единый подход к определению термина «деликт» и среди американских исследователей. Это действие, нарушающее чужое право, или это обязательство возместить нанесенный вред – и то и другое называют деликт (tort).

Так энциклопедия «Британника» определяет деликт как правовой термин, охватывающий широкий круг вредоносного поведения, от физического нападения до повреждения чьей-то вещи, вмешательства в экономические интересы, посягательства на честь, репутацию, приватность (privacy)⁷. Профессор К.С. Абрам (K.S. Abraham) пишет, что деликт – это право частных лиц получить денежное вознаграждение от тех, кто причинил им травму или вред⁸. Юридический словарь Стивена Гифиса (Steven H. Gifis) устанавливает, что деликт – это частное или гражданское правонарушение, являющееся результатом нарушения правовой обязанности, существующей скорее в силу ожиданий обществом тех или иных стандартов межличностного поведения, чем в силу наличия контракта или иных частных отношений⁹.

Профессор У.Л. Проссер (W. L. Prosser) утверждает, что понятие «деликт» (tort) вообще нельзя определить прямо. Деликт, по его мнению, это гражданский вред, нанесенный иным способом, чем нарушение контракта, в связи с чем суд предлагает средства защиты в виде возмещения вреда¹⁰. Подобную же позицию занимает и иной известный исследователь общего права США Оливер У. Холмс мл. (Oliver W. Holmes jr.), который в своей основной работе «Общее право» (Common law) в лекции, посвященной деликтам, писал, что общий взгляд на поведение, вследствие которого право принуждает лицо осуществить возмещение нанесенного вреда, очень сложно сформулировать. Право зарождалось не из теории и никогда ее не разрабатывало¹¹.

⁷ Torts // The New Encyclopedia Britannica. Volume 28., founded in 1768, 15th edition. - Macropedia Knowledge in depth, 1988. – p. 739

⁸ Kenneth S. Abraham The Forms and Functions of Tort Law. Third edition. – New York, “Foundation press”, 2007.

⁹ Law dictionary / by Steven H. Gifis. – 5th ed. – New York.: “Barron’s Educational Series, Inc”, 2003. – p.524

¹⁰ William L. Prosser. Handbook of The Law of Torts. 3-d edition. – St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1964. – p. 5

¹¹ Оливер У. Холмс – младший. Общее право. Лекция 3. Деликты. Нарушение права и небрежность. пер. Г.А. Есакова // Журнал «Российское право в Интернете», № 2003 (04) – www.rpi.msal.ru/prints/200304index.html

Не найдя возможности дать единое определение понятию «деликт» (tort), американские исследователи предлагают улучшить понимание данного правового института через определение его функций. Различные исследователи деликтных отношений выделяют разные функции деликтов в зависимости от ситуации. Вместе с тем анализ таких исследований позволяет выделить несколько основных направлений функционального предназначения деликтов в американском праве. Основными функциями деликтов по мнению большинства специалистов являются следующие:

- 1) Компенсация нанесенного вреда (compensation);
- 2) Сдерживание (deterrence) или предупреждение причинения вреда;
- 3) Успокоение и виндикация (восстановление) нарушенных прав (Appeasement and vindication of rights)
- 4) Наказание (punishment);
- 5) Распределение затрат (Loss distribution).

Компенсация нанесенного вреда (compensation) в целом является одной из основных функций деликтов в праве США, и это признается практически всеми исследователями¹². Проф. У.Л. Проссер (W. L. Prosser) считает компенсационную функцию деликтов не только основной, но и квалифицирующей функцией, с помощью которой можно отличить деликты от иных институтов права. Он пишет следующее: «Договорная ответственность направлена на защиту интересов конкретного лица от нарушения данных ему в договоре обещаний. Квазидоговорная ответственность создана во избежание неосновательного обогащения... Уголовное право призвано защищать интересы общества, представленного государством. И остается единая отрасль права, направленная четко на компенсацию самому потерпевшему, а не обществу, нанесенного ущерба. Это – деликтное право»¹³.

В исследованиях американских ученых, посвященных компенсационной функции деликтов, часто встречаются мнения, что данная функция не всегда выполняется на 100 %. Причиной этого являются во-первых, высокие затраты на организацию взыскания (уплата пошлин, оплата услуг адвоката, привлечение свидетелей и т.п.) и большие временные затраты. А во-вторых, не все потери, понесенные потерпевшим вследствие нарушения, могут быть компенсированы абсолютно (например, нанесение вреда здоровью, моральный вред и т.п.).

Практически все исследователи деликтных обязательств в США признают выполнение деликтами функции сдерживания (deterrence) или предупреждения нанесения вреда. «Задание деликтной ответственности – не только возобновить состояние потерпевшего в уже имеющемся правонарушении, но и помочь предотвратить будущие вредоносные действия путем запугивания возможного правонарушителя применением к нему мер

¹² Див. Kenneth S. Abraham The Forms and Functions of Tort Law. Third edition. – New York, “Foundation press”, 2007. – p. 18; Mark Geistfeld. A. Tort law: The Essentials. – New York, “Aspen Publishers”, 2008. – p. 42 тощо.

¹³ William L. Prosser. Handbook of The Law of Torts. 3-d edition. – St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1964. – p. 5-6

ответственности в случае совершения правонарушения¹⁴. Проф. У.Л. Проссер (W.L. Prosser) в свою очередь утверждает, что привлечение к ответственности принуждает и самого нарушителя быть более осторожным в будущем. Так перевозчик, отвечающий за безопасность пассажиров, будет более тщательно осуществлять их досмотр на безопасность. Производитель товаров, ответственный перед покупателем за их недостатки, будет делать все от него зависящее для недопущения недостатков.

Идея успокоения (appeasement) была одной из главнейших целей деликтных обязательств на ранних этапах существования англо-саксонской правовой системы. Древнее право было больше обеспокоено не предупреждением правонарушений в целом, а предупреждением продолжения конкретного правонарушения, когда потерпевший в качестве мести наносил вред причинителю. Деликтные иски тогда служили способом недопущения длительной вендетты: потерпевший получал право подать в суд жалобу на причинителя вреда как альтернативу личной мести.

Восстановление прав как функция выполняется деликтными обязательствами в некоторых случаях нарушения прав потерпевшего, когда денежная компенсация материальных затрат не является для него единственной и главной целью (в случае оскорбления, незаконного лишения свободы, диффамации и т.п.)¹⁵.

Функция наказания на сегодня не считается основной для деликтных обязательств в США. Вместе с тем юрисдикции некоторых штатов и до сегодняшнего дня оставили элементы наказания для некоторых видов деликтов. Так в штатах Нью-Хемпшир и Мичиган возможно взыскание так называемых карательных убытков (punitive damages). Карательные убытки выплачиваются потерпевшему сверх суммы возмещения его реальных убытков с целью наказать виновного причинителя вреда и предупредить нарушение им прав потерпевшего в будущем. Вторая цель такого наказания – компенсировать потерпевшему убытки, которые нельзя официально доказать и добиться их компенсации (плохое настроение, затраты, косвенно связанные с деликтом и т.п.).

Карательные убытки применяются исключительно в случае умышленного причинения вреда потерпевшему и не могут быть взысканы, если причинитель вреда действовал неосторожно либо привлекается к ответственности без вины.

Функция распределения затрат (loss distribution) считается одной из самых молодых функций деликтных обязательств и связана с появлением в правовой практике случаев ответственности без вины (strict liability). Ответчиками в таких случаях часто являются производители и продавцы продукции. Они часто страхуют свою ответственность, но даже если нет, убытки, получаемые вследствие выплаты компенсаций потерпевшим, не возлагаются исключительно на их плечи. Такие убытки частично

¹⁴ Kenneth S. Abraham The Forms and Functions of Tort Law. Third edition. – New York, “Foundation press”, 2007. – p. 16

¹⁵ Graham Stephenson. Source book on TORTS, 2-d edition. – London.: Cavendish Publishing limited, 2000. – p. 6

перекладываются на потребителей, оплачивающих повышенную цену товара, либо на акционеров (учредителей), недополучающих свой доход.

Распределение затрат считается в США экономически обоснованной функцией деликтов. Так исследователи считают, что если потерпевший получил убытков на \$ 500, то экономически правильнее будет распределить эти убытки между 500-тами субъектами, каждый из которых заплатит \$ 1, чем возлагать возмещение всей суммы на одного субъекта. При этом невиновность потребителей и/или акционеров в причинении вреда потерпевшего парируется невиновностью и самого производителя или продавца товара, несущих повышенную ответственность независимо от своей вины.

Таким образом, как писал проф. К.С. Абрам (K.S. Abraham) в своей работе «Формы и функции деликтного права» (Forms and functions of tort law) деликтное право в США в той форме, в которой оно действует сегодня, служит не достижению какой-то единой цели, а достижению различных целей в зависимости от ситуации. Деликтное право при этом выполняет смешанный набор функций. В некоторых случаях доминирует функция достижения справедливости или компенсационная, в других – функция предупреждения или функция распределения затрат. И это нужно понимать при исследовании деликтных обязательств в праве США¹⁶.

Подобный подход безусловно можно применять к любым сложным и многофункциональным институтам, в частности к деликтным обязательствам. Американским ученым-юристам, в отличие от исследователей из стран континентального права, не свойственно делать обобщения правовых категорий. В связи с этим квалификацию правоотношения как деликтного они осуществляют не на основании его определения и анализа квалифицирующих признаков, а на основании анализа выполняемых функций. Если правоотношение направлено на достижение целей, которые обычно достигаются с помощью деликтов, его можно квалифицировать как деликтное правоотношение. В связи с этим практически все исследователи американского деликтного права уделяют повышенное внимание анализу функций деликтов в праве США.

Раздробленность и не всегда четкая определенность некоторых правовых положений в сфере деликтных обязательств не лучшим образом отображается на деятельности судебной системы и защите нарушенных прав граждан. В связи с этим примерно с конца XIX века в США были приняты меры для частичной унификации правовых норм и внесения в них некоторой ясности и определенности. В области деликтного права в этой связи следует упомянуть частную кодификацию деликтов – Restatement of the law of torts (Свод положений деликтного права). Данная кодификация (на сегодня действует ее второе издание, а также третье издание, посвященное отдельным видам деликтов) не является нормативным актом и не содержит правовых норм, однако она имеет большой авторитет и широко используется судами при рассмотрении конкретных дел.

¹⁶ Kenneth S. Abraham The Forms and Functions of Tort Law. Third edition. – New York, “Foundation press”, 2007. – p. 20

Основания возникновения деликтного обязательства

Для того чтобы возникли деликтные правоотношения, всегда необходимо наличие двух факторов: а) причинение фактического вреда потерпевшему и б) совершение противоправных действий ответчиком.

Вред как основание ответственности причинителя означает любую утрату, повреждение, ухудшение или уменьшение имущества потерпевшего. Кроме того вред может означать повреждение здоровья потерпевшего, а также умаление его репутации.¹⁷ Убытки, причиненные потерпевшему, традиционно разделяют на три группы: экономические убытки, неэкономические убытки и карательные убытки. Экономическими в американском праве называют реальные убытки, возникшие в связи с нанесением вреда здоровью потерпевшего либо уничтожением или повреждением его имущества. Это могут быть затраты на лечение, доходы, недополученные в связи с нанесенным вредом, и иные прямые экономические затраты. Неэкономические убытки называют еще «боль и страдания» (в украинском эквиваленте – моральный вред). Такие убытки также являются компенсационными и призваны компенсировать страдания, связанные с обезображиванием, возникшим бесплодием и т.п. Карательные убытки в свою очередь не выполняют компенсационной функции и взыскиваются сверх компенсации для наказания причинителя, совершившего умышленное правонарушение или грубо нарушившего общественный порядок.

Что касается противоправности действий, здесь, по мнению известного советского исследователя англо-американского деликтного права Ю.Г. Матвеева, существует две теории¹⁸. Первая теория, называемая эволюционной, признает деликтом всякий вред, нанесенный лицу, если его причинение не санкционировано законом либо не возникло из другого надлежащего основания. В силу этой теории потерпевший имеет право подавать иск из деликта независимо от того, имеет ли место деяние, четко описанное как деликт (насилие, угроза насилием, клевета и т.п.). По второй теории, называемой традиционной, имеется определенное число внедоговорных правонарушений, вне которых деликтная ответственность исключается. Ущерб потерпевшему может быть возмещен только тогда, когда он попадает под определенную форму противоправного поведения. В современном американском праве приоритет безусловно имеет эволюционная теория противоправности.

Обязательным элементом любого деликта (как умышленного, так и неосторожного) в американском праве является разумная причинная связь между действием или бездействием нарушителя и вредом, нанесенным потерпевшему. Такая причинная связь обычно называется судами «непосредственной причиной» или «юридически значимой причиной». Вопрос причинной связи является одним из самых сложных в деликтных отношениях. Причинная связь рассматривается как факт того, что действительно поведение

¹⁷ См. Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. – М.: Юридическая литература, 1973. – с. 42

¹⁸ Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. – М.: Юридическая литература, 1973. – с. 36

правонарушителя привело к возникновению вреда у потерпевшего. И в установлении данного факта непрофессионал может быть даже более компетентным, чем опытный судья. Именно поэтому часто при рассмотрении дел в судах вопрос о причинной связи ставится присяжным для формулирования ответа.

Кроме объективных факторов, влекущих за собой возложение ответственности на причинителя, в американском праве большое значение имеет моральный аспект противоправного поведения. В каждом обществе существуют деяния, оцениваемые с моральной точки зрения, как правильные или не правильные. И безусловно такое общественное мнение влияет на решение судов о привлечении причинителя вреда к ответственности. В целом деликтное право отражает современные идеи морали, и когда эти идеи меняются, право идет в ногу с ними.

Классификация деликтов

Исследователи деликтного права США предлагают разнообразные классификации деликтов. Однако основной считается классификация, примененная в Обобщениях деликтов (Restatements of Torts) и поддержанная проф. У.Л. Проссером и иными учеными и практиками. Речь идет о классификации деликтов на три группы:

- 1) Умышленное нанесение вреда потерпевшему;
- 2) Неосторожность;
- 3) Суровая ответственность или ответственность без вины

Объясняя понятие «умысла» (intent), проф. У.Л. Проссер пишет: «Умысел с точки зрения деликтной ответственности не обязательно означает именно враждебный умысел или желание нанести вред. Чаще всего умысел означает желание достичь результата, который будет означать вторжение в интересы другого лица несанкционированным правом способом»¹⁹. Умышленным в американском праве считается не только поведение, непосредственно направленное на достижение желаемого результата, но и поведение, предполагающее достижение того или иного негативного результата. Подобный подход существует и в украинском праве, в теории которого умысел разделяют на прямой (нарушитель предвидел возможность наступления результата и желал этого) и непрямой (нарушитель предвидел возможность наступления результата и сознательно допускал его наступление).

В группу умышленных деликтов в праве США входят отдельные деликты, направленные на:

А) нанесение вреда личности (оскорбление действием (battery), под которым понимается специальный неразрешенный контакт с потерпевшим; насилие (assault), причинение психических страданий (infliction of mental distress), незаконное лишение свободы (false imprisonment) и т.п.),

¹⁹ William L. Prosser. Handbook of The Law of Torts. 3-d edition. – St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1964. – p. 31-32

Б) нанесение имущественного вреда (причинение вреда нарушением владения недвижимостью (*trespass to land*), причинение вреда движимому имуществу (*trespass to chattel*), присвоение собственности (*conversion*) и т.п.

Неосторожное причинение вреда не признавалось отдельным деликтом вплоть до начала XIX века. Вместе с тем на сегодня подавляющее большинство авторов подчеркивают, что неосторожность является самостоятельной формой деликтов, отличной как от умышленного причинения вреда, так и от случаев ответственности без вины.

Под неосторожностью в праве США обычно понимают причинение вреда, возникшее вследствие невыполнения стандартных правил поведения, обязанностей, требуемых для данного конкретного случая. Неосторожность также связывают с риском, определяя ее как поведение, вызывающее неразумно повышенный риск нанесения вреда. Причем американские исследователи часто подчеркивают, что неосторожность – это именно реальное поведение лица, а не его внутреннее, психическое отношение к своим действиям. И хотя отличие неосторожности от умысла проводится по линии отношения причинителя вреда к своим действиям и их последствиям, данное отношение должно обязательно проявляться в конкретных действиях. При неосторожности лицо, осознавая большой риск наступления неблагоприятных последствий своего поведения, не делает ничего, что сделал бы на его месте разумный человек для предотвращения таких последствий.

Третьей, самой молодой группой деликтов в праве США является так называемая суровая ответственность (*strict liability*) или ответственность без вины. Правило о суровой ответственности сменило доктрину «невозможности ответственности без вины», введя в юридический мир правило, согласно которому в некоторых случаях причинитель вреда будет нести ответственность не только тогда, когда он не виновен с точки зрения его отношения к своему поведению, но и тогда, когда и в реальных действиях он не преступал разумные пределы осторожности и стандарты поведения.

Исторически первым судебным прецедентом, сформулировавшим правило ответственности без вины было дело *Rylands v. Fletcher* (1868 г.) Суть данного спора свелась к тому, что Райландс – владелец мельницы, решил соорудить резервуар для снабжения мельницы водой. Во время выполнения работ подрядчики-строители обнаружили штольни, заполненные землей, о которых ранее ничего известно не было. Подрядчик не изолировал штольни, и в дальнейшем во время наполнения резервуара вода через штольни проникла в шахты, принадлежащие соседу Райландса – Флетчеру. Суд принял решение о возмещении нанесенного вреда, несмотря на то, что ни умысел ни неосторожность Райландса доказаны не были.

Сегодня суровая ответственность по праву США наступает в случае нанесения вреда животными, а также в случае проведения повышено опасных действий (*abnormally dangerous activities*). Кроме того, к суровой ответственности можно отнести ответственность производителя за дефекты продукции (*product liability*). Освобождение от ответственности в данных случаях возможна при наличии обстоятельств непреодолимой силы, вины потерпевшего или третьего лица.

Литература:

1. Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. 3-е. изд., перераб. и доп. – М.: «Международные отношения», 1993. – 560 с.
2. Матвеев Ю.Г. Англо-американское деликтное право. – М.: Юридическая литература, 1973. – 176 с.
3. Оливер У. Холмс – младший. Общее право. Лекция 3. Деликты. Нарушение права и небрежность. пер. Г.А. Есакова // Журнал «Российское право в Интернете», № 2003 (04) – www.rpi.msal.ru/prints/200304index.html
4. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х тт. - Том 2. – пер с. нем. - М.: «Международные отношения», 1998. – 512 с.
5. Carol Harlow. Understanding Tort law. – 3-d ed. – London.: “Sweet & Maxwell ltd.”, 2005. – 189 p.
6. William L. Prosser. Handbook of The Law of Torts. 3-d edition. – St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1964. – 1238 p.
7. Koenig Thomas H., Rustad Michael. L. In defense of Tort Law. – New York: “New York University Press”, 2001. – 344 p.
8. Torts // The New Encyclopedia Britannica. Volume 28., founded in 1768, 15th edition. - Macropedia Knowledge in depth, 1988. – p. 739-745
9. Kenneth S. Abraham The Forms and Functions of Tort Law. Third edition. – New York, “Foundation press”, 2007. – 299 p.
10. Law dictionary / by Steven H. Gifis. – 5th ed. – New York.: “Barron’s Educational Series, Inc”, 2003. – 568 p.
11. Mark Geistfeld. A. Tort law: The Essentials. – New York, “Aspen Publishers”, 2008. – 414 p.
12. Graham Stephenson. Source book on TORTS, 2-d edition. – London.: Cavendish Publishing limited, 2000. – 629 p.

Kontakt

ootradnova@yandex.ru

Prof. JUDr. Oľga Ovečková, DrSc.

Ústav štátu a práva SAV Bratislava

Premľčanie práva na náhradu škody

Abstrakt

Problematika premľčania práva na náhradu škody je spojená s viacerými otázkami, na ktoré nenachádzame jednoznačnú odpoveď ani v jurisprudencii, ani v judikatúre. Ide však aj o rozdielnosť právnej úpravy v Občianskom zákonníku a v Obchodnom zákonníku a opodstatnenosť tohto duálneho riešenia. Už na začiatku možno predoslať, že základným problémom je vzťah premľčania práva na náhradu škody a hmotnoprávných predpokladov vzniku nároku na náhradu škody, s čím bezprostredne súvisí začiatok plynutia premľčacej doby. Ide teda vo svojej podstate o riešenie ponímania podstaty premľčacej doby, a to tak subjektívnej, ako aj objektívnej.

1. Historický kontext právnej úpravy premľčania práva na náhradu škody.

Všeobecný občiansky zákonník z roku 1811 ustanovil pre právo na náhradu škody (premlčanie žaloby na náhradu škody) osobitnú premľčaciu dobu v dĺžke *troch rokov*. Začiatok plynutia premľčacej doby ustanovil (bez ohľadu na to, či škoda bola spôsobená porušením zmluvnej alebo mimozmluvnej povinnosti) na čas, *keď poškodený sa dozvedel o škode a osobe škodcu*. V prípade, že poškodený túto vedomosť nemal alebo ak vznikla škoda zo zločinu, žalobné právo zaniklo až po *30 rokoch* (§ 1489). Začiatok premľčacej doby teda korešpondoval s hmotnoprávnymi predpokladmi vzniku nároku na náhradu škody a jej začiatok nevzbudzoval pochybnosti. To sa nedá povedať o úprave začiatku plynutia všeobecnej premľčacej doby, ktorá začala plynúť vo chvíli, keď „právo samo osebe mohlo byť vykonané“ (§ 1478).

Možno tiež pripomenúť, že **Osnova Občianskeho zákonníka z roku 1937**, ktorý nikdy nebol prijatý, prebral (§ 1352) s malými spresneniami právnu úpravu premľčania práva na náhradu škody zo Všeobecného Občianskeho zákonníka.

Občiansky zákonník z roku 1950 neupravil osobitne premľčanie práva na náhradu škody, a preto sa uplatňovali všeobecné ustanovenia (§ 86 a nasl.). To znamená, že pri práve na náhradu škody sa uplatnila všeobecná *trojročná* dĺžka premľčacej doby. Občiansky zákonník neupravil osobitne ani začiatok jej plynutia

pri práve na náhradu škody.²⁰ Preto sa uplatnil všeobecný začiatok plynutia premlčacej doby (len čo sa právo mohlo vykonať prvý raz). Na tomto základe sa potom spory o tom, *keď sa právo na náhradu škody mohlo vykonať prvý raz*, rozbehli s veľkou intenzitou. V odbornej literatúre, ako aj v praxi však prevažoval názor, že vo vzťahu k premlčaniu zodpovednostných nárokov treba začiatok premlčania počítať od subjektívnej možnosti uplatnenia týchto nárokov žalobou.²¹ Tak aj v učebnici občianskeho práva sa uvádzalo, že *premlčanie nároku na náhradu škody sa začína od tej doby, keď poškodený nadobudol vedomosť o škode a osobe škodcu postačujúcu na podanie žaloby*.²²

Zákonník medzinárodného obchodu z roku 1963 neupravil osobitnú premlčaciu dobu pre právo na náhradu škody, a preto aj tu sa uplatnila všeobecná trojročná premlčacia doba (§ 82). Osobitne bol upravený začiatok jej plynutia, a to tak, že začala plynúť odo dňa, keď sa poškodený dozvedel o *celej škode* a osobe povinnej na jej náhradu alebo ešte skôr odo dňa, keď poškodený mal možnosť pri náležitej starostlivosti získať informácie o rozsahu škody a o osobe, ktorá je povinná ju nahradiť. Trojročná lehota bola limitovaná desaťročnou lehotou, ktorej začiatok začal plynúť odo dňa, *keď došlo k udalosti, z ktorej škoda vznikla* (§ 83). Túto právnu úpravu prevzal potom Obchodný zákonník s tým, že nepožaduje vedomosť o „celej“ škode, ale len o škode a premlčaciu dobu predĺžil podľa vzoru Dohovoru o premlčaní pri medzinárodnej kúpe tovaru na *štyri roky*.

Ukázalo sa, že vo všetkých doterajších kodifikáciách stala sa v súvislosti s premlčaním zodpovednostných práv, a teda aj práva na náhradu škody kľúčovou otázkou počiatku plynutia premlčacej doby a následne aj dĺžka premlčacej doby, a tak to zostalo aj v súčasnosti, ako aj pri úvahách *de lege ferenda*.

2. Premlčacie doby pri práve na náhradu škody *de lege lata*, ich dĺžka, charakter a začiatok ich plynutia

a) Dĺžka premlčacej doby pri práve na náhradu škody je v oboch kódexoch koncipovaná rôzne z hľadiska jej dĺžky, ako aj z hľadiska začiatku jej plynutia.

Občiansky zákonník upravuje osobitnú premlčaciu dobu pre právo na náhradu škody v dĺžke **dva roky** (pri korupčnom konaní sú osobitné premlčacie lehoty) na rozdiel od všeobecnej premlčacej doby, ktorá je trojročná.

Obchodný zákonník neupravuje osobitne dĺžku premlčacej doby pre právo na náhradu škody, a preto sa tu použije všeobecná **štvorročná premlčacia doba** (§ 397).

b) Začiatok plynutia premlčacej doby Občiansky zákonník viaže na *skutočnú vedomosť* o škode a škodcovi (§106 ods. 1), zatiaľ čo Obchodný zákonník je v tomto náročnejší, resp. prísnejší voči podnikateľovi. Za rozhodujúci deň pokladá buď deň, keď sa poškodený skutočne *dozvedel* o škode a o tom, kto je povinný ju nahradiť,

²⁰ Výnimkou bolo ustanovenie § 93, ktoré upravovalo premlčanie nárokov o nekalej súťaži, a to v *šesťmesačnej dobe*, ktorej začiatok sa počíta od okamihu, keď sa oprávnený dozvie o konaní súťažiť a alebo o škode a osobe povinnej, najneskôr však v lehote *troch rokov* potom, ako došlo ku konaniu súťažiť a.

²¹ LUBY, Š. Prevencia a zodpovednosť II. Bratislava: Vydavateľstvo SAV, 1955, s. 419.

²² Učebnica občianskeho a rodinného práva I. Hlavný redaktor V. Knapp. Bratislava: SVPL, 1956, s. 264 a nasl.

alebo skorší termín, t. j. deň, keď sa poškodený *mohol* dozvedieť o škode a o osobe, ktorá je povinná ju nahradiť (§ 398). Je tu vylúčená nedbanlivosť poškodeného, t. j. keď sa poškodený *mohol* o škode a škodcovi dozvedieť skôr a nedozvedel sa len pre svoju nedbanlivosť. Preto v takomto prípade je pre začiatok premlčacej doby určený deň, keď poškodený mal možnosť pri náležitej starostlivosti získať informácie o škode a o tom, kto za ňu zodpovedá (zavinená nevedomosť). Je to určitá poisťka proti tomu, aby poškodený nemohol – hoci z vlastnej nedbanlivosti – oddaľovať začiatok plynutia premlčacej doby. Táto konštrukcia začiatku plynutia premlčacej doby je prevzatá z prvého platného Zákonníka medzinárodného obchodu (§ 83), na rozdiel od Občianskeho zákonníka, ktorý dôsledne vychádza z vedomosti poškodeného o škode a škodcovi.

Obchodný zákonník prirodzene vyžaduje od podnikateľa vyššiu mieru starostlivosti a profesionality, čo sa prejaví aj v tom, že ak túto mieru starostlivosti zanedbá a o škode sa v dôsledku toho nedozvie, stihne ho následok, že premlčacia lehota začne plynúť, aj keď sám poškodený ešte o vzniku škody nevie.

Charakter tejto doby nie je jednoznačne subjektívny, ako je to v Občianskom zákonníku. Určitým spôsobom sa objektivizuje tým, že jej začiatok je viazaný nielen na subjektívny prvok vedomosti, ale aj na objektívny prvok, keď o požadovaných skutočnostiach sa poškodený objektívne dozvedieť mohol.

Otázkou môže byť, či obsahom vedomosti o škode podľa Obchodného zákonníka je aj *veľkosť škody*. Je pravdou, že z textu zákona to nevyplýva. Judikatúra však i napriek tomu zaujala dosť jednoznačné stanovisko a priklonila sa v tejto veci k výkladu, a to aj pokiaľ ide o vedomosť o škode podľa Občianskeho zákonníka (§ 106 ods. 1), že treba vedieť o druhu a rozsahu škody aspoň s takým stupňom určitosti, aby poškodený mohol svoj nárok uplatniť na súde spravidla aspoň v približnej sume s tým, že je možné ju dodatočne spresniť.²³

Z uvedeného je pri porovnaní právnej úpravy oboch zákonníkov zrejmý rozdiel nielen v dĺžke premlčacej doby, ale aj určitý rozdiel pokiaľ ide o začiatok jej plynutia, čo poznamenáva aj jej charakter a sprísňuje právnu úpravu pre podnikateľov. Pokiaľ ide o dĺžku premlčacej doby, táto je dlhšia, a teda výhodnejšia pre obchodné vzťahy a prísnejšia pre vzťahy medzi občanmi, v čom možno vidieť určitý paradox, lebo vyššiu ochranu si bezpochyby vyžadujú vzťahy medzi občanmi.

c) Objektívne obmedzenie premlčacej doby je tiež v oboch zákonníkoch rozdielne. Plynutie subjektívnej premlčacej doby a jej obmedzenie (resp. maximálna dĺžka premlčacej doby) je vzájomne podmienené, a to tak, že ak subjektívna premlčacia doba uplynie márne, t. j. povinná strana v súdnom konaní nenamietne premlčanie, právo na náhradu škody je premlčané, a to aj vtedy, ak maximálne obmedzenie premlčacej doby ešte neuplynulo. Toto maximálne obmedzenie premlčacej doby je v záujme právnej istoty neprekročiteľné. Ak uplynie, právo sa premlčí, aj keď subjektívna premlčacia doba ešte neuplynula. Jej význam spočíva v tom, že vymedzuje časový rámec na uplynutie subjektívnej premlčacej lehoty, ak

²³ Tak napríklad uznesenie Najvyššieho súdu ČR z 30. júna 2008, sp. zn. 25 Cdo 599/2006 „V zmysle ustanovenia § 106 ods. 1 OZ sa poškodený dozvie o škode vtedy, keď má k dispozícii údaje, ktoré mu umožňujú podať žalobu o náhradu škody na súde, t. j. keď nadobudol vedomosť o rozsahu majetkovej ujmy vyjadriteľnej v peniazoch, a to aspoň v približnej sume s možnosťou jej dodatočného spresnenia“. Tak aj rozsudok Najvyššieho súdu SSR z 20. apríla 1978, 3 Cz 16/78.

by sa táto lehota neskončila do uplynutia maximálneho obmedzenia premlčacej lehoty. Tým je zabezpečená právna istota účastníkov právnych vzťahov.²⁴

Maximálne obmedzenie premlčacej doby sa uplatní len vtedy, keď nedošlo k uplynutiu subjektívnej premlčacej doby, a teda k premlčaniu práva na náhradu škody. Obmedzenie premlčacej doby v určitých prípadoch skracuje aj subjektívnu premlčaciu dobu, napríklad vtedy, ak začala plynúť pred koncom objektívneho obmedzenia premlčacej doby.

Občiansky zákonník ustanovil pri práve na náhradu škody **trojročné** maximálne obmedzenie premlčacej doby a ak ide o škodu spôsobenú úmyselne sa najneskoršie právo na náhradu škody premlčí za **desať rokov** odo dňa, keď došlo k udalosti, z ktorej škoda vznikla; to neplatí, ak ide o škodu na zdraví (§ 106 ods. 2), pri ktorej platí subjektívna dvojročná premlčacia doba. Pri práve na náhradu škody spôsobenej trestným činom korupcie platí osobitná právna úprava (§ 106 ods. 3).

Obchodný zákonník obmedzil subjektívnu premlčaciu dobu pri práve na náhradu škody **desiatimi rokmi**.

Aj tu vidno, že maximálne obmedzenie premlčacej doby pri práve na náhradu škody je v oboch zákonníkoch výrazne rozdielne.

Začiatok plynutia maximálneho obmedzenia premlčacej doby ustanovujú oba zákonníky len s malou odchýlkou. *Občiansky zákonník* začiatok plynutia tejto limitácie (tri roky) spája s okamžikom, *keď došlo k udalosti, z ktorej škoda vznikla (§ 106 ods. 2)*. Ide tu o škodnú udalosť, ktorej obsah možno chápať v tom zmysle, že pod ňu možno subsumovať nielen porušenie povinnosti, teda konanie *contra legem*, ale aj udalosť, ktorá nemá takýto protiprávny charakter. *Obchodný zákonník* začiatok plynutia maximálneho obmedzenia premlčacej doby (desať rokov) spája s okamžikom *porušenia povinnosti* (§ 398). Teda oproti Občianskemu zákonníku je začiatok plynutia vymedzený užšie.

V oboch prípadoch je začiatok plynutia limitácie premlčacej doby pri práve na náhradu škody koncipované objektívne, a preto sa tiež označuje toto obmedzenie ako objektívna premlčacia doba.

V tejto súvislosti je namieste otázka, aký charakter má uvedené maximálne obmedzenie premlčacej doby? Máme ho pokladať za premlčaciu dobu majúcu z hľadiska jej začiatku objektívny charakter? Spravidla sa to tak prezentuje a pritom sa vychádza z toho, že v prípade premlčania práva na náhradu škody máme dve premlčacie doby, a to subjektívnu a objektívnu. Subjektívnu premlčaciu dobu dvojročnú v občianskych vzťahoch a v obchodných vzťahoch štvorročnú. Objektívnu premlčaciu dobu v občianskych vzťahoch trojročnú a v obchodných vzťahoch desaťročnú.

Posúdenie charakteru maximálneho obmedzenia premlčacej doby má zásadný význam pre posúdenie základnej otázky vzťahu premlčania a hmotnoprávnych predpokladov zodpovednosti za škodu a konzekvencií z toho vyplývajúcich.

Spravidla sa toto obmedzenie, resp. limitácia subjektívnej premlčacej doby pre právo na náhradu škody považuje za **premlčaciu dobu, ktorá má objektívny charakter**. V takomto prípade sa však dostáva do konfliktu vznik práva, ktoré sa má

²⁴ K vzťahu subjektívnej a objektívnej premlčacej doby pri práve na náhradu škody pozri rozsudok Krajského súdu v Banskej Bystrici z 5. februára 2009, sp. zn. 16Co/23/2009.

premlčať, a začiatok plynutia doby na jeho premlčanie. Hmotnoprávnym predpokladom vzniku zodpovednosti za škodu je porušenie povinnosti, vznik škody a príčinná súvislosť medzi nimi. Ak však absentuje škoda, ktorá nemusí vzniknúť spolu s porušením povinnosti (spravidla ani nevzniká), nemožno ani zistiť príčinnú súvislosť medzi porušením povinnosti a vznikom škody. To potom znamená, že premlčacia doba by začala plynúť v okamihu (porušenie povinnosti), keď ešte neexistuje právo, ktoré sa má premlčať.

Je zrejme a dost' všeobecne uznávané, že to odporuje samej podstate premlčania,²⁵ kde sa predpokladá výkon práva, ktorý logický predpokladá existenciu práva, prípadne povinnosti, ktorá sa má vykonať.

Judikatúra uvedený problém začiatku plynutia objektívnej premlčacej doby rieši rôzne. Zásadne vychádza z toho, že tu ide o premlčaciu dobu. S problémom jej začiatku plynutia sa na pôde občianskeho práva vyrovnala tak, že vykladá extenzívne pojem *udalosť, z ktorej škoda vznikla*, na ktorú je viazaný začiatok plynutia trojročnej objektívnej doby. V rozsudku Najvyššieho súdu ČR sa napríklad uvádza: *Začiatok plynutia objektívnej premlčacej doby podľa § 106 ods. 2 OZ je viazaný na udalosť, z ktorej škoda vznikla. Pojem „udalosť, z ktorej škoda vznikla“, však zahŕňa nielen protiprávny úkon či právne kvalifikovanú udalosť, ktoré viedli k vzniku škody, ale aj vznik škody samej. Z hľadiska ustanovenia § 106 ods. 2 OZ totiž nemožno udalosť, z ktorej škoda vznikla, stotožňovať len so škodnou udalosťou, keďže v takom prípade by objektívna premlčacia doba mohla začať plynúť, než ku škode na majetku vôbec došlo, prípadne škoda by mohla vzniknúť až po uplynutí objektívnej premlčacej doby alebo by nemusela vzniknúť vôbec.*²⁶

V inom rozsudku sa k uvedenému stanovisku ešte dodáva, že *plynutie subjektívnej premlčacej doby sa nemôže začať skôr než plynutie objektívnej premlčacej doby, t. j. skôr, než škoda vznikla, teda objektívna premlčacia doba môže začať plynúť až od okamihu vzniku škody a najskôr v tento deň môže začať plynúť aj subjektívna premlčacia doba.*²⁷

Inak sa uberaá judikatúra pokiaľ ide o výklad § 369 OBZ, ktorý upravuje začiatok plynutia desaťročnej objektívnej premlčacej doby. Odmietla jeho extenzívny výklad v tom zmysle, že začiatok plynutia desaťročnej objektívnej premlčacej doby by mal byť viazaný nielen na porušenie povinnosti, ale aj na podmienku vzniku (existencie) škody na strane poškodeného. Najvyšší súd ČR v tejto otázke, odvolávajúc sa na gramatický, logický a teleologický výklad, dospel k právnomu názoru, že *plynutie desaťročnej premlčacej doby je viazané len na porušenie povinnosti, a pokiaľ tak usúdil odvolací súd (aj súd prvého stupňa), nie je tento právny názor v rozpore s hmotným právom.*²⁸

²⁵ PELIKÁNOVÁ, I. Obchodní právo. Obligační právo – komparativní rozbor. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2009, s. 386; ŠTENGLIOVÁ, I. – PLÍVA, S. – TOMSA, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 1062.

²⁶ Rozsudok Najvyššieho súdu ČR z 20. marca 2008, sp. zn. 25 Cdo 490/2006. Tak aj rozsudok Najvyššieho súdu ČR z 29. novembra 2006, sp. zn. 25 Cdo 721/2005; Rozsudok Najvyššieho súdu ČR z 30. apríla 2002, sp. zn. 33 Odo 477/2001; Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 26. februára, sp. zn. 2Cdo 118/2008.

²⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu ČR z 26. októbra 2005, sp. zn. 25/ Cdo 2232/2005.

²⁸ Rozsudok Najvyššieho súdu ČR z 27. mája 2009, sp. zn. 32 Cdo 24/2008.

Je zrejmé, že pokiaľ budeme považovať desaťročnú dobu (§ 398 OBZ), resp. trojročnú dobu, prípadne desaťročnú pri úmyselnom konaní (§ 106 ods. 2 OZ) za plnohodnotné premlčacie doby objektívneho charakteru, nemožno nedať za pravdu názoru, ktorý nepripúšťa, že premlčacia doba môže začať plynúť skôr ako vznikne právo, ktoré sa má premlčať. Preto je potrebné upustiť od chápania týchto lehôt ako lehôt premlčacích. Premlčacími lehotami v pravom zmysle sú len tie lehoty, ktoré nazývame subjektívnymi.

Takéto chápanie vyplýva aj z toho, ako je koncipované uvedené desaťročné obmedzenie premlčania v Obchodnom zákonníku. *Obchodný zákonník* v § 398 vymedzuje časový priestor 10 rokov počítaný od porušenia povinnosti, v ktorom sa môže uplatniť premlčanie, teda štvorročná premlčacia doba, a to bez ohľadu na to, či v rámci vymedzených desiatich rokov uplynula celá, alebo nie. Potvrďuje to aj § 408 ods. 1, ktorý ustanovuje, že *bez ohľadu na iné ustanovenia tohto zákona sa skončí premlčacia doba najneskôr po uplynutí 10 rokov odo dňa, keď začala po prvý raz plynúť*.

Z uvedeného možno vyvodiť, že tzv. objektívne doby nie sú v pravom zmysle premlčacími dobami. Sú limitáciou, vymedzeným priestorom, v rámci ktorého v zmysle zákonného príkazu sa musí realizovať premlčanie v tom zmysle že premlčacia subjektívna lehota musí skončiť v jej rámci, t. j. za desať rokov od porušenia povinnosti. Maximálne obmedzenie uplatnenia subjektívnej premlčacej doby má objektívny charakter, lebo začne plynúť od porušenia povinnosti, a to bez ohľadu na vedomosť poškodeného o škode a škodcovi.

Pri takomto ponímaní objektívneho vymedzenia rámca uplatnenia premlčania nie je potrebné riešiť otázku naplnenia hmotnoprávných predpokladov vzniku zodpovednosti za škodu, a teda aj existencie práva, ktoré sa môže premlčať. Subjektívna premlčacia doba, t. j. premlčacia doba v pravom zmysle slova začne plynúť až v súlade a v spojitosti so vznikom práva na náhradu škody, a teda aj v súlade so subjektívnou možnosťou uplatnenia týchto nárokov prostredníctvom žaloby na plnenie (*actio nata*).

Nutnosť objektívneho obmedzenia premlčacej doby vyplýva z konkurencie uplatnenia dvoch zásad súkromného práva, a to zásady právnej istoty a zásady práva na náhradu škodu. Premlčanie predstavuje určitý kompromis medzi odôvodnenými záujmami v našom prípade poškodeného a požiadavkami právnej istoty účastníkov právnych vzťahov, tým že premlčanie zabraňuje zdĺhavým právnym sporom.

3. Premlčanie práva na náhradu škody v kontexte unifikácie súkromného práva

Snahy o unifikáciu premlčania nie sú nové. Prvým reálnym výsledkom týchto snáh bol **Dohovor OSN o premlčaní pri medzinárodnej kúpe tovaru**, prijatý v roku 1974, na ktorý nadviazal **Dodatkový protokol**, ktorý bol prijatý na diplomatickej konferencii vo Viedni 1980 v súvislosti s Dohovorom o medzinárodnej kúpe tovaru. Pre malý počet štátov, ktoré Dohovor prijali, tento ani nevstúpil do platnosti. Aj naďalej významnú úlohu v otázkach premlčania zohrávali národné právne úpravy.

Snahy o harmonizáciu v tejto oblasti však pokračovali, ale už v širšom rámci zjednocovania súkromného, najmä zmluvného práva a napokon vyústili do

viacerých projektov, ktoré sú výsledkom rôznych súkromných iniciatív, pričom niektoré sú podporované aj orgánmi Európskej únie. Niekedy sa tiež hovorí o akademickom zjednocovaní súkromného práva. Z pohľadu nami skúmanej problematiky, t. j. premlčania, sú významné také projekty ako **Princípy európskeho zmluvného práva** (Principles of European Contract Law /PECL/), **Návrh Spoločného referenčného rámca** (Draft Common Frame of Reference /DCFR/), **Návrh nariadenia o spoločnej európskej právnej úprave predaja** (Common European Sales Law /CESL/ KOM /2011/ 635 v konečnom znení), ale tiež **Zásady medzinárodných obchodných zmlúv** (UNIDROIT), do ktorých bola v roku 1994 pridaná, okrem iného, nová kapitola „Premlčanie“, ktorá zostala nezmenená aj po úpravách v roku 2010. Hoci ide napospol o projekty právne nezáväzné, zohrávajú významnú úlohu v procese zjednocovania súkromného práva.

V ďalšom upozorníme na projekty, ktoré sa z hľadiska harmonizácie premlčania zdajú významné. Na prvom mieste je to Dohovor o premlčaní pri medzinárodnej kúpe tovarov (1974) v znení dodatkového protokolu (1980), kde sa v celej šírke ukázala zložitosť unifikácie premlčania. Zaujímavé je tiež jeho porovnanie s úpravou premlčania v CESL, ktorý upravuje premlčanie pri predaji a kúpe tovarov.

Upozorníme na úpravu premlčania v Princípoch európskeho súkromného práva, ktoré zohrávajú čoraz významnejšiu úlohu pri reformách obligačného práva, a teda aj inštitútu premlčania.

a) Dohovor o premlčaní pri medzinárodnej kúpe tovaru nemá osobitnú úpravu dĺžky a začiatku plynutia premlčacej doby pre právo na náhradu škody. Preto sa uplatní všeobecná premlčacia doba *štyri roky* (čl. 8) a začiatok plynutia premlčacej doby je deň, *kedy právo je možné uplatniť v právnom konaní* (čl. 9).

b) Návrh nariadenia o spoločnej európskej právnej úprave predaja (CESL) upravuje premlčanie pri predaji a kúpe tovarov oveľa podrobnejšie, čo sa prejavilo aj v právnej úprave premlčania práva na náhradu škody. Rozlišuje dva druhy premlčacej doby, a to podľa ich dĺžky: krátku dvojročnú a dlhú desaťročnú a v prípade ujmy na zdraví až 30-ročnú.

Krátka dvojročná premlčacia doba sa uplatní aj pri práve na náhradu škody a jej začiatok je spojený s vedomosťou veriteľa o svojom uplatniteľnom práve (čl. 180 ods. 1). Akceptuje sa tu tak faktická vedomosť dlžníka, ako aj skutočnosť, keď veriteľ o svojom uplatniteľnom práve mohol a mal vedieť.

Dlhá premlčacia doba začína plynúť pri práve na náhradu škody od okamžiku, *keď došlo k právnomu úkonu, ktorý toto právo zakladá* (čl. 180 ods. 2).

CESL teda preferuje pri náhrade škody dvojročnú krátku premlčaciu dobu, ktorá sa musí uplatniť v rámci desaťročnej premlčacej doby. Nepozná rozdielne dĺžky premlčacej doby podľa toho, či bola škoda spôsobená úmyselne, alebo z nedbanlivosti (neúmyselne). Tak ako aj náš Obchodný zákonník.

c) Princípy európskeho zmluvného práva (PECL, ďalej len „Princípy“) vychádzajú pri právnej úprave dĺžky premlčacej doby z potreby čo najväčšej jednotnosti dĺžky všeobecnej premlčacej doby, a preto upravujú všeobecnú premlčaciu dobu v dĺžke tri roky, ktorá sa vzťahuje na všetky pohľadávky vyplývajúce zo záväzkového práva (čl. 14:201).

Začiatok plynutia všeobecnej premlčacej doby je stanovený na okamih, keď má dlžník uskutočniť plnenie. V prípade **práva na náhradu škody plynúce od okamihu konania, ktoré zakladá pohľadávku**.

Komentár k Princípom si v tejto súvislosti kladie otázku, či je existencia škody skutočne predpokladom pravidla zakotvujúceho zodpovednosť. Prichádza pri odpovedi na túto otázku k záveru, že je vhodné **neviazať** začiatok plynutia premlčacej doby pri práve na náhradu škody na vznik škody a v tejto súvislosti uvádza: „*Premlčacia lehota preto začína plynúť od okamihu splnenia všetkých ostatných predpokladov pre vznik práva na náhradu škody, t. j. od okamihu uskutočnenia protiprávneho úkonu (alebo od okamihu, keď došlo k porušeniu zmluvy)*“. ²⁹

V tejto situácii vzniká otázka v súvislosti so vznikom práva na náhradu škody. Niet pochyb, že toto právo vznikne, keď sú splnené všetky predpoklady vzniku zodpovednosti za škodu, teda spravidla aj vznik škody, lebo len vtedy má veriteľ možnosť uplatniť svoju pohľadávku na súde, keď sa dozvedel o vzniku škody a kto za ňu zodpovedá. Inak povedané, ako vyriešiť starú známu situáciu, aby premlčacia lehota nezačala plynúť skôr ako vznikne právo, ktoré sa má premlčať. Princípy riešia túto situáciu osobitným spôsobom.

Princípy ustanovujú rovnaký okamih pre začiatok plynutia všeobecnej premlčacej doby (3 roky), ako aj pre začiatok plynutia dĺžky maximálnej premlčacej doby, ktorá je desať rokov a v prípade pohľadávok z osobnej ujmy tridsať rokov (čl. 14:307), t. j. *uskutočnenie protiprávneho úkonu*. Aby však Princípy urobili zadosť požiadavke, že premlčacia lehota nemôže plynúť pre právo, ktoré ešte nevzniklo, riešia túto situáciu prostredníctvom **pozastavenia** plynutia premlčacej lehoty v prípade nevedomosti (čl. 14:301). Čo znamená, že plynutie premlčacej lehoty sa pozastavuje po dobu, v ktorej veriteľ nepoznal ani nemohol odôvodnene poznať

- a) totožnosť dlžníka alebo
- b) skutočnosti zakladajúce dotknutú pohľadávku a v prípade práva na náhradu škody druh škody.

V zmysle komentára k Princípom pozastavenie premlčacej doby má ten účinok, že doba, počas ktorej je premlčanie pozastavené, sa nezapočíta do plynutia premlčacej doby. Ak však dôvod pozastavenia odpadne, pôvodná premlčacia doba pokračuje vo svojom plynutí. Pokiaľ však premlčacia doba ani nezačala plynúť, po odpadnutí dôvodu pozastavenia začne plynúť. ³⁰

Princípy v tejto súvislosti hovoria o pozastavení v prípade nevedomosti. Ide tu o **uplatnenie kritéria zistiteľnosti**. Vychádza sa z toho, že veriteľ má možnosť uplatniť svoju pohľadávku na súde len vtedy, ak o pohľadávke vedel alebo aspoň mohol o nej odôvodnene vedieť. Ako uvádza komentár k Princípom, význam kritéria zistiteľnosti sa zdôrazňuje vtedy, ak je všeobecná premlčacia lehota pomerne krátka. „Zatiaľ čo krátka lehota a sám inštitút premlčania pohľadávky sú zamerané na ochranu dlžníka, poskytuje kritérium zistiteľnosti nevyhnutnú protiváhu zohľadneniu odôvodnených záujmov veriteľa“. ³¹

²⁹ Princípy európskeho zmluvného práva. Bratislava: Iura Edition 2009, s. 320.

³⁰ Princípy európskeho zmluvného práva. Op. cit, s. 322.

³¹ Princípy európskeho zmluvného práva. Op. cit. s. 323.

Z uvedeného je zrejmé, že Princípy pokladajú **nevedomost'** za dôvod pozastavenia plynutia premlčacej doby a **vedomost'** je kritériom pre začatie plynutia premlčacej doby.

Konštrukcia premlčania práva na náhradu škody, ktorá sa uplatnila v Princípoch, spočíva v nasledovnom. Od okamihu konania, ktoré zakladá pohľadávku, t. j. uskutočnenie protiprávneho úkonu, začnú plynúť obe premlčacie doby, tak všeobecná (krátka) trojročná, ako aj maximálna (dlhá) desaťročná, resp. tridsaťročná premlčacia doba. Pokiaľ však v okamihu začiatku plynutia premlčacej doby veriteľ nepozná ani nemohol odôvodnene poznať totožnosť dlžníka alebo druh škody, plynutie trojročnej premlčacej doby sa pozastavuje a jej plynutie pokračuje, keď veriteľ pozná alebo mohol odôvodnene poznať potrebné informácie o škodcovi a škode, teda skutočnosti, ktoré veriteľovi umožňujú uplatniť svoj nárok.

Ako vidno, konštrukcia premlčania práva na náhradu škody je síce odlišná od našej právnej úpravy, ale vo svojom výsledku sú rovnaké. V oboch prípadoch premlčacia lehota (krátka) začne plynúť až vtedy, keď veriteľ (poškodený) dozvedel alebo mohol dozvedieť o škode a tom, kto je povinný na jej náhradu. Doba desať rokov len rámcuje obdobie, v rámci ktorého musí krátka premlčacia doba skončiť. Ide teda o všeobecné obmedzenie premlčacej doby. Po jej uplynutí veriteľ už nemôže sa súdnou cestou domáhať svojho nároku na náhradu škody, a to bez ohľadu na to, či veriteľ vedel alebo mohol vedieť o škodcovi a škode.

Kontakt

oveckovaolga@gmail.com

Teoretické aspekty současného dění v daňové oblasti v ČR

Abstract

Českou republikou v současné době hýbou změny, a to nejen v daňové oblasti. Ty jsou ovšem pro tento příspěvek stěžejní. Autorka se zabývá především pojmy změny/novely daňových zákonů a daňové reformy – z teoretického úhlu pohledu. Zastavuje se hlavně nad pojmem daňová reforma, který je hojně používán, i když by tomu tak v souvislosti se současným děním být nemělo. Z analýzy poté autorka příspěvku vytvořila vlastní definici institutu daňová reforma, kterou předkládá i s vysvětlením.

1. Úvodem

Jako doklad tvrzení, že daně jsou nejen ekonomickým, ale i politickým nástrojem, se jeví současné dění v České republice. Právě ony jsou nejvýznamnějším nástrojem, pomineme-li mocenská opatření státu administrativního charakteru, kterým lze ovlivňovat ekonomiku státu. Jediným možným prostředkem, jak užití tohoto nástroje realizovat, jsou na základě ustanovení čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod¹ daňové zákony. Tyto jsou, jak lze pozorovat, v České republice významně používány – zejména co se týče daní z příjmů či DPH. Projevuje se to zejména ve formě častých změn a novelizací daňových zákonů.

Dne 8. 8. 2013 schválila Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR změny týkající se zejména zákona o daních z příjmů. Lze konstatovat, že ačkoliv řada novinek musí být zavedena v souvislosti s novým občanským zákoníkem, jehož účinnost je stále stanovena na 1. ledna 2014, dostaly se do návrhu zákona i záležitosti, o jejichž nezbytné potřebě lze mít pochybnosti. Takové téma by bylo jistě vhodným předmětem pro odbornou analýzu, popř. diskuzi. Nicméně toto nebudu ve své analýze dále zmiňovat.

Návrh daňových změn nakonec Senátem Parlamentu ČR schválen dne 12. 9. 2013 nebyl. Tento fakt při současném rozpuštění Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR vyvolává od 1. ledna 2014 zajímavou situaci, resp. dohady o ní.

Nejen v souvislosti s těmito změnami, zejména pak při snaze zrušit daň dědickou a daň darovací, je již delší časové období opakovaně používán pojem „daňová reforma“ namísto „změny/novely daňových zákonů“. Zatímco daňová reforma má, nazvala bych to až, revoluční regulační možnosti na ekonomiku státu, u

¹ Daně a poplatky lze ukládat pouze na základě zákona.

změn/novel daňových zákonů regulační možnosti sice shledáváme též, ale v jakémsi omezeném rozsahu. Domnívám se, že primárním účelem změn je především zvýšení výnosu daní a kromě naplnění veřejných rozpočtů také snížení schodku státního rozpočtu, resp. státního dluhu ČR, ale také odstranění nejasností právní úpravy.

Hlavním účelem analýzy institutů „daňová reforma“ ve srovnání s „daňovými změnami/novelami“ je jejich odlišení a rovněž představení vlastní definice tohoto pojmu. Na základě provedené analýzy bude následně potvrzená hypotéza, že v současné době sledujeme časté změny daňových zákonů, nejedná se o čtvrtou daňovou reformu.

2. Fenomén novelizací daňových zákonů a daňové reformy v ČR

V letech nedávno minulých proběhla v ČR celá řada změn daňových zákonů. Ačkoliv je nejen politici, ale i odborníci označují jako daňovou reformu, nejde o ni.

Na rozdíl od množství novelizací daňových předpisů, daňových reforem, vezmu-li v potaz pouze období samostatného Československého a posléze Českého státu, nebylo provedeno mnoho. Za daňové reformy považuji (stejně jako i jiní odborníci²) pouze tři momenty, ke kterým došlo v určitém politickém prostředí a které souvisely s celospolečenskou změnou.

Nechci analyzovat všechny daňové reformy a hodnotit je, myslím si ale, že jejich pozadí (zejména okolnosti třetí daňové reformy) je vhodné zmínit kvůli srovnání s dnešním prostředím.

V období samostatného státu hovoříme o daňových reformách v letech:

- a) 1927 (tato reforma je spojována se jménem prof. K. Engliše – ministra financí ČSR),
- b) k 1. lednu 1953 a
- c) k 1. lednu 1993.

Hlavními důvody poslední daňové reformy - k 1. lednu 1993, kterou byl zaveden současný daňový systém, byly následující skutečnosti:

- dosavadní daňová soustava měla své kořeny v daňové reformě provedené v roce 1953, tedy v plánovité, direktivní ekonomice, s monopolem zahraničního i vnitřního obchodu a se státní regulací cen. Přes všechny změny, které v průběhu let byly provedeny (např. v šedesátých letech a poté po roce 1989) už tento daňový systém nevyhovoval požadavkům tržní ekonomiky, brzdil další rozvoj podnikání,

- vzhledem k tomu, že daňový systém nebyl adekvátní rozvoji tržní ekonomiky, umožňoval rozsáhlé daňové úniky,

- dosavadní daňový systém nebyl spravedlivý, zejména proto, že v něm byly zakotveny ideologické a politické prvky,

- bylo nutno přizpůsobit daňový systém České republiky evropským zvyklostem, ať už z toho důvodu, že dlouhodobým cílem bylo přijetí České republiky do Evropské unie, tak i proto, že zcela odlišný daňový systém, ať již svou strukturou nebo výší zdanění by bránil pohybu kapitálu, zboží i osob.

Cílem této reformy bylo:

- a) vytvořit systém daní odpovídající tržnímu prostředí, na zásadě spravedlnosti, efektivnosti a jednoduchosti,

² Např. Kubátová, Jakubský

- b) omezit přerozdělování mezi subjekty,
- c) snížit neúnosnou daňovou kvótu,
- d) snížit daně podniků, posílit daně nepřímé a daně od jednotlivců,
- e) zavést nové daně,
- f) vytvořit moderní správu daní na zákonném podkladě a omezit daňové úniky.³

Lze říci, že ke změnám v daňových předpisech dochází neustále. Mám za to, že se nejedná o další, tedy čtvrtou daňovou reformu. Změny u nepřímých daní byly zpracovány zejména v souvislosti se vstupem ČR do EU a došlo a stále dochází pouze k jejich harmonizaci.

K daním zavedeným třetí daňovou reformou přibýly v roce 2008 další daně – daň ze zemního plynu a některých dalších plynů, daň z pevných paliv a daň z elektřiny. Zákon⁴, kterým jsou tyto tzv. ekologické daně upraveny, nechci osobně hodnotit. Z pohledu problematiky „novela X daňová reforma“ se u něj ale nebude na škodu zastavit. Právě v souvislosti s jeho přijetím, se vyrojilo označení „daňová reforma 2007“ či „daňová reforma 2008“.

Povahou zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů se, a to krátce po jeho přijetí, zabýval Ústavní soud. Nález Ústavního soudu se, kromě jiného, dotýká rovněž zkoumané problematiky a Ústavní soud se v rámci vypořádání s celou řadou námitek vyslovil tak, že napadený zákon je další novelou, nikoliv reformou, citují: *„Navrhovatelé vytýkají přijatému zákonu závažné legislativní chyby. Zdůrazňují, že zákon není obvyklou novelou nebo právní normou, ale souborem dílčích úprav, představujících jednak novely několika desítek zákonů, jednak úpravy, které by obstály jako samostatné zákony. Jsou jimi např. změny v oblasti právní úpravy daní, včetně zavedení tzv. ekologických daní, právní úpravy téměř všech sociálních systémů, především systému státní sociální podpory, životního a existenčního minima, systému nemocenského pojištění, úpravy platové základny pro stanovení výše platu ústavních činitelů a státních zástupců, zaměstnanosti a právní úpravy veřejného zdravotního pojištění, pojistného na toto zdravotní pojištění, změn působnosti ministerstev aj.“*

S výše uvedeným argumentem se Ústavní soud vypořádal následujícím způsobem, citují: *Ústavní soud se k ústavnosti tzv. „sběrných novel“ vyslovil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 21/01 (Sbírka rozhodnutí, svazek 25, náleze č. 14, vyhlášen pod č. 95/2002 Sb.). Konstatoval, že „praxe, kdy jedním zákonem je současně novelizováno několik různých zákonů, je v legislativní praxi relativně častá ... tato praxe je v zásadě ústavně konformní, leč pouze tehdy, jestliže novelizované zákony vzájemně meritorně souvisí. Naopak za nežádoucí jev, nekorespondující se smyslem a zásadami legislativního procesu, je nutno označit situaci, kdy jedním zákonem jsou novelizovány zákony vzájemně obsahově bezprostředně nesouvisející k čemuž dochází např. z důvodu urychlení legislativní procedury, a to začasť formou podaných pozměňovacích návrhů. Takový postup totiž neodpovídá základním principům právního státu, mezi které patří zásada předvídatelnosti zákona, jeho srozumitelnosti a zásada jeho vnitřní bezrozpornosti. Jestliže totiž jedním zákonem*

³ Kubátová, K. *Daňová teorie – Úvod do problematiky*. Praha : ASPI, a.s., 2005. s. 15

⁴ Zákon č. 261/2008 Sb. o stabilizaci veřejných rozpočtů

(ve formálním smyslu) je zasahováno do materie upravované několika zákony jinými a tyto zákony spolu nejsou obsahově a systematicky provázány, vzniká nezřídka značně nepřehledný právní stav, který princip předvídatelnosti, srozumitelnosti a vnitřní bezrozpornosti zákona již nerespektuje.“. Ústavní soud připomíná, že v dané věci rozhodl zamítavým výrokem, a tudíž požadavek vnitřní obsahové konzistentnosti „sběrné novely“ obsažený v předmětném nálezu nelze hodnotit ve smyslu k derogaci směřující argumentace.

Obdobně se vyslovil k praxi „sběrných novel“ v nálezu ze dne 16. března 2001 (G 150/00-12) Ústavní soud Rakouské republiky. Na adresu „běžné zákonodárné praxe přijímání sběrných novel“ uvedl, že je „nanejvýš škodlivá pro poznatelnost práva“. Nicméně i v tomto případě uvedená výtká nepředstavovala derogační důvod, nýbrž toliko obiter dictum.

Ačkoli došlo k zavedení nových daní, souhlasím s Ústavním soudem, že nejde o daňovou reformu. Zákon o stabilizaci veřejných rozpočtů je jednou z dalších novelizací, které se dotkly, v tomto případě ovšem nejen, daňových zákonů. Jako argument pro tento fakt uvádím, že zmíněnými daněmi se sice rozšiřuje pole zdaňovaných objektů, ale jde pouze o doplnění u nás již upravených spotřebních daní.

Energetické (či ekologické) daně, jak bývají nazývány, jsou svou povahou spotřebními daněmi – dochází jimi ke zdanění spotřeby, přičemž účelem právní úpravy má být rovněž omezení nakládání s dotčenými objekty zdanění a tím pádem i ochrana životního prostředí. Spotřební daně naše daňová soustava již obsahovala. Že byly tyto daně zavedeny právě zákonem o stabilizaci veřejných rozpočtů, považuji za výsledek politických machinací. Nicméně, vycházím-li z komentáře Roberta Pelka⁵, souhlasím s tím, že kdyby nebyly tyto ekologické daně zakotveny zákonem o stabilizaci veřejných rozpočtů, upravovaly by je samostatné zákony, neboť mají natolik odlišný systém zdaňování, že je nebylo možné začlenit do zákona o spotřebních daních, ale bylo by nutno vytvořit zvláštní právní úpravu.

Jak jsem již uvedla, tyto nové daně jsou, podle mého názoru, doplňkem daňové soustavy ČR, a to poměrně dlouho očekávaným. Již zákon č. 212/1992 Sb., o soustavě daní, ve znění pozdějších předpisů, obsahoval pojem „daně k ochraně životního prostředí“. Myslím, že ekologické daně a daně k ochraně životního prostředí můžeme považovat, s ohledem na jejich podstatu, za pojmy obdobné. Ačkoliv byl zákon o soustavě daní již zrušen⁶, a to s účinností od 1. 1. 2004, nemyslím si, že by zavedené ekologické daně působily další daňovou reformu a podstatným způsobem měnily daňový systém ČR.

Co se dalších aspektů zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů týče, domnívám se, že komponenty daně z příjmů byly, změněny s cílem ovlivnit výši vybírané daně z příjmů, resp. zvýšit příjem do veřejných rozpočtů, i když se tvářily jako vstřícný krok vůči daňovým poplatníkům – zejména zaměstnancům. Změny nebyly zaměřeny na podstatu daně z příjmů, nezměnily její charakter, výrazným způsobem nezasahovaly ani do koncepce ani systematiky právního předpisu tak, jak je to běžné u daňové reformy (viz dále).

⁵ Pelka, R. *Vybraná ustanovení zákona č. 261/2007 Sb., o stabilizaci veřejných rozpočtů – „Ekologické daně“* in Marková, H. *Daňové zákony – úplná znění platná k 1. 1. 2008*. Praha : GRADA Publishing, a.s., 2008, s. 3

⁶ Zákonem č. 235/2003 Sb., o spotřebních daních, ve znění pozdějších předpisů

2.1 Teoreticko-právní základ daňové reformy

V okamžiku, kdy jsem se začala zabývat institutem daňové reformy z teoretického hlediska, zjistila jsem, že není mnoho autorů a knih, u kterých bych mohla její vymezení najít. Pakliže jsou, jedná se o ekonomické publikace.

Ottův slovník naučný definici obsahuje. I když vychází z obecného pojmu „reforma“, myslím si, že její vymezení je i na naši dobu výstižné, cituji: „Reforma je oprava, promyšlená změna zejména v zákonodárství a ve správě státní. Reforma berní je každá změna systému berního nebo jeho nejdůležitějších částí...“⁷

Z novodobých autorů pak prof. Kubátová⁸ uvádí, cituji: „Daňovou reformou rozumíme podstatnou změnu daňových zákonů, která má sociálněekonomické cíle.“ Dále předpokládá, že daňová reforma pozitivně ovlivní ekonomický růst a že přerozdělí daňové břemeno spravedlivěji, než tomu bylo před reformou. Jako další cíle si klade zejména snížení státního dluhu, splnění podmínek vstupu do EU, aj. Rozdíl mezi daňovou reformou a pouhou menší změnou daňových zákonů je někdy nezřetelný a politikové vydávají pouhé novely zákonů ze reformu.⁹

Z internetových zdrojů, a to na dvou místech, byla k nalezení jedna definice, protože byla naprosto totožná.¹⁰ Jak uvádí Jakubský, cituji: „Daňovou reformou rozumíme zásadní změny daňového systému. Daňovou reformou nejsou tedy pouze dílčí změny některých daní, aniž by se měnil jejich princip, k takovým dílčím změnám dochází každoročně.“¹¹

Oba autoři reflektují fakta z definice několik let staré, s čímž se ztotožňuji, poněvadž jde o její základní prvky. Dovolím si ovšem nesouhlasit s tvrzením prof. Kubátové, a to na místě, kde změny vedoucí ke snížení státního dluhu a splnění podmínek vstupu do EU považuje za hodné daňové reformy. Podle mého názoru byly tyto faktory spouštěčem novelizací, protože daně byly nastaveny již s účinností k 1. 1. 1993. Myslím, že zde nelze hovořit o systémové změně, která by měla za následek přeformování celého daňového systému.

Dalším definičním zdrojem pro vymezení pojmu daňová reforma může být „reforma veřejných financí“. Ačkoliv jde o pojem širší, domnívám se, že nebude na škodu předložit závěry prof. Ochraný¹², cituji: „Reforma veřejných financí je komplexní systémovou změnou veřejných financí.“ Tento autor vychází z definice pojmu „reforma“, jejíž význam odvozuje z latinského slova „reformare“, což znamená „znovu tvořit“. Zároveň uvádí, že obsahem a rozsahem pojmu „znovu tvořit“ jsou systémové, tudíž funkční změny projevuující se v podstatných

⁷ Ottův slovník naučný – dvacátýprvní díl. Praha: Sdružení pro Ottův slovník naučný ARGO/PASEKA 2000, s. 391

⁸ Kubátová, K. *Daňová teorie – Úvod do problematiky*. Praha: ASPI, a.s., 2005.

⁹ Kubátová, K. *Daňová teorie – Úvod do problematiky*. Praha: ASPI, a.s., 2005. s. 13

¹⁰ Viz http://www.sagit.cz/pages/lexikonheslatxt.asp?cd=157&typ=r&levelid=da_067.htm – ke dni 20. 8. 2008

a viz <http://www.daneaucetnictvi.com/ekonomicke-pojmy/danova-reforma.htm> - ke dni 20. 8. 2008

¹¹ Jakubský, R. *Výklad pojmu daňová reforma*. <http://www.daneaucetnictvi.com/ekonomicke-pojmy/danova-reforma.htm> - ke dni 3. 3. 2010

¹² Ochraná, F. in Hamerníková, B., Maaytová, A. a kol. *Veřejné finance*. 2. aktualizované vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2010, s. 302

systémových změnách na vstupu, výstupu a uvnitř systému ve vztazích mezi jeho prvky.¹³ Poukazuje zároveň na fakt, že pokud od roku 1989 vláda proklamovala reformu veřejných financí, pak se v lepším případě soustředila jen na některou vybranou oblast veřejných financí. Tou byla primárně příjmová stránka veřejných rozpočtů, zejména oblast daní.¹⁴

Za daňovou reformu pak prof. Vančurová označuje proces, který vykazuje alespoň několik z těchto charakteristik:

a) Systematická změna více parametrů daní vyvolaná nově formulovanými cíli daňové politiky a prostředky jejich realizace se může projevit například:

- záměrnou změnou v daňovém mixu, tj. zdůrazněním výnosu jednoho typu daní na úkor jiného,

- zavedením nové daně, tj. vyhledávání takového předmětu daně, který dosud nebyl dani podroben anebo byl součástí předmětu jiné daně,

- zamýšlenou změnou konstrukčních prvků daně, která má nezanedbatelný vliv na daňovou incidenci,

- zamýšlená změna daňové kvóty.

b) Optimalizace správy daní, respektive daňové administrativy. Tento proces je podstatně obtížněji identifikovatelný, ale zpravidla se neobejde bez současných změn v daňovém systému.¹⁵

I zde bych si dovolila na několika místech nesouhlasit, pochopitelně z právního hlediska. Zavedení nové daně by, podle mého názoru, bylo velmi těžké. Hledání zcela nových daňových objektů je velmi náročnou záležitostí. Domnívám se, že nejvýhodnější možné objekty zdaněny již jsou, takže by přicházela v úvahu pouze druhá varianta, a to vynětí daňového objektu, který již byl součástí předmětu jiné daně. Tím ale, podle mého názoru, nevzniká daň nová, pouze se jí dávají nové rozměry. S největší pravděpodobností by vznikl právní předpis, který by ovšem situaci nezlepšil, spíše naopak. Myslím si, že produkování dalších nových daňových zákonů ničemu neprospěje.

Ani zamýšlená změna konstrukčních prvků – jak jsem uvedla na příkladu sazby daně z příjmů – není schopna, podle mého názoru právníka, vyvolat daňovou reformu. Jakkoliv se změní některá, byť z obligatorních náležitostí daňově-právního vztahu, nemá to vliv na podstatu režimu té které daně. Ano, o ekonomickém dopadu by se mohlo diskutovat. Taková změna by byla opravdu jen dílčí změnou zavedenou další novelizací daňového předpisu. Předpokládám, že změna – zejména daňové sazby – nevyvolá přijetí zcela nového zákona.

Možná by nebylo od věci zdůraznit, že právní stránka této problematiky splývá s daňovými zákony. Vycházím stále z ustanovení článku 11 odstavce pátého Listiny základních práv a svobod, podle kterého, cituji: „Daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona“. Žádný jiný prostředek pro daňovou reformu nelze použít.

Vrátíme-li se, alespoň v hrubých rysech, do roku 1992, pak ano, zde opravdu šlo o daňovou reformu, neboť byla vytvořena zcela nová daňová soustava,

¹³ Ochraňa, F. in Hamerníková, B., Maaytová, A. a kol. *Veřejné finance*. 2. aktualizované vydání. Praha : Wolters Kluvej ČR. 2010, s. 301

¹⁴ Ochraňa, F. in Hamerníková, B., Maaytová, A. a kol. *Veřejné finance*. 2. aktualizované vydání. Praha : Wolters Kluvej ČR. 2010, s. 301

¹⁵ Vančurová, A. in Hamerníková, B., Maaytová, A. a kol. *Veřejné finance*. 2. aktualizované vydání. Praha : Wolters Kluvej ČR. 2010, s. 312-313

byly znovu vytvořeny daně, došlo k zavedení nových daní a režim některých již existujících daní byl změněn zcela novými daňovými zákony. Podstata daňové soustavy byla tím přeformována – reformována.

K tomu však v posledních deseti letech v ČR nedochází. Pojem „reforma“ je používán nesprávně a ať už zamýšlené změny jsou jakkoli hluboké, jde, domnívám se, o politickou taktiku, jak v lidech vyvolat pocit něčeho opravdu velkého. Změny v daních tímto nechci nijak bagatelizovat, pouze poukazuji na teoretický základ, který nelze obcházet. Proto se pokouším na základě nastíněných faktů přinést vlastní vymezení institut „daňová reforma“ (viz dále).

2.2 Vlastní pojetí pojmu daňová reforma

Z předloženého textu vyvozují závěry, s jejichž pomocí formulují vlastní definici pojmu daňová reforma. Můj postoj a názor na dnešní situaci je patrný z celé analýzy, nicméně v rámci shrnutí uvádím:

- a) daňová reforma je pojem užší než reforma veřejných financí,
- b) daňová reforma je **právní pojem**,
- c) daňová reforma může proběhnout pouze **prostřednictvím nových daňových zákonů, tedy za použití zákonů**,
- d) daňová reforma představuje **zásadní změnu** – znovu vytvoření - daňových zákonů,
- e) **zavedení nových daní**, které sice rozšiřují skupinu zdaňovaných objektů, ale zároveň spadají do již existující skupiny daní v ČR, neznamena daňovou reformu,
- f) případné **zrušení daně dědické a daně darovací**¹⁶, nemůže způsobit daňovou reformu,
- g) daňová reforma má (sociálně) **ekonomický dopad**.

K jednotlivým bodům přidávám následující komentář:

ad a) Daňová oblast je pouze jednou ze složek veřejných financí. Jde o součást příjmové stránky veřejných rozpočtů, proto daňová reforma nemůže být považována za reformu veřejných financí (a naopak), může však být a předpokládá se, že je její součástí.

ad b + c) tyto dva pojmy spolu velmi úzce souvisejí. Právní podstata pojmu, na základě předložených faktů, spočívá v tom, že daňovou reformu lze realizovat prostřednictvím právních předpisů, a to pouze zákonů, jak vyplývá ze zmíněného ustanovení čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod. Zavádění daňových povinností jiným právním předpisem by bylo protiústavní.

ad d) Pouhá dílčí změna daňového předpisu nezpůsobuje daňovou reformu, jde o novelizaci konkrétního ustanovení právního předpisu. Stejně tak změna znění zákona (tzv. přeformulování textu zákona) sama o sobě neznamena daňovou reformu, pokud

¹⁶ Viz Ministerstvo financí č.j. 25/34 022/2008 – Reforma daňového systému 2010 – Teze pro veřejnou diskusi – s. 3 – viz http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ek_rvf_kompletni_material.html - ke dni 31. 5. 2010

jsou zachovány stejné principy i objekty zdaňování. Jak z obecného pojmu „reforma“ vyplývá, má jít o „znovu tvoření“ daní.

ad e) Již zákon o soustavě daní upravoval termín „daně k ochraně životního prostředí“ a ačkoliv toto ustanovení nebylo za doby jeho účinnosti naplněno, domnívám se, že „nové ekologické“ daně jsou splacením tohoto dluhu. Vzhledem k tomu, že jde o daně svou povahou spotřební, nejde, podle mého názoru, o nic nového. Dovolím si je označit za doplnění spotřebních daní i proto, že mají regulační povahu a byly zavedeny pro omezení nakládání s objekty zdanění.

ad f) Plánované zrušení daně dědické a daně darovací považuji za logický krok v této oblasti i s ohledem na výši administrativních požadavků. Ale za předpokladu, že tyto převody budou přeřazeny do kategorie daně z příjmů a budou vlastně zdaňovány i nadále, nelze hovořit o daňové reformě. Myslím si, že i kdyby byly uvedené daně zrušeny bez náhrady, nemohl by tento fakt vyvolat daňovou reformu. Navíc připomínám, že názory na obě daně se shodují v tom, že ani u jedné nejde o spravedlivé zdanění, k čemuž se přikláním.

ad g) Právě oblast daňové reformy dokazuje, že právní stránka je k její ekonomické povaze velmi blízko. Řekla bych, že jedna podmiňuje druhou (v obou směrech), nicméně považuji za důležité tyto pohledy odlišovat, i když nezastírám, že to může být v mnoha ohledech komplikované.

Z výše uvedeného vyplývá potřeba předložení definice pojmu daňová reforma. Teoretické vymezení tohoto institutu vychází z aktuálního prostředí České republiky, ale ve své abstrakci by mohlo být aplikovatelné obecně i na další země. Definice zní:

Daňová reforma je právním pojmem spočívajícím ve vydání nových daňově-právních předpisů ve formě zákona, jejichž cílem je znovuvytvoření daňové soustavy s ohledem na sociálněekonomickou situaci státu, přičemž se nejedná pouze o dílčí změny vnitřní konstrukce daní.

2.3 Daňový řád jako reformní krok

Aby analýze bylo učiněno zadost a nedošlo k nedorozumění, je nutno na tomto místě zmínit, že ačkoliv odmítám fakt, že ČR prošla čtvrtou daňovou reformou, v jedné dílčí oblasti daňového práva se tomu tak opravdu stalo. Správa daní prodělala zásadní změnu – přepracování základního procesního předpisu, kdy Daňový řád¹⁷ nahradil Zákon o správě daní a poplatků¹⁸. Daňový řád za opravdový reformní krok považuji.

Tento právní předpis byl zařazen jako samostatný II. pilíř reformy veřejných financí 2007 – 2010 v materiálu Ministerstva financí ČR¹⁹. Očekávané přínosy²⁰

¹⁷ Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

¹⁸ Zákon č. 337/1997 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů

¹⁹ Srovnej viz http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/navrh_danoveho_radu_2pilir_rvf.html (ke dni 28. 10. 2010)

²⁰ Převzato

http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/TZ_20081118_Priloha_Prinosy_DR_pdf.pdf (ke dni 28. 10. 2010)

(které předkládám níže) sice naplněny zcela nebyly, ale i tak je tato změna velmi zásadní. Podle předkladatelů mělo jít o:

1. srozumitelný právní předpis

- větší přehlednost a lepší systematická uspořádanost nového zákona
 - nový zákon umožňuje logičtější strukturování textu, lepší členění do paragrafů a odstavců, což zvyšuje komfort pro uživatele
- jasnější a jednotné vymezení pojmů
 - zvýší právní jistotu a lze tak očekávat snížení počtu soudních pří
 - základ sjednocení terminologie celého daňového práva
- zkvalitnění zásad daňového procesu
 - vychází ze zásad obecného správního procesu
 - zohledňuje specifika daňového práva tak, že zůstávají zachovány zásady typické pro daňové právo (neveřejnost řízení, ochrana mlčenlivosti apod.)

2. moderní a efektivní správu zaručující snížení administrativní zátěže

- větší podpora elektronizace daňové správy
 - plně elektronická komunikace daňové správy s jejími adresáty
 - odstranění překážek elektronického vedení spisu
- jasná pravidla pro doručování
 - jistota účinného doručení pro obě strany a odstranění prostoru pro možné spory o to, zda bylo doručeno
 - zohledňuje moderní trendy v této oblasti (zejména tzv. souhrnnou novelu občanského soudního řádu)
 - připravenost na všechny způsoby elektronického doručování
- jasná pravidla pro vedení daňového spisu a nahlížení do něj
 - ke všemu, co má být použito jako důkaz, bude zajištěn přístup poplatníkovi
 - možnost nahlížet do kompletního soupisu písemností obsažených ve spise
- lepší provázanost ve vztahu k přezkumu prováděnému v rámci správního soudnictví
 - možnost uspokojení navrhovatele, se kterým se vede spor ve správním soudnictví a tím předcházení vzniku dalších nákladů a škod
 - možnost rychlého a efektivního vyřešení sporu
- odstranění omezení při volbě zástupce
 - nejen daňovým poradcům bude umožněno zastupovat u jednoho správce daně více daňových subjektů
 - to umožní zvolit si levnější zástupce a snížit tak náklady na plnění daňových povinností
- možnost odpustit úrok z prodlení při posečkání již při vydání rozhodnutí o posečkání
 - v současné době, pokud je rozhodnuto o posečkání daně a daňový subjekt chce docílit i prominutí úroků, musí podat další žádost. Daňový řád přináší možnost, že správce daně rozhodne o prominutí úroků z prodlení již při rozhodnutí o posečkání.
- možnost dokončením daňové kontroly a daňové exekuce původním správcem daně i po změně místní příslušnosti
 - změnou místa pobytu nebo sídla dochází ke změně místní příslušnosti správce daně. Nová úprava přináší možnost, aby probíhající exekuci nebo daňovou kontrolu dokončil ten správce daně, který už je s případem obeznámen,

předejde se tím prodlevám a možnému obstrukčnímu jednání, čímž rovněž dochází k efektivnějšímu využití administrativní kapacity.

- částečné zamezení efektu „přesídlování firem do velkých měst“

- rozšíření možnosti podání dodatečných daňových přiznání na nižší daň na úkor obnovy řízení

- dodatečné daňové přiznání řeší případy, které by jinak byly řešeny obnovou řízení, které představuje administrativně náročnější institut, neboť zahrnuje i fázi povolovací. Ta podle daňového řádu v případě dodatečného daňového přiznání odpadá, neboť rozhodnout bude moci rovnou správce daně v první instanci.

3. odstranění tvrdostí a nejasností

- posunutí splatnosti daně ve výši, která byla stanovena nad rámec tvrzení daňového subjektu, až po rozhodnutí o odvolání, pokud bude podáno

- obdobný efekt je možné složitým způsobem docílit i dnes tím, že se vyhová žádosti o posečkání platby daně vyměřené nad rámec tvrzení, což je ovšem nenárokové a zbytečně administrativně náročné

- omezení pravomoci ministra financí prominout daň

- daň a příslušenství daně již nebude možné promíjet v individuálních případech
- promíjení daně z důvodů nesrovnalostí v daňových zákonech bude možné pouze v plošných a předem zveřejněných případech, což přinese rovné zacházení s poplatníky, kteří se ocitnou ve stejné situaci

- zavedení požadavku odůvodňovat každé rozhodnutí,

- obecný standard, který sledují všechny procesní předpisy

- předřazení priority úhrady daně před její příslušenství

- nový nástroj ke zvýšení motivace k úhradě samotné daně

- celkové zjednodušení systému pořadí úhrady, ve kterém jsou dnes nejasnosti

- stanovení jednoznačných pravidel pro opakování daňových kontrol a jejich omezení

- zapracování principu odvozeného judikaturou

- vychází se ze zásady, co nejméně zatěžovat daňový subjekt

- zkrácení obecné lhůty, po jejímž uplynutí je možné se bránit před nečinností ze 6 na 3 měsíce

- zvýšení tlaku na urychlení správy a tím efektivitu řízení

- jednoznačné nastavení lhůty pro stanovení daně

- jasně vymezená doba, kdy lze ještě zvyšovat či snižovat daňovou povinnost

- na jisto postavený časový prostor pro vyměření či doměření daně na jedné straně umožní odstranění některých tvrdostí a na druhou stranu poskytuje prostředky při potírání daňových úniků

- v řízení o mimořádném opravném či dozorčím prostředku nebude vznikat úrok z prodlení

4. nové pojetí daňové exekuce

- veškeré pravomoci správce daně vystupujícího v pozici soudu jsou zakotveny v daňovém řádu, tudíž nebude do budoucna nutné, aby se přiměřenou aplikací o.s.ř. do role soudu dosazoval, když zároveň má ještě pozici oprávněného

- zjednodušení aplikace ustanovení o exekuci a zvýšení motivace k jejich využití

- odstranění možných pochybností tím, že úprava je uvedena plně do souladu s principem, že pravomoc orgánu veřejné moci má být výslovně stanovena zákonem
- zavedení pravidla, podle něhož je nutné při volbě způsobu vymáhání dbát toho, aby náklady spojené s vymáháním nebyly neúměrné k výši vymáhaného nedoplatku.
 - předcházení nerovného zacházení s poplatníky v případě, že budou zvoleny různé druhy výkonu rozhodnutí (správce daně, soud, exekutor)
- přehledná úprava dražeb věcí movitých i nemovitých a s tím souvisejícího rozvrhového řízení

S ohledem na téma tohoto příspěvku považuji za primární bod ad 1., kde je výslovně stanoveno, že jde o „nový zákon“. Právě tento fakt potvrzuje to, co jsem již napsala, že v tomto případě jde skutečně o reformu daňového procesu. Právní předpis je „znovuvyvořen“, používá nové pojmy, jeho systematika se od zákona o správě daní a poplatků výrazným způsobem liší a dokonce samotné daňové řízení je vymezeno, aspoň co se jeho stadií týče, jinak, nově.

3. Závěrem

Tento příspěvek je zaměřen na dílčí problém teoretické podstaty daňového práva, a to konkrétně na institut „daňová reforma“ v souvislosti s daňovými změnami, které jsou v současnosti velmi časté a působí až nepřehlednou situaci v daňové oblasti.

Přitom v daních, resp. v jejich nastavení je ukryta vysoká míra regulačních schopností. Daň jako ekonomický nástroj lze zavést, měnit a dokonce rušit pouze právním prostředkem, kterým jediným v ČR, ve smyslu ústavního pořádku, je zákon. Proto správně sepsaný daňový zákon může být účinným prostředkem skýtajícím regulační schopnosti a ovlivňujícím ekonomiku daného státu.

A protože jsou daňové změny tak časté, lze vysledovat, že poměrně populárním užívaným pojmem se stala „daňová reforma“. Jak ovšem zpracovaná analýza dokazuje, ani vysoký počet změn daňových zákonů nemůže být podstatou daňové reformy.

Kontakt

zdenka.papouskova@gmail.com

Доц. Юрий Пацуркивский

доцент кафедры гражданского права
Черновицкого национального университета имени Юрия
Федьковича, Украина

Правовой режим реализации права частной собственности

Abstract

Legal regulation of private property is the intended effect on the behavior of these relations through legal means and methods. The main legal means of regulating the relations of private property should be viewed: relationship, enabling legislation, legal awareness and legal culture. The legal regime of private property implies two aspects arising from the nature of legal regulation. First, the subject of private property rights should be able to bring to life, to carry out the powers of ownership, use and disposition of the subject property, that is, he should be able to realize it belongs to the subjective right. Secondly, said there is no real possibility if it does not receive state support and protection by the state.

1. Постановка проблемы исследования

Актуальность научных исследований, связанных с собственностью, достаточно четко сформулировала Л.В. Щенникова: «Удивительным свойством обладает эта категория -«собственность». Стара как мир, изучена и описана, и одновременно всегда неожиданно нова и непредсказуема, она желанна и плодотворна для новых и новых исследований...»¹. Действительно, «собственность» является одной из наиболее изученных категорий в юридической науке, что объясняется особой значимостью для общества отношений собственности и необходимостью их эффективного регулирования. Избранная нами тема исследования обусловлена теоретической и практической значимостью широкого круга вопросов, касающихся формирования и функционирования в эффективного механизма обеспечения права частной собственности. Закрепление на конституционном уровне многоукладной экономики и формальное «выравнивание» статусов государственной и частной собственности не привело, да впрочем, и не могло привести к моментальному изменению в правосознании, в рамках которого утвердилось представление о

¹ Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. М., 1996. С. 20

существующих формах собственности как о противопоставляемых, находящихся в постоянном конфликте категориях².

В условиях плановой экономики приоритет принадлежал государственной собственности. Личная собственность -- своеобразный аналог частной носила производный, заведомо вторичный прежде всего, по своему юридическому значению характер. Процессы модернизации правовой системы, получившие свое развитие в конце прошлого тысячелетия и продолжающиеся вплоть до настоящего времени, обусловили своеобразную «смену приоритетов»³. Определение прав и свобод человека в качестве высшей ценности в ст.3 Конституции Украины⁴ создает предпосылки для утверждения о первичности частного права и производности публичного права. При этом в рамках подобного подхода нередко высказывались мнения о необходимости существенного ограничения возможностей государства в сфере отношений собственности. Как правило, посредством таких рассуждений объяснялась необходимость проведения приватизации. Следует отметить тот факт что определенная непродуманность реформ в этой отрасли повлекли за собой серьезные негативные последствия.

Преодоление кризисных последствий в данной области невозможно без серьезных научных разработок. Необходимо выработать общие подходы к пониманию института собственности, определить специфику структуры и содержания права частной собственности, выявить принципы соотношения государственной и частной собственности в условиях формирования в Украине правового государства и гражданского общества, а также определить специфику режимов правового воздействия, в рамках которых право частной собственности приобретает, реализуется и охраняется. Вышеперечисленные аспекты свидетельствуют об актуальности проблематики и предопределяют выбор темы исследования.

2. Степень разработанности темы исследования

Проблема понимания сущности частной собственности всегда занимала одно из центральных мест в социальных науках. Столь пристальный и ранний интерес к ней, объясняется тем, что отношение человека к вещам «было одним из первых требований развивающейся личности»⁵. Но собственно юридический аспект указанной проблематики наиболее полное освещение получил в рамках римской юриспруденции, которая выработала теоретико-правовые начала права собственности, составившие основу как англосаксонской, так и романо-германской цивилистики. Созданный римскими

² Частная собственность как объект правового регулирования // Проблемы совершенствования законодательства и правоприменительной деятельности: Сб. трудов докторантов, адъюнктов и соискателей. Вып. 16 / Под общ. ред. В.П.Сальникова. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2002.

³ Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып.1 / Под ред. Р.А.Майданника. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С.188-202.

⁴ Конституція України Верховна Рада України; Конституція, Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР

⁵ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 192.

юристами концептуальный подход сегодня составляет основу всех теоретических исследований по праву собственности. Но, несмотря на универсальность данного подхода, следует признать, что всегда существует специфика, определяемая историческими условиями и национальным фактором⁶. В этом можно убедиться, сравнив теоретические разработки по проблемам частной собственности, например, западных исследователей, отечественных авторов дореволюционного, советского и постсоветского периодов.

В процессе эволюции правовой теории собственности можно выделить три основных этапа⁷:

Первый этап – дореволюционный, связан с именами таких выдающихся ученых, как Н.Н. Алексеев, Ю.С. Гамбаров, И.А. Ильин, Л.И. Петражицкий, К.П. Победоносцев, М.М. Сперанский, С.Н. Трубецкой, Б.Н. Чичерин, С.Л. Франк, Г.Ф. Шершеневич и др. На этом этапе четко прослеживается влияние западных либеральных воззрений, учений Дж. Локка, Ш.Л. Монтескье, Ж-Ж. Руссо. Усматривается влияние теории собственности, разрабатываемой в рамках немецкой классической философии (Георг Вильгельм Фридрих Гегель, Иммануил Кант, Иоганн Готлиб Фихте и др.)

Второй этап характеризуется влиянием марксистской философии. Определяющий фактор частной собственности отходит на второй план в рамках общей теории собственности. Центральное место занимает идея коллективного владения, пользования и распоряжения имуществом, развивается теория социалистической собственности. Эти вопросы поднимались, например, в работах М.М. Агаркова, С.С. Алексеева, С.Н. Братуся, О.С. Иоффе, Е.А. Суханова, Р.О. Халфиной и др.

Современный этап характеризуется многообразием подходов. Теоретические наработки в области права частной собственности носят несколько синтетический характер, что обусловлено спецификой исторического периода и переоценкой ценностей. Среди множества работ, составляющих теоретическую основу современной теории собственности, и разработки вопросов, непосредственно связанных с частной собственностью, особо следует выделить исследования таких авторов советского и постсоветского периода, как: Г.А. Андреева, М.И. Брагинский, А.В. Дзера, А.С. Довгерт, В.П. Камышанский, Н.В. Капаева, А.Ю. Карманов, Н.И. Клейн, С.М. Корнеев, Н.С. Кузнецова, М.Г. Масевич, В.П. Мозолин, Б.И. Пугинский, М.Г. Розенберг, В.А. Рясенцев, О.Н. Садиков, А.П. Сергеев, К.И. Скловский, Ю.К. Толстой, М.Л. Шакирова, Я.Н. Шевченко и др.

Однако следует констатировать, что в современной отечественной юридической науке фактически отсутствуют исследование, посвященное такому феномену, как режим правового регулирования отношений частной

⁶ Средства и методы правового регулирования отношений частной собственности // Общество и право: Сб. трудов докторантов, адъюнктов и соискателей. Вып. 17 / Под общ. ред. В.П. Сальникова. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2003.

⁷ Правовой режим реализации и защиты права частной собственности : Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.01 / А. Ю. Кинев ; Науч. рук. В. В. Пономарева ; Санкт-Петербургский университет МВД России. - СПб., 2003. - 26 с.

собственности. Отсутствует комплексный правовой анализ существующих теоретических моделей сочетания средств и методов правового регулирования отношений, складывающихся по поводу владения, пользования и распоряжения определенных социальных благ. Наше исследование посвящено проблемам этого аспекта теории собственности.

Цель исследования заключается в комплексном историко-теоретическом и сравнительно-правовом анализе нормативных актов, теоретических источников, а также материалов эмпирического характера, характеризующих структуру и содержание правовых режимов реализации частной собственности. Достижение обозначенной цели предполагает решение следующих задач: сформулировать понятие режима правового регулирования отношений частной собственности и исследовать особенности формирования и функционирования режимов подобного рода в современных условиях; выявить существующие проблемы в сфере реализации права частной собственности и показать правовые способы решения выделенных проблем.

Изложение основного материала исследования. Приступая к исследованию частной собственности в качестве объекта правового регулирования, следует учесть положение, согласно которому институт собственности составляет материально-экономическую основу, в конечном счете определяющую особенности всех юридически значимых взаимодействий в рамках правовой системы. В этой связи весьма своевременным представляется замечание Е.А.Суханова: «Право (и государство как особый аппарат принуждения к его соблюдению) возникает именно в связи с необходимостью охраны отношений собственности. Такая охрана в сущности составляет основное содержание правового регулирования экономических отношений, а право собственности с данной точки зрения становится ядром, центром всей правовой системы»⁸. При этом категория «право частной собственности» раскрывается в двух смысловых значениях, определяемых двойственной природой самого права как социального феномена, т.е. в объективном и в субъективном смысле. В объективном смысле право частной собственности представляет собой социальное отношение, складывающееся в связи с преобразованием окружающей человека природы и получением определенных благоприятных результатов, являющихся собственностью субъекта, осуществившего данное преобразование, независимо от того, признается данное отношение государством в качестве правового либо нет. При этом обусловленное фактическими, социальными связями, объективное право частной собственности подразумевает наличие определенных возможностей субъекта в отношении конкретного, присвоенного им блага и соответствующего этим возможностям необходимого субъективного поведения. Таким образом, юридическая формализация этих социальных взаимодействий подразумевает наличие субъективных прав и обязанностей, связанных с присвоением и отчуждением социальных благ. В субъективном смысле право частной собственности представляет собой совокупность закрепленных нормами позитивного права (законодательства) возможностей и долженствований, возникающих у субъекта (как у индивидуальных, так и

⁸ Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М., 1991. С.13.

коллективных) вследствие вступления в отношения владения, пользования, распоряжения предметами материального и нематериального мира, вовлеченными в хозяйственный оборот.

Правовые отношения частной собственности, как и любые правовые отношения, подразумевают не только наличие субъективного права, но и наличие обязанностей. В рамках правоотношений частной собственности особое место занимает бремя собственности, которое заключается в необходимости осуществления затрат на содержание, ремонт и охрану имущества, уплате налогов, а также в риске возможных потерь от нерационального либо неумелого хозяйствования.

Частная собственность, как в объективном, так и в субъективном смысле, составляет основу гражданского общества, обуславливает степень свободы личности в государстве. «Если есть частная собственность следовательно есть, при прочих равных условиях, и экономическая свобода человека. А последняя, как известно, служит фундаментом для свободы личности в других сферах, то есть является своего рода экономическим гарантом. Без частной собственности не может идти речь об экономической свободе индивида. Только она делает гражданина, личность всесторонне независимой. Независимая личность это основа гражданского общества, вне которого объективно невозможно построение правового государства. Таким образом, частная собственность выступает одним из важнейших базисных элементов формирования демократии. Лишь экономически свободные индивиды способны объединиться в свободное общество»⁹. Таким образом, в условиях построения правового государства и целенаправленного развития гражданского общества особое значение приобретает проблема правового регулирования отношений собственности. Прежде всего, существенным образом актуализируются вопросы, связанные с реализацией и защитой права частной собственности.

Правовое регулирование отношений частной собственности представляет собой целенаправленное воздействие на поведение участников этих отношений, при помощи правовых средств и методов.

В качестве основных правовых средств регулирования отношений частной собственности целесообразно рассматривать: правоотношения, правоприменительные акты, правосознание и правовую культуру. При этом основным структурным элементом системы правового регулирования отношений собственности выступают правовые нормы, закрепляющие состояния присвоенности соответствующих материальных благ.

Возможности правового регулирования, осуществляемого одними и теми же правовыми средствами в разных областях социальной жизни, неодинаковы. Государство может оказывать разное регулятивное воздействие на различные общественные отношения. И здесь важнейшая роль отводится методу правового регулирования, под которым в юридической науке понимается «обусловленный предметом регулирования способ воздействия права на общественные отношения»¹⁰. Поскольку право представляет собой

⁹ Иванов В.А., Колесников В.В., Мищенко А.А. Свобода и независимость личности в демократическом обществе. СПб., 1992. С.56 - 57.

¹⁰ Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 2001. С. 168.

систему правил поведения людей, оно, прежде всего, воздействует на человеческие поступки, а уже через них -- на общественные отношения. Следовательно, метод правового регулирования можно определить и как способ воздействия права на поведение человека - субъекта общественных отношений.

Правовое регулирование отношений собственности как базовых экономических отношений имеет особую социальную значимость, которая приумножается в условиях экономического кризиса, а также при проведении государством структурных преобразований экономики. При этом односторонним следует признать подход, в соответствии с которым правовое регулирование отношений собственности подразумевает (или должно подразумевать) лишь прямое государственное участие, определяемое в первую очередь императивным методом правового регулирования. В условиях рыночно ориентированной экономики, важным является обращение к частноправовым началам в процессе правового регулирования. Вместе с тем, деятельность государства в сфере правового регулирования отношений собственности, осуществляемая преимущественно частноправовыми методами, подразумевает и наличие отдельных императивных начал.

Анализ средств и методов правового регулирования отношений собственности дает достаточные основания для поддержки существующей в теории права точки зрения, согласно которой «институт собственности имеет межотраслевой, комплексный характер. Отношения собственности по своему характеру разнородны, и различные их аспекты регулируются разными отраслями права»¹¹.

Право, это регулятор общественных отношений, без которого немислимо ни общество, ни государство. Поэтому правовое регулирование в современном обществе – важное условие создания правового порядка, защиты и охраны от нарушений прав, свобод и законных интересов граждан и иных лиц, которые закреплены действующими нормами права.

Одним из особых способов правового регулирования является формирование правового режима. Для достижения целей нашего исследования необходимо выяснить закономерности и особенности правовых режимов. Следует также определиться с содержанием данного явления и возможностью эффективного использования в современных условиях для достижения необходимых результатов в правовом регулировании. Учитывая то обстоятельство, согласно которому правовое регулирование происходит через использование средств применения отраслевого законодательства, необходимо выяснить отраслевое понятие «правовой режим», его характерные черты и особенности.

На сегодняшний день понятие правового режима все активнее используется в юридической литературе¹². Это словосочетание можно встретить в научной, учебной литературе, в нормативных актах. Однако

¹¹ Шакирова М.Л. Становление и развитие учения о сии (историко-правовое исследование): Автореф. Дис... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С.8.

¹² Пацурківський Ю.П. Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності. Монографія. – Чернівці: Рута, 2001. – 246с.

сущность этого явление остается спорным вопросом. Легальное определение правового режима отсутствует. В научной литературе ведутся дискуссии по поводу определения правового режима. Так, например Исаков В.Б.¹³, Алексеев С.С.¹⁴, Морозова Л.А.¹⁵, Матузов Н.И., Малько А. В.¹⁶ определяют правовой режим по-разному. Исходя из этого, считаем необходимым попытаться сформулировать общетеоретическое, универсальное понятие правового режима, его признаки (на основе имеющихся научных наработок, их систематизации), для того чтобы эффективно использовать эту юридическую конструкцию. Их подробный анализ может содействовать совершенствованию механизма правового регулирования, а также повышению его эффективности.

На наш взгляд, правовой режим можно определить как особый порядок правового регулирования, выражающийся в определенном сочетании юридических средств: дозволений, запретов, позитивных обязываний, создающий требуемое социальное состояние и конкретную степень благоприятности либо не благоприятности для удовлетворения интересов субъектов права. Основные признаки правовых режимов состоят в следующем: устанавливаются в законодательстве и обеспечиваются государством; имеют цель специфическим образом регламентировать конкретные области общественных отношений, выделяя во временных и пространственных границах те или иные субъекты и объекты права; представляют собой особый порядок правового регулирования, состоящий из юридических средств (дозволений, запретов, обязываний) и характеризующийся определенным их сочетанием; создают конкретную степень благоприятности либо не благоприятности для удовлетворения интересов отдельных субъектов права.

Право – это сложное явление, которое представляет собой систему. В эту систему входит множество разных отраслей, подотраслей, институтов, норм. Можно выделить целый ряд отраслей, которые в регулировании общественных отношений используют правовые режимы, устанавливая тем самым особое правовое регулирование.

Точного определения правового режима отраслевая литература и отраслевое законодательство не содержит. Исследователи указывают на существование правовых режимов конкретных объектов, например, правовой режим банковской тайны¹⁷, правовой режим нежилого помещения как самостоятельного объекта недвижимости, структура, классификация и правовой режим имущества¹⁸ и др. При этом осуществляются попытки

¹³ Исаков, В.Б. Механизм правового регулирования и правовые режимы. / В.Б Исаков // Проблемы теории государства и права. – М., 1987. – С. 258–259.

¹⁴ Алексеев, С.С. Теория права / С. С. Алексеев. – М., 2000. – С. 243

¹⁵ Морозова, Л.А. Конституционное регулирование в СССР / Л.А. Морозова. – М., 1985. – С. 123

¹⁶ Матузов, Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: вопросы теории и практики / Н.И. Матузов, А.В. Малько // Правоведение, 1996. – № 1. – С. 42.

¹⁷ Сапожников, Н. Правовой режим банковской тайны / Н. Сапожников // Законность, – 2001, №7.

¹⁸ Чубаров, В.В. Правовой режим нежилого помещения как самостоятельного объекта недвижимости / В.В. Чубаров // Право и экономика, – 2003. – № 3.

сформулировать определения отраслевого правового режима. В законодательных актах определения правового режима не содержится¹⁹²⁰.

В различных отраслях законодательства термин «правовой режим» встречается не равномерно. Одни отрасли используют его достаточно часто (административное, финансовое законодательство)²¹, для других его появление в содержании нормативного акта носит эпизодический характер (большинство институтов гражданского законодательства, а также подотрасли гражданско-правового комплекса), третьи вообще его не используют (уголовное право)²².

Поскольку общетеоретическое и отраслевое понятия «правовой режим» должны иметь общие признаки, можно прийти к выводу о том, что признаки общетеоретического понятия «правовой режим», характерны и для отраслевого определения. Следует отметить что каждая отдельная отрасль права регулирует отдельную группу общественных отношений. Поэтому в каждой отрасли существует специфика правового режима.

Проанализируем соотношение правового режима в гражданском праве и общетеоретическом значении. При обращении к цивилистической литературе, мы встречаем множество источников, которые содержат определения понятия «правовой режим». Понятие «правовой режим» применительно к объектам гражданского права в литературе и судебной практике используется довольно часто.

Отраслевое понятие «правовой режим» было четко сформулировано В.И. Сенчищевым²³. Исследователь определяет «правовой режим в качестве совокупности всех позитивно-правовых предписаний, содержащихся в императивных и диспозитивных нормах и основанных на них (или им не противоречащих) субъективно-правовых притязаний, существующих и действительных с точки зрения права и в соответствующих случаях определяющих права, обязанности, дозволения, запреты и предписания в отношении абсолютно всех лиц по поводу того предмета (явления), в отношении которого они установлены». Свое понимание «правового режима» объектов гражданских прав предлагает О.Н. Садиков: «Правовой режим объектов гражданских прав – это нормативно установленная совокупность правил, позволяющих определить, может ли тот или иной объект быть предметом сделок и каких именно, по каким основаниям возникают и прекращаются права на него и в каком объеме и пределах они

¹⁹ Про правовой режим надзвичайного стану Верховна Рада України; Закон від 16.03.2000 № 1550-III; Про правовой режим военного стану Верховна Рада України; Закон від 06.04.2000 № 1647-III; Про правовой режим майна у Збройних Силах України Верховна Рада України; Закон від 21.09.1999 № 1075-XIV; Про правовой режим земель охоронних зон об'єктів магістральних трубопроводів Верховна Рада України; Закон від 17.02.2011 № 3041-VI

²⁰ Короткова, О.И Структура, классификация и правовой режим государственного / О.И. Короткова //Адвокат. – 2009. – № 9.

²¹ Бахрах, Д.Н. Административное право: учебник / Д.Н. Бахрах. – М., 1996. – С. 201.

²² Малько, А.В., Родионов, О.С. Правовые режимы в российском законодательстве / А.В. Малько, О.С. Родионов // журнал Российского права. – 2001. – № 9.

²³ Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. - М.: Издательство «Статут», 1998. 464 с.

осуществляются». В других источниках под правовым режимом понимают специфическое регулирование, применение специальных законов и норм. «Таким образом, правовой режим недвижимости следует отнести к обладающему специфическими особенностями способу совершения сделок, объектом которых является недвижимое имущество». На основе вышеизложенного можем сделать вывод о том, что единого понятия гражданско-правового режима не существует. Существуют исследования гражданско-правового режима конкретных прав или видов имущества²⁴. Отдельные авторы предлагали определять правовой режим имущества в качестве объема прав, которые осуществляются в отношении определенных видов имущества теми хозяйственными органами, за которыми это имущество закреплено²⁵.

Отдельные исследователи, определяя понятие «гражданско-правовой режим», подменяют это понятие совокупностью нормативно-правовых актов, либо ограничиваются просто отсылкой к правам в отношении этого имущества, либо специфическим определением этого имущества.

Следует отметить, что не существует единого понимания гражданско-правового режима, а из предложенных определений можем сформулировать следующие общие черты этой конструкции. Основной общей чертой является то, что правовой режим раскрывает или указывает на объем прав, который субъект права имеет в отношении к конкретному объекту. Кроме того, общей чертой является то, что правовой режим – это совокупность правил, предписаний.

При выработке понятия гражданско-правового режима, на наш взгляд, необходимо обратиться к общетеоретическому понятию «правовой режим» и применять характерные для него черты, чтобы прийти к единообразию.

Если сравнить те черты, которые были сформулированы нами для гражданско-правового режима с общетеоретическими чертами «правового режима», то можно найти общее. К таким общим чертам относится, например, то, что гражданско-правовой режим устанавливается в законодательстве и обеспечивается государством а также имеет целью особую регламентацию гражданско-правовых объектов.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что существование общетеоретического понятия «правового режима», необходимо. Отраслевое понятие должно основываться на общетеоретическом понимании, и при этом должно но быть дополненным или измененным в соответствии со спецификой этой отрасли права. Учитывая выше изложенное, гражданско-правовой режим должен вобрать в себя все черты общетеоретического понятия «правовой режим» и указать на особенности данного отраслевого правового режима. Анализ различных концептуальных подходов к пониманию категории «правовой режим» позволил прийти к мнению, что данная категория характеризует специфику правового регулирования. Эта специфика определяется следующими факторами: особенностями регулируемых

²⁴ Пацурківський Ю.П. Правовий режим майна суб'єктів підприємницької діяльності. Монографія. – Чернівці: Рута, 2001. – 246с.

²⁵ Певзнер, А.Г., Субоцкий Ю.В. Правовые основы управления промышленностью / А.Г. Певзнер, Ю.В. Субоцкий. – М. – 1966. – С. 45.

отношений; особенностью условий и спецификой ситуации (социальная стабильность или экстраординарность ситуации); степенью государственного вмешательства, обусловленного особенностью регулируемых отношений и спецификой складывающихся условий²⁶. Степень такого вмешательства определяется подбором используемых в процессе правового регулирования средств и методов правового регулирования.

Рассматривая вопрос о месте правовых средств в характеристике правового режима, следует обратиться к следующему подходу. Правовой режим можно рассматривать как «своего рода укрупнённый блок в общем арсенале правового инструментария, соединяющий в единую конструкцию определённый комплекс правовых средств», «порядок регулирования, который выражен в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования»²⁷.

Считаем целесообразным помимо инструментального аспекта, характеризующего феномен правового режима, указать и на методологический аспект, который в рамках узко инструментального подхода несколько нивелируется²⁸.

В этой связи следует отметить, что если правовое средство - это инструментарий, при помощи которого осуществляется государственное воздействие на определенные общественные отношения (т.е. на объект правового регулирования), то правовой метод представляет собой сочетание приемов и способов использования соответствующих средств, применительно к конкретным условиям. При этом определенное правовое средство с методологической точки зрения может быть совершенно по-разному использовано в процессе правового регулирования.

Соответствующее сочетание средств и методов определяет степень государственного вмешательства в сферу частных интересов и в конечном счете характеризует режим правового регулирования определенных общественных отношений. Иными словами, правовое регулирование может осуществляться в разном режиме.

В теории государства и права предпринимались попытки общей классификации феномена «правовой режим» с использованием разнообразных критериев²⁹.

²⁶ Правовой режим: понятие и основные классификационные критерии // Проблемы совершенствования законодательства и правоприменительной деятельности: Сб. трудов докторантов, адъюнктов и соискателей. Вып. 16 / Под общ. ред. В.П.Сальникова. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2002.

²⁷ Алексеев С.С. Право: азбука - теория - философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С.373.

²⁸ Режим правового регулирования отношений частной собственности: понятие и структура // Современное общество и правоохранительные органы: проблемы теории и практики: Сб. трудов докторантов, адъюнктов и соискателей. Вып. 18 / Под общ. ред. В.П.Сальникова. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2003.

²⁹ Матузов Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: понятие и виды // Право и политика: современные проблемы соотношения и развития. Вып. 4. Воронеж, 1996; Шамсумова Э.Ф. Правовые режимы (теоретико-правовой аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001 и др.

Объектом нашего исследования охватывается такой вид правовых режимов, как режим правового регулирования отношений частной собственности. Этот правовой режим обособлен на основании предмета правового регулирования. При этом под режимом правового регулирования отношений собственности предлагаем понимать определенное сочетание средств и методов правового регулирования отношений, складывающихся по поводу владения, пользования и распоряжения каких-либо материальных благ.

Следует отметить, что субъектами этих отношений выступают как коллективные, так и индивидуальные лица (субъекты права собственности). Именно субъектный состав детерминирует существование государственной и частной собственности. «Превалирование той или иной формы собственности определяет характер экономики государства. Так, в условиях рыночной экономики господствующей формой собственности является частная, а в условиях командно-распределительной экономической модели - государственная»³⁰. Таким образом, нормативно закреплённая возможность индивидов владеть, пользоваться и распоряжаться соответствующими материальными благами (прежде всего средствами производства) составляет основу рыночной экономики. В свою очередь, сочетание средств, методов, способов правового регулирования отношений, складывающихся по поводу присвоения индивидами определенного имущества, можно определить как правовой режим частной собственности.

Правовой режим частной собственности подразумевает наличие двух аспектов, обусловленных природой правового регулирования. Во-первых, субъект права частной собственности должен иметь возможность воплотить в жизнь, осуществить правомочия владения, пользования и распоряжения объектом собственности, т.е. он должен иметь возможность реализовать принадлежащее ему субъективное право. Во-вторых, указанная возможность не будет реальной, если она не получит государственное обеспечение, защиту со стороны государства как гаранта прав и законных интересов человека и гражданина.

Исследуя первый из указанных аспектов, следует сделать вывод о том, что право собственности (в объективном и в субъективном смысле), как и любое право, может быть воплощено в таких формах непосредственной реализации, как соблюдение, исполнение, использование.

Активный исследовательский интерес к проблеме реализации правовых норм стал ощутимым в отечественной юриспруденции начиная с середины прошлого века³¹. В связи с этим, следует отметить, что несмотря на общепризнанность данной категории, и сегодня продолжают высказываться мнения, что она, как и отдельные формы осуществления правовых норм, нуждается в серьезном уточнении, поскольку «право относится к социально-государственной сфере деятельности, поэтому феномен реализации проявляется в ней исходя из требований и условий бытия юриспруденции,

³⁰ Канюков С.К. Генезис права собственности в контексте эволюции российской правовой традиции: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 34-35.

³¹ Александров Н.Г. Законность и правоотношения в социалистическом обществе. М., 1995. С. 92; и др.

которая, как никакие другие сферы, требуют объективности, четкости и однозначности применяемых в ней терминов, понятий и определений, чего в действительности не наблюдается»³².

В цивилистической литературе процесс претворения в жизнь нормативно-правовых предписаний, его определенное качественное состояние фиксируется многими понятиями, в том числе «реализация», «применение», «осуществление», «обладание», «пользование» и некоторыми другими. Этот перечень можем дополнить законодательным процессом как исходной формой правореализующей деятельности государства³³. Однако вопрос об их соотношении и оправданности использования столь многообразной терминологии к одному и тому же явлению пока надлежащим образом не изучен.

Юридическая конструкция осуществления соотносится с реализацией³⁴, некоторыми ее видами³⁵, с правовой системой в целом³⁶ и т.д. В ряде работ употребляется исключительно понятие «реализация»³⁷ или «правоприменение», полагая, что последним охватываются все иные формы осуществления правовых норм³⁸.

Правовая конструкция «осуществление права», утверждает А.М. Васильев, имеет собственные понятийные ряды, конкретизирующие ее содержание. Прежде всего это законность и правоотношения³⁹. Ю.С. Решетов также рассматривает данную категорию в качестве самостоятельной, но считает, что по своей сущности она в обобщенной форме выражает пути и способы реализации права в общественных отношениях, детализирующими моментами которой выступают не только законность, правовые отношения, но и юридическая ответственность и правопорядок⁴⁰.

Выводы других ученых по этой проблеме сводятся к тому, что между этими понятиями существует принципиальная разница. Осуществление, по их мнению, означает реализацию права лишь конкретным правообладателем⁴¹.

Отдельно была высказана точка зрения, согласно которой осуществление и реализация наряду с общими имеют ряд отличительных черт. Первая заключается в том, что в одном случае происходит реализация «целого комплекса норм», так как права и свободы могут быть закреплены не в одном, а во многих нормативных актах. Вторая - в случае с осуществлением –

³² Пересыпкин А.С. Некоторые аспекты исследования конституционного правосознания // Государство и право. 2005. N 1. С. 92.

³³ Общая теория права и государства / Под ред. В.В. Лазарева. М., 2000. С. 255.

³⁴ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. М., 1997. С. 224.

³⁵ Сырых В.М. Теория государства и права. М., 1998. С. 202.

³⁶ Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1998. С. 416.

³⁷ Лившиц Р.З. Теория права. М., 2001. С. 129.

³⁸ Теория государства и права / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. М., 2000. С. 299 - 300.

³⁹ Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты системы категорий права. М., 1976. С. 175.

⁴⁰ Решетов Ю.С. Реализация норм советского права. Системный анализ. Казань, 1989. С. 28.

⁴¹ Мирошникова Н.И. Механизм осуществления субъективных гражданских прав. Ярославль, 1989. С. 11 - 12.

«восстановление и защита прав и свобод граждан в случае их нарушения предполагают более широкий арсенал мер, чем устранение нарушений той или иной правовой нормы». Реализация же имеет место при осуществлении исключительно управомочивающих норм и не затрагивает иные их разновидности⁴². Противоречивы и другие суждения автора по этому вопросу. Например, Л.Д.Воеводин отмечает, «что реализация основных прав, свобод и обязанностей граждан по существу лишь часть более общей проблемы - применение норм права и соблюдение законности», и тут же - подчеркивает, что такие термины, как «обладание», «пользование», «осуществление» и «реализация», отражают суть правореализационного процесса, а «поэтому они могут употребляться как равнозначные»⁴³. Очевидна спорность такого взгляда. Применение норм права - далеко не единственная форма их реализации.

По мнению В.И. Крусса, целесообразно отказаться от использования категорий «реализация» или «осуществление» основных прав в тех случаях, когда говорится о пользовании таковыми. Термин «реализация» этимологически противоречит свойству «непогашаемости», ведь реализоваться - значит исполниться либо исчезнуть, выполнив свое назначение, либо обрести новое качество, утратив старое. Кроме того, «реализация» может быть мыслима и помимо субъекта права, тогда как «пользование исключает такую возможность». В понятии же «осуществление» доминирует смысл воплощения в практической действительности, перехода возможного в сущее». В этом смысле все основные права, о которых говорится в Конституции, были осуществлены непосредственно в момент ее принятия, и лишь в силу этого акта у субъектов конституционного регулирования появилась практическая возможность пользоваться ими⁴⁴.

В связи с этим хотелось бы отметить, что решение этой задачи представляет определенную трудность, так как речь идет о достаточно близких по своему смысловому значению и юридической направленности понятиях. Существующие в литературе на этот счет понятия в принципе отражают одинаковую суть, так как связаны с одним и тем же процессом воплощения права в сложившейся системе общественных отношений. Поэтому в данном случае вряд ли правильно считать предпочтительным употребление только одного из них - «осуществление», как это обосновывается некоторыми авторами⁴⁵.

Формы правореализации не совпадают по своему содержанию и процессуальным особенностям. Следовательно, чтобы дополнительно подчеркнуть их специфичность, в одних случаях будет уместным и необходимым использование категории «реализация», а в других - «пользование», «осуществление», «обладание» и т.д.

⁴² Воеводин Л.Д. Социально-правовой механизм осуществления прав, свобод и обязанностей граждан и место в нем правоприменения // Правоприменение в Советском государстве. М., 1985. С. 160.

⁴³ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. М., 1997. С. 224.

⁴⁴ Красс В.И. К теории пользования конституционными правами // Государство и право. 2004. № 6. С. 19 - 20.

⁴⁵ Керимов Д.А. Обеспечение законности в СССР. М., 1956. С. 30.

Субъективное право предоставляет управомоченному лицу возможность выбора определенного правомерного поведения с целью достижения желаемого результата (блага), т.е. «возможность потенциальную, лишь предоставленную, зафиксированную в законе»⁴⁶. С момента реализации этих возможностей — совершения реальных, конкретных действий — начинается (возникает) осуществление субъективного права. Отсюда соотношение между возможным поведением, составляющим содержание субъективного права, и поведением, составляющим содержание осуществления права, представляется в первую очередь как соотношение между потенциальной возможностью и действительностью⁴⁷. Поэтому «осуществление субъективных прав и исполнение обязанностей — это проведение их в жизнь путем превращения в действительность возможности и необходимости определенного поведения сторон правоотношения»⁴⁸.

Смысловое содержание термина «осуществление» («реализация») несет в себе значение движения, процесса. Исходя исключительно из представленной посылки, на наш взгляд, формулируется смысл юридического понятия «осуществление субъективного гражданского права». К примеру, ученые справедливо подчеркивают, что, осуществляя субъективное гражданское право, лицо преследует достижение социально-экономических и юридических целей. Таким образом, акцентируется внимание на отношениях активного, динамического характера осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей, указывая, что «оба эти процесса в своем единстве характеризуют динамику права»⁴⁹. Именно по этому определению рассматриваемых правовых явлений строятся на подобных правовых позициях, исключая, следовательно, признания существования многообразия способов осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей. В качестве примера приведем одну из подобных последовательно отражающих только одну из форм осуществления гражданских прав дефиниций. Реализация субъективных прав — это совокупность различных действий, определенный процесс, в результате которого лица, обладающие конкретным субъективным правом, получают реальные, различные по своему характеру желаемые результаты, которые стоят за этим субъективным правом⁵⁰. Безусловно, главное в субъективном праве — это возможность действовать. Однако, как отмечает Н.И. Матузов, действия могут принимать различные формы, поэтому одного этого указания недостаточно, требуется конкретизация, уточнение, - расчленение общей возможности на отдельные элементы⁵¹.

⁴⁶ Матузов Н.И. Личность. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972. С. 127-128.

⁴⁷ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 44-45.

⁴⁸ Тархов В.А. Советское гражданское право. Саратов, 1973. С. 103— 104.

⁴⁹ Максименко С.Т. Осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Саратов, 1970. С. 4.

⁵⁰ Копейчиков В.В. Реализация субъективных прав граждан // Советское государство и право. 1984. № 3. С. 13.

⁵¹ Матузов Н.И. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972. С. 145.

Действия — это такие факты (обстоятельства), которые зависят и происходят по воле людей. Однако внешнее проявление воли лица может быть выражено не только действием, но в определенных случаях и его бездействием. Если деяния лица небезразличны по отношению к праву, то они являются юридически значимыми. Например, в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон, молчание признается выражением воли совершить сделку (ч.3 ст.206, ст.746 ГК Украины)⁵².

Таким образом, связывать осуществление субъективного гражданского права только с активными действиями лица, исключать из реализации права и исполнения обязанности статику, состояние общественных отношений, по всей видимости, нельзя. Кроме того, некоторые правомочия лиц могут реализовываться только в определенном состоянии (статике) отношений.

В качестве примера следует рассматривать реализацию субъективного права собственности. В частности, правомочие владения имуществом предполагает возможность собственника (титульного владельца) фактически, реально обладать вещью, располагать ею. Слова и выражения «иметь», «обладать», «властвовать», «господствовать над вещью» и т.п. выражают состояние, определенное субстанциональное положение. Отметим, что определяющим в ответе на вопрос о том, существует ли владение, является фактическая возможность для владельца пользоваться вещью⁵³. Следовательно, с одной стороны, правомочие владения отражает одну из форм реализации вещного права, а с другой стороны, оно служит необходимой предпосылкой, состоянием общественных отношений для реализации правомочий пользования и во многих случаях распоряжения вещью.

Таким образом, осуществление субъективного гражданского права складывается не только из процесса (динамики): действия или совокупности действий, направленных на достижение заложенного в праве желаемого, необходимого для субъекта результата (реализации гражданского права лица в его узком значении), но и состояния (статики) отношений, например право собственности хозяйствующего субъекта, право авторства на произведения науки, литературы или искусства.

Совершенно логичным и понятным в этом случае выглядит характеристика исполнения обязанности. Исполнение субъективной гражданской обязанности - это воздержание от запрещенных действий либо осуществление обязанным субъектом действий, которые составляют содержание обязанности. Формами исполнения обязанности являются: а) состояние — воздержание от недозволенных действий со стороны обязанного лица (форма исполнения обязанностей пассивного типа); б) процесс (движение, динамика) - совершение обязанным лицом требуемого в силу обязанности действия (форма совершения обязанностей активного типа).

Осуществление субъективных гражданских прав означает в то же время и реализацию норм права. Вопрос о том, в какой форме она происходит, в литературе является спорным. М.Ф. Орзих выделяет «реализацию

⁵² Цивільний кодекс України Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV

⁵³ Рыбаков В.А., Тархов В.А. Собственность и право собственности. Уфа, С. 104.

субъективного права» наряду с применением норм права, их исполнением и соблюдением в качестве самостоятельного вида реализации права⁵⁴.

Противоположной точки зрения придерживается П.Е. Недбайло. Он считает, что «осуществление правоспособности, как и субъективных прав граждан, не представляет собой самостоятельной формы реализации правовых норм в отличие от их применения или соблюдения и исполнения. ... осуществление субъективного права представляет собой применение той нормы к обязанному субъекту, на которой это право основано»⁵⁵.

Представляется, что реализация правовых норм при осуществлении гражданских прав различается в зависимости от того, к какому типу относится осуществляемое право – активному или пассивному. Осуществление активных прав (так называемых прав на собственные действия) представляет собой использование предоставленных правовыми нормами юридических возможностей по усмотрению их носителей, характеризуется совершением активных действий самими управомоченными лицами.

Однако использование норм права как формы их реализации имеет более широкое содержание, в котором наряду с осуществлением активных гражданских прав необходимо выделить реализацию субъектами гражданской правоспособности. Большинство гражданско-правовых отношений возникает на основании правомерных действий граждан и юридических лиц, которые с точки зрения правореализации представляют собой использование юридических возможностей, предусмотренных гражданско-правовыми нормами. Указанные возможности составляют содержание гражданской правоспособности (ст. 25, 26 ГК Украины) – способности иметь любые, признанные законом права и принимать на себя обязанности⁵⁶. По этому использование является основополагающей формой реализации гражданско-правовых норм. Это является одной из отличительных особенностей реализации гражданского права, предопределенной спецификой отношений, им нормируемых, а также механизма гражданско-правового регулирования. Поскольку гражданское право является частным правом, регулирует отношения между лицами, находящимися в равном положении, в которые они вступают по собственной инициативе для удовлетворения тех или иных интересов, постольку приобретение и осуществление гражданских прав по общему правилу не требует правоприменительной деятельности – государственно-властной, организующей деятельности компетентных государственных органов и уполномоченных государством органов общественности по вынесению индивидуально-конкретных правовых предписаний, осуществляемой в специально установленных законом формах⁵⁷.

Акты применения права государственными органами и акты осуществления субъективных прав отличаются друг от друга рядом существенных признаков. При определении содержания актов автономного

⁵⁴ Орзих М.Ф. Формы реализации норм социалистического права // Советское государство и право. 1968. № 2. С.103.

⁵⁵ Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. С.163.

⁵⁶ Цивільний кодекс України Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV

⁵⁷ Дюрягин И.Я. Применение норм советского права. Свердловск, 1973. С.19.

регулирования (договора, устава) его участники не только конкретизируют правовые нормы путем установления на их основе индивидуальных правил, но и реализуют возможности по самостоятельному нормированию своих взаимоотношений, которые закреплены, во-первых, общими дозволительными нормами гражданского права, которые не содержат конкретных регулятивных предписаний (в соответствии со ст.6 и ст.11 ГК Украины субъекты гражданского права свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора; они могут заключить договор или иную сделку, как предусмотренные, так и не предусмотренные нормами права, либо смешанный договор. Во-вторых, диспозитивными нормами, содержание которых условно можно разделить на две составляющие: предоставление сторонам возможности в установленных пределах своим соглашением определить правило поведения; правовое предписание, обязательное для сторон при неосуществлении ими названной возможности. Не случайно В.А. Хохлов указывает на наличие в гражданском праве двух принципиально различных слоев нормативного регулирования: норм, исходящих от государства, и норм, создаваемых либо акцептованных непосредственно участниками гражданского оборота⁵⁸. Однако ошибочным в этом тезисе является наделение договорных правил признаком нормативности; эти правила обязательны только для четко определенного круга субъектов – участников конкретных правоотношений.

Осуществление некоторых прав на собственные действия возможно только посредством правоприменения. Речь идет о группе вспомогательных прав на одностороннее преобразование правоотношения (например, право на одностороннее изменение или расторжение договора при существенном нарушении другой стороной своих обязательств, а также при существенном изменении обстоятельств). Односторонний характер здесь заключается в том, что преобразование правоотношения осуществляется без согласия другой стороны. Одностороннее изменение или прекращение правоотношения волеизъявлением управомоченного лица существенным образом затрагивает права его контрагента, поэтому законом предусмотрен контроль со стороны государства за правомерностью осуществления права на преобразование правоотношения. В процессе правоприменительной деятельности суд устанавливает наличие обстоятельств, с которыми связывается возникновение этого права, и на основании соответствующей правовой нормы изменяет или прекращает правоотношение. Как справедливо отмечает М.А. Гурвич, акт судебного решения является здесь по закону единственной и потому необходимой формой осуществления права на преобразование правоотношения.

Таким образом, реализация норм права при осуществлении субъективных гражданских прав происходит в различных формах, рассмотренных выше. Необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав возведена ст.3 ГК Украины в ранг основного начала гражданского законодательства. При возникновении препятствий

⁵⁸ Хохлов В.А. О гражданско-правовой ответственности // Правоведение. 1997. № 1. С.102-103.

осуществление гражданских прав обеспечивается правоприменительной формой реализации права. Вопрос о месте и роли правоприменения в реализации гражданско-правовых норм требует более подробного рассмотрения, однако рамки настоящей статьи не позволяют этого сделать.

3. Выводы.

Правовые отношения частной собственности, как и любые правовые отношения, подразумевают не только наличие субъективного права, но и наличие обязанностей. В рамках правоотношений частной собственности особое место занимает такой вид юридической обязанности, как бремя собственности, которое заключается в необходимости осуществления затрат на содержание, ремонт и охрану имущества, уплате налогов, а также в риске возможных потерь от нерационального либо неумелого хозяйствования.

Правовой режим реализации частной собственности следует рассматривать в рамках двух аспектов, обусловленных природой правового регулирования. Во-первых, субъект права частной собственности должен иметь возможность воплотить в жизнь, осуществить правомочия владения, пользования и распоряжения объектом собственности, т.е. он должен иметь возможность реализовать принадлежащее ему субъективное право. Во-вторых, указанная возможность не будет реальной, если она не получит государственное обеспечение, защиту со стороны государства как гаранта прав и законных интересов человека и гражданина.

Реализация права частной собственности, как правило, осуществляется субъектами в непосредственных формах. При этом соблюдение имеет место тогда, когда субъекты отношений собственности воздерживаются от совершения действий, запрещаемых правом. Исполнение происходит тогда, когда субъекты отношений собственности претворяют в жизнь возложенные на них юридические обязанности. В рамках этой формы реализуется такая комплексная обязанность собственника, как бремя собственности, раскрывающаяся в осуществлении затрат на содержание, ремонт и охрану имущества, уплате налогов, в риске возможных потерь от нерационального либо неграмотного хозяйствования. Использование состоит в совершении дозволенных законом действий и имеет место тогда, когда субъекты отношений собственности по своему усмотрению, желанию реализуют возможности владения, пользования, распоряжения имуществом.

Исследование вопросов, связанных с правовым регулированием отношений, возникающих в сфере частной собственности, осуществлялось в рамках комплексного теоретико-прикладного подхода. Названным обстоятельством была обусловлена необходимость использования в работе метода системного анализа, применение которого позволило осуществить интегрирование теоретических моделей, положений, закрепленных в нормативно-правовых актах, и материалов эмпирического характера.

JUDr. Karin Prievozníková, PhD.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Niekoľko poznámok k „novej“ registračnej povinnosti zdaniteľných osôb¹

Abstrakt

Autorka sa v úvodnej časti príspevku zaoberá pravidlami, ktoré platia v Európskej únii už od 1.1.2010 pri určení miesta dodania služieb týkajúcich sa dane z pridanej hodnoty. V tejto súvislosti zdôrazňuje, že zmena pravidiel priniesla aj novú registračnú povinnosť v zmysle §7a zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov. Zároveň autorka v predložennom príspevku bližšie vymedzuje osoby, ktoré sú v dôsledku prijatých zmien povinné sa registrovať, analyzuje ich práva a povinnosti a na záver konštatuje, že tieto osoby sa nestávajú platiteľmi dane a nemajú právo odpočítat si daň.

Abstract

In the beginning of the article, the author deals with the rules which are valid in the European union since 01.01.2010 concerning the place of delivery of services from point of view of value added tax. In relation with this, she points out the fact that the change of these rules brought a new registration duty in terms of article 7a of the act no. 222/2004 Coll. on value added tax, as amended. The author also focuses on the definition of persons which fall under this registration duty, analyzes their rights and obligations, and in the end, she reaches the conclusion that these persons do not become value added tax payers and do not have a right to deduct this tax.

Úvod

Za posledných dvadsať rokov došlo v oblasti práva k výrazným zmenám, ktoré boli podmienené ekonomickými a politickými vplyvmi. Tieto zmeny si vyžiadali kreovanie, prípadne zánik niektorých právnych inštitútov, ba dokonca vznik nových právnych odvetví. Dynamika doby v ktorej samotná spoločnosť žije, nevyhnutnosť prispôbiť sa tejto rýchlosti a zmenám v nej samotnej sa výrazným spôsobom prejavili aj v oblasti daňového zákonodarstva. Dnes už niet takmer žiadnych pochyb o tom, že daňové zákonodarstvo veľmi citlivo reaguje na spoločensko-ekonomický vývoj každej krajiny. Z tohto pohľadu je jeho odrazom, ale súčasne aj právnym vyjadrením v uvedenej sfére. Na rozdiel od iných právnych oblastí pre daňovo-právne predpisy je v prvom rade charakteristická nutnosť a zároveň flexibilita

¹ Tento príspevok vznikol ako čiastkový výstup z projektu VEGA č. 1/1170/12 „Vplyv daňovej politiky Európskej únie na vnútroštátnu právnu úpravu“

prispôsobovania sa ekonomickému pohybu² a spoločenskej praxi, hlavne z dôvodu objektívnej nutnosti regulovať novovzniknuté spoločenské vzťahy³, a to v súlade s potrebami spoločnosti.

Je potrebné si uvedomiť, že každý jeden štát formuluje ciele svojej daňovej politiky tým spôsobom, aby ich bolo možné premietnuť aj do konkrétnej daňovej sústavy. Vytvoriť čo najúčinnnejšiu daňovú sústavu znamená neustále úsilie zo strany štátu nájsť čo najoptimálnejšiu cestu pri formulovaní konkrétnej daňovej politiky. Až takto vytvorená daňová sústava, prostredníctvom ktorej by sa realizovala daňová politika je jedným z najúčinnnejších nástrojov na dosiahnutie a zároveň zabezpečenie základných zámerov hospodárskej politiky štátu.

V. Babčák zdôrazňuje, že ekonomické prostredie v ktorom sa pohybujeme, formuje dane ako nevyhnutný komponent nášho života, s ktorými daňové predpisy spájajú právne vyjadrenie ich existencie. Vo všeobecnej rovine možno povedať, že každá fyzická osoba (nezávisí pritom na jej štátnej príslušnosti, domicile ani na veku či inej závažnej právnej skutočnosti) alebo právnická osoba (bez ohľadu na jej organizačno-právnu formu a vlastnícke vzťahy, ktoré reprezentuje) je potenciálnym alebo skutočným daňovým subjektom.⁴

Dynamika vývoja ktorou je oblasť daňového zákonodarstva neustále konfrontovaná je vnímaná zo strany laickej (a často krát aj odbornej) verejnosti negatívne. Rýchlosť ktorou sa v tejto oblasti prijímajú legislatívne zmeny, je však nesporným faktom s ktorým musíme aj do budúcnosti rátať a prispôbiť sa mu.⁵

Vo svojom príspevku by sme svoju pozornosť chceli upriamiť na staršiu novelu zákona o dani z pridanej hodnoty (ďalej len DPH) pri ktorej došlo k zmene pravidiel pri určovaní miesta dodania služieb, ktorá sa týka nielen platiteľov dane, ale aj zdaniteľných osôb – neplatiteľov dane, v súvislosti s povinnosťou ich **registrácie pre DPH bez ohľadu na dosiahnutú výšku obratu pre účely registrácie**. Dôvodom výberu zvolenej témy je skutočnosť, že veľmi často sa v praxi stáva, že daňové subjekty v pozícii zdaniteľných osôb, ktorí nie sú „klasickými“ tzn. registrovanými platiteľmi DPH na túto skutočnosť či už pri prijímaní služby od zahraničnej osoby z iného členského štátu, alebo pri dodaní služby do iného členského štátu zabúdajú. Za služby v tomto ponímaní máme na mysli napr. rôzne sprostredkovateľské služby, prepravu tovaru, doplnkové služby pri preprave (nakladanie, vykladanie tovaru), ocenenie hnutel'ného hmotného majetku a práce na hnutel'nom hmotnom majetku, ako aj reklamné, poradenské, technické, účtovné či právne služby, ktoré sú poskytované advokátmi.

² Pozri bližšie napr. ČERVENÁ, K. : Globalizačný proces v kontexte hospodárskej krízy. In: *Proces globalizácie a jeho vplyv na ekonomiku a spoločnosť*. Bratislava : STU, 2011, s. 4-8.

³ Uvádza napr. ČIPKÁR, J., ČERVENÁ, K. : Súčasná kríza ako kríza princípov a reality. In: *Kríza v politike - politika v kríze?* Prešov : Filozofická fakulta Prešovskej univerzity v Prešove, 2012, s. 276-286.

⁴ Pozri: BABČÁK, V. a kolektív: Formovanie a rozvoj daňového práva na Slovensku, In: *Daňové právo a jeho rozvoj v národnom a medzinárodnom kontexte*. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2010, s. 8.

⁵ Pozri napr.: PAPOUŠKOVÁ, Z.: Podnikatelia ako daňové subjekty, In: *Právo, obchod, ekonomika II*. Praha : Leges, 2012, s. 512.

Právna úprava DPH

Na úvod je potrebné zdôrazniť, že DPH (z angl. value added tax) sa začlenila medzi daňové nástroje uplatňované v Slovenskej republike v rámci daňovej reformy realizovanej od 1. januára 1993. Legislatívne predpoklady pre jej zaradenie do aktuálneho systému daňových nástrojov vytvoril už zákon č. 212/1992 Zb. o sústave daní. Začlenenie DPH do našej daňovej sústavy bolo jedným z krokov prezentujúcich úsilie Slovenskej republiky zapojiť sa do ekonomických štruktúr európskej integrácie.⁶

V súčasnosti je DPH upravená zákonom č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov, ktorý za posledných desať rokov prešiel výraznými zmenami. Práve zákonom č. 471/2009 Z. z., ktorým sa menil a doplnil zákon č. 222/2004 Z. z. s účinnosťou od 1.1.2010 došlo okrem iného aj k zmene pravidiel pri posudzovaní miesta poskytovania služieb. Uvedená zmena bola spôsobená prijatím smernice Rady 2008/8/ES z 12.02.2008, ktorou sa zmenila smernica Rady 2006/112/ES o spoločnom systéme dane z pridanej hodnoty, pokiaľ ide o miesto poskytovania služieb.

Pre každé poskytovanie služieb by miestom zdaňovania malo byť v zásade miesto, kde dochádza ku skutočnej spotrebe. Ak sa služby poskytujú **zdaniteľnej osobe**, všeobecné pravidlo zavedené smernicou Rady 2008/8/ES určuje, že miestom zdaňovania je miesto, kde je usadený **príjemca služby**. V prípade, ak sa služby poskytujú **nezdaniteľnej osobe**, všeobecné pravidlo zavedené uvedenou smernicou určuje, že miestom zdaňovania je miesto, kde má **poskytovateľ služby** zriadené **sídlo svojej ekonomickej činnosti**. Za určitých okolností sa všeobecné pravidlá, pokiaľ ide o miesto poskytovania služieb zdaniteľným, aj nezdaniteľným osobám neuplatnia a namiesto nich sa uplatnia výnimky, ktoré odrážajú zásadu zdaňovania v mieste spotreby. Je potrebné si uvedomiť, že na uvedené pravidlá nadväzuje povinný mechanizmus prenesenia daňovej povinnosti na príjemcu služby – zdaniteľnú osobu, ak prijíma služby, od osoby, ktorá nie je usadená v rovnakom členskom štáte, čo znamená, že zdaniteľná osoba si sama vymeria príslušnú výšku DPH z prijatej služby. Samozrejme na tieto zmeny pravidiel určenia miesta dodania služieb nadväzujú ďalšie zmeny, a to najmä nová registračná povinnosť zdaniteľných osôb, zmeny pri vzniku daňovej povinnosti pri službách, zmena pri osobách povinných platiť daň a zmena podávania súhrnného výkazu. Všetky tieto zmeny navzájom úzko súvisia.

Všeobecné pravidlá miesta dodania služby

Zákon o DPH upravuje dve všeobecné pravidlá miesta dodania služieb:

1. Miestom dodania služby **zdaniteľnej osobe, ktorá koná v postavení zdaniteľnej osoby**, je miesto, kde má táto osoba sídlo alebo miesto podnikania, a ak je služba dodaná prevádzkarni zdaniteľnej osoby, miestom dodania služby je miesto, kde má táto osoba prevádzkareň. Ak zdaniteľná osoba, ktorá je príjemcom služby, nemá sídlo, miesto podnikania alebo

⁶ Pozri: BABČÁK, V. : Právne problémy uplatňovania dane z pridanej hodnoty na území Slovenskej republiky, In: *Transformácia práva Slovensko-Srbsko* . Košice: Právnická fakulta Belehrad a Právnická fakulta UPJŠ, 1999, s. 203.

prevádzkareň, miestom služby je jej bydlisko alebo miesto, kde sa obvykle zdržiava.⁷

2. Miestom dodania služby *osobe inej ako zdaniteľnej osobe* je miesto, kde má dodávateľ služby sídlo alebo miesto podnikania, a ak je služba dodaná z prevádzkarne dodávateľa služby, miestom dodania služby je miesto, kde má dodávateľ služby prevádzkareň. Ak dodávateľ služby nemá sídlo, miesto podnikania alebo prevádzkareň, miestom dodania služby je jeho bydlisko alebo miesto, kde sa obvykle zdržiava.⁸

Právna úprava vychádza z toho, že tieto všeobecné pravidlá na určenie miesta dodania služieb a taktiež niektoré osobitné pravidlá na určenie miesta dodania služieb uvedené v § 16 zákona o DPH sú založené na *postavení príjemcu služby*, t. j. či príjemca služby je alebo nie je zdaniteľnou osobou, tzn. osobou, ktorá vykonáva nezávisle akúkoľvek ekonomickú činnosť bez ohľadu na účel alebo výsledky tejto činnosti. V tejto súvislosti je dôležité aj pojmové vymedzenie *ekonomickej činnosti* (podnikania), ktorým sa rozumie každá činnosť, z ktorej sa dosahuje príjem a ktorá zahŕňa činnosť výrobcov, obchodníkov a dodávateľov služieb vrátane ťažobnej, stavebnej a poľnohospodárskej činnosti, ďalej činnosti vykonávanú ako slobodné povolanie, duševnú tvorivú činnosť a športovú činnosť. Za podnikanie sa považuje aj využívanie hmotného a nehmotného majetku za účelom dosahovania príjmu. Ak je majetok v bezpodielovom spoluvlastníctve manželov, považuje sa jeho využívanie za účelom dosahovania príjmu za podnikanie v rovnakom pomere u každého z manželov. Manželia sa však môžu dohodnúť inak.

Dodanie služby zdaniteľnej osobe

Pri dodaní služby *zdaniteľnej osobe*, ktorá koná v postavení zdaniteľnej osoby, je miestom dodania služby miesto, kde má táto osoba sídlo, miesto podnikania, prevádzkareň alebo bydlisko. Pri posudzovaní miesta dodania služby pre zdaniteľnú osobu je dôležité posúdiť, či zdaniteľná osoba pri prijatí služby koná v postavení zdaniteľnej osoby. V prípade, ak by fyzická osoba, prijímala službu v postavení súkromnej osoby a nie zdaniteľnej osoby, miesto dodania služby sa neurčí podľa § 15 ods. 1 zákona o DPH, ale podľa § 15 ods. 2 zákona o DPH. Je teda veľmi dôležité rozlišovať, v ktorých prípadoch fyzická osoba – podnikateľ koná v postavení zdaniteľnej osoby a v ktorých prípadoch koná v postavení súkromnej osoby a ňou dosiahnuté príjmy nie sú príjmami z ekonomickej činnosti.

Pri určení miesta ekonomickej činnosti zdaniteľnej osoby je potrebné vziať do úvahy okrem iného aj celý rad faktorov, ktoré túto skutočnosť ovplyvňujú napr. registrované sídlo ekonomickej činnosti, miesto, kde sa koná valné zhromaždenie, miesto, kde sa uschovávajú organizačné a účtovné dokumenty, prípadne miestom ekonomickej činnosti môže byť aj miesto, kde sa prijímajú zásadné rozhodnutia týkajúce sa celkového riadenia spoločnosti.

V situácii, že zdaniteľná osoba, ktorá je príjemcom služby, nemá sídlo, miesto podnikania alebo prevádzkareň, miestom dodania služby je jej bydlisko, prípadne

⁷ Pozri § 15 ods. 1 zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov.

⁸ Pozri § 15 ods. 2 zákona č. 222/2004 Z. z.

miesto kde sa obvykle zdržiava. Trvalým bydliskom fyzickej osoby je adresa uvedená v registri obyvateľov alebo v obdobnom registri. Ak takýto register neexistuje, je to adresa poskytnutá daňovému úradu. Miestom, kde sa fyzická osoba obvykle zdržiava je miesto, kde táto osoba v čase poskytnutia služieb obvykle žije s prihladením na jej osobné a pracovné záväzky.

Vzhľadom na skutočnosť, že určenie miesta dodania služby podľa § 15 ods. 1 a 2 zákona o DPH závisí od postavenia príjemcu služby, poskytovateľ služby sa musí presvedčiť, či je zákazník zdaniteľná osoba prostredníctvom identifikačného čísla pre DPH, ktoré mu bolo oznámené, prípadne prostredníctvom inej skutočnosti, ktorá mu bola príjemcom služby uvedená. Tieto skutočnosti si môže poskytovateľ služby overiť aj priamo na Daňovom riaditeľstve SR, kde bola zriadená služba overovania platnosti identifikačných čísel pre DPH v členských štátoch EÚ. Táto služba je sprístupnená daňovým subjektom, ako aj daňovým úradom, ktorí môžu písomne, alebo ústnou formou preveriť platnosť identifikačného čísla pre DPH v členských štátoch EÚ.

Dodanie služby inej ako zdaniteľnej osobe

Právna úprava DPH vychádza z toho, že pri dodaní služby *inej ako zdaniteľnej osobe* je miestom jej dodania miesto, kde má dodávateľ služby sídlo, prípadne miesto podnikania. Ak je služba dodaná z prevádzkarne dodávateľa služby, miestom dodania služby je miesto, kde má dodávateľ služby prevádzkareň. V prípade, ak by dodávateľ služby nemal sídlo, miesto podnikania alebo prevádzkareň, miestom dodania služby by bolo jeho bydlisko alebo miesto, kde sa obvykle zdržiava.

Tieto všeobecné pravidlá určenia miesta dodania služieb majú výnimky uvedené v § 16 zákona o DPH, ktoré rovnako odrážajú zásadu zdaňovania v mieste spotreby. Ak totiž pre určenie miesta dodania služby platí výnimka podľa § 16 zákona o DPH, všeobecné pravidlo podľa § 15 ods. 1 a 2 sa neuplatní. Tieto výnimky upravujú jednak miesto dodania konkrétnych typov služieb (ide napr. o služby vzťahujúce sa na nehnuteľnosť, krátkodobý nájom dopravných prostriedkov, kultúrne, umelecké, športové, vedecké, vzdelávacie, zábavné a podobné služby vrátane ich organizovania a s nimi súvisiacich doplnkových služieb, doprava osôb, reštauračné a stravovacie služby atď.) pri ktorých sa miesto dodania určuje rovnakým spôsobom bez ohľadu na príjemcu služby a jednak upravujú miesto dodania služieb poskytnutých inej ako zdaniteľnej osobe.

Vzhľadom na priestorové ohraničenie tohto príspevku sa nebudeme bližšie zaoberať § 16 zákona o DPH a jeho osobitosťami. Na ilustráciu uvádzame, že v prípade, ak by slovenský advokát poskytoval právnu službu inej ako zdaniteľnej osobe (občanovi) mimo územia EÚ (Ukrajina), miestom dodania právnej služby v zmysle § 16 ods. 17 zákona o DPH by bolo miesto, kde má príjemca služby bydlisko, t.j. Ukrajina. Advokát by danú právnu službu fakturoval ukrajinskému občanovi bez DPH. Ak by však takáto právna služba bola poskytnutá inej ako zdaniteľnej osobe na území členského štátu napr. českému občanovi, tak by sme posudzovali uvedenú situáciu v zmysle § 15 ods. 2 zákona o DPH, t. j. miestom dodania by bolo miesto, kde má dodávateľ služby sídlo – tuzemsko. Advokát by k fakturovanej cene právnej služby poskytnutej českému občanovi uplatnil slovenskú DPH.

Zmena pravidiel pre určenie miesta dodania služieb, ktoré sa aplikujú od 1.1.2010 a s tým súvisiaca povinnosť uvádzať hodnotu služieb dodaných zdaniteľnej osobe do iného členského štátu v súhrnom výkaze si vyžiadali **novú registráciu zdaniteľných osôb v zmysle § 7a zákona o DPH**.

O registrácii v zmysle zákona o DPH všeobecne

Platná právna úprava rozlišuje medzi registráciou tuzemských zdaniteľných osôb a registráciou zahraničných osôb. Nová registrácia zdaniteľných osôb v zmysle § 7a zákona o DPH sa týka tuzemských zdaniteľných osôb. V rámci registrácie tuzemských zdaniteľných osôb rozoznávame:

1. **povinnú registráciu**, ktorá je podmienená dosiahnutím obratu z dodaných tovarov a služieb v tuzemsku v sume 49 790 eur za najviac 12 predchádzajúcich po sebe nasledujúcich mesiacov,
2. **registráciu členov združenia**, kde sa do obratu 49 790 eur za najviac 12 predchádzajúcich po sebe nasledujúcich mesiacov započíta obrat jednotlivých členov združenia aj obrat za združenie,
3. **dobrovoľnú registráciu**, bez dosiahnutia obratu 49 790 eur za najviac 12 predchádzajúcich po sebe nasledujúcich mesiacov za predpokladu, že žiadateľ je zdaniteľnou osobou,
4. **zákonnú registráciu**, pri ktorej sa zdaniteľná osoba stáva platiteľom zo zákona na základe skutočností, ktoré nastali napr. právny nástupca platiteľa, zdaniteľná osoba, ktorá nadobudne podnik od platiteľa.⁹

V tejto súvislosti je dôležité pripomenúť, že **zdaniteľné osoby a právnické osoby, ktoré nie sú zdaniteľnými osobami** a ktoré **nadobúdajú tovar** z iného členského štátu (tzv. nadobúdatelia) sú povinné sa registrovať pred nadobudnutím tovaru, ak celková hodnota tovaru bez dane nadobudnutého z iných členských štátov dosiahne v kalendárnom roku sumu 13 941,45 eur.¹⁰ Tieto osoby, ak dodávajú službu alebo prijímajú službu z iného členského štátu s miestom dodania v tuzemsku už nie sú povinné sa registrovať v zmysle § 7a zákona o DPH.

Z hľadiska práv a povinností vyplývajúcich z platnej právnej úpravy je postavenie osôb registrovaných v zmysle § 4 zákona o DPH a osôb registrovaných v zmysle § 7 a nového §7a zákona o DPH odlišné. Osoby registrované podľa §7 a §7a zákona o DPH sa nestávajú „klasickými“ platiteľmi dane a nemajú právo daň odpočítať.

Registračná povinnosť zdaniteľnej osoby pri prijatí služby z iného členského štátu

Spomínanou novelou zákona o DPH sa v § 7a zaviedla registračná povinnosť pre zdaniteľnú osobu, ktorá síce nie je platiteľom dane, ale prijíma službu od zahraničnej osoby so sídlom, miestom podnikania, prevádzkarňou alebo bydliskom v inom členskom štáte, pričom miestom dodania služby je tuzemsko a osobou povinnou platiť daň je príjemca služby. V tomto prípade sa uplatňuje princíp zdanenia v mieste

⁹ Pozri § 4 zákona č. 222/2004 Z. z.

¹⁰ § 7 zákona č. 222/2004 Z. z.

spotreby tzn. v mieste, kde je usadený príjemca služby. Zavedenie novej registračnej povinnosti pre zdaniteľnú osobu bolo spôsobené zavedením nových pravidiel pri posudzovaní miesta dodania služieb. Povinnosť podať žiadosť daňovému úradu o registráciu pre daň, vzniká tejto zdaniteľnej osobe, ktorá nie je platiteľom dane ešte pred prijatím služby. Zdaniteľná osoba, ktorá nemá pridelené identifikačné číslo pre DPH (IČ DPH), je povinná požiadať o registráciu pre daň v zmysle § 7a ods. 1 zákona o DPH, ak:

1. má prijať službu od zahraničnej osoby so sídlom, miestom podnikania, prevádzkarňou alebo bydliskom **v inom členskom štáte** (pred prijatím služby),
2. miesto dodania služby je v tuzemsku¹¹ a
3. príjemca služby je osobou povinnou platiť daň v zmysle § 69 ods. 3 zákona o DPH.

Je potrebné si uvedomiť, že na toto všeobecné pravidlo o určení miesta dodania služby zdaniteľnej osobe uvedené v § 15 ods. 1 zákona o DPH nadväzuje s tým súvisiace pravidlo o určení osoby povinnej platiť daň uvedené v § 69 ods. 3 zákona o DPH. Osobou povinnou platiť daň je v zmysle tohto ustanovenia zdaniteľná osoba a právnická osoba, ktorá nie je zdaniteľnou osobou a je registrovaná pre daň v zmysle § 7 zákona o DPH pri službe dodanej zahraničnou osobou z iného členského štátu alebo zahraničnou osobou z tretieho štátu, ak je miesto dodania služby tuzemsko.

Daňový úrad je povinný takúto zdaniteľnú osobu registrovať pre daň, vydať jej osvedčenie o registrácii pre daň a prideliť jej identifikačné číslo najneskôr do siedmich dní odo dňa doručenia žiadosti o registráciu. Takúto povinnosť nemá zdaniteľná osoba, ak prijíma službu s miestom dodania síce v tuzemsku, ale od zahraničnej osoby so sídlom, miestom podnikania, prevádzkarňou alebo bydliskom **v treťom štáte**, prípadne ide o službu **oslobodenú od dane**, keďže v takomto prípade nespadá do kategórie osôb, ktoré sú povinné platiť daň.

Právna úprava DPH teda vychádza z toho, že zdaniteľná osoba registrovaná podľa § 7a, ktorá prijíma službu z iného členského štátu s miestom dodania podľa § 15 ods. 1 zákona o DPH v tuzemsku, je povinná:

1. službu si objednať pod IČ DPH prideleným v tuzemsku,
2. do 25 dní po skončení kalendárneho mesiaca, v ktorom vznikla daňová povinnosť, podať daňové priznanie a v tej istej lehote zaplatiť daň¹²
3. viesť evidenciu¹³

Ak si zdaniteľná osoba nesplní registračnú povinnosť a prijme službu od zahraničnej osoby so sídlom, miestom podnikania, prevádzkarňou alebo bydliskom v inom členskom štáte, pri ktorej je miesto dodania podľa § 15 ods. 1 zákona o DPH v tuzemsku, nebude mať pridelené IČ DPH a zahraničná osoba k fakturovanej cene uplatní DPH príslušného členského štátu, pretože bude vychádzať z predpokladu, že príjemca služby nie je zdaniteľnou osobou, vystavuje sa riziku dvojitého zdanenia.

Registračná povinnosť zdaniteľnej osoby pri dodaní služby do iného členského štátu

¹¹ § 15 ods. 1 zákona č. 222/2004 Z. z.

¹² Pozri § 78 ods. 3 zákona č. 222/2004 Z. z.

¹³ § 70 ods. 4 zákona č. 222/2004 Z. z.

Podľa § 7a ods. 2 zákona o DPH je povinná požiadať o registráciu pre daň zdaniteľná osoba, ak:

1. poskytne službu príjemcovi (zdaniteľnej osobe) usadenému v inom členskom štáte,
2. miesto dodania služby je v inom členskom štáte,
3. príjemca služby je povinný platiť daň podľa zákona o DPH platného v členskom štáte, v ktorom je usadený,

Zdaniteľná osoba registrovaná podľa §7a, ktorá dodáva službu s miestom dodania v inom členskom štáte, je povinná:

1. do 15 dní od dodania služby alebo prijatia platby vyhotoviť faktúru¹⁴
2. viesť evidenciu o dodaných službách s miestom dodania v inom členskom štáte¹⁵
3. do 20 dní po skončení kalendárneho štvrtroka podať elektronický súhrny výkaz¹⁶

Zrušenie registrácie zdaniteľnej osoby registrovanej podľa § 7a zákon o DPH osobitne neupravuje. Správca dane teda môže zrušiť registráciu, ak nie je dôvod na registráciu.

Záver

Vzhľadom na časté zmeny v daňovo-právnej normotvorbe, bolo cieľom príspevku upriamiť pozornosť na menej diskutovaných, o to však dôležitejšiu zmenu podmienok pri registrácii na DPH. Zákon o DPH bol doplnený novým § 7a, v zmysle ktorého zdaniteľná osoba, ktorá nemá pridelené IČ DPH je povinná podať miestne príslušnému daňovému úradu žiadosť o registráciu pre daň ešte pred prijatím služby z iného členského štátu s miestom dodania v tuzemsku, pri ktorej jej vzniká daňová povinnosť alebo ak poskytne službu príjemcovi (zdaniteľnej osobe) usadenému v inom členskom štáte s miestom dodania v inom členskom štáte a príjemca služby je povinný platiť daň podľa zákona o DPH platného v členskom štáte v ktorom je usadený¹⁷.

Použité zdroje

BABČÁK, V. a kolektív : Formovanie a rozvoj daňového práva na Slovensku, In: *Daňové právo a jeho rozvoj v národnom a medzinárodnom kontexte*. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2010. s.7-26. ISBN 978-80-7097-850-4.

BABČÁK, V. : Právne problémy uplatňovania dane z pridanej hodnoty na území Slovenskej republiky, In: *Transformácia práva Slovensko-Srbsko*. Košice : Právnická fakulta Belehrad a Právnická fakulta UPJŠ, Košice, 1999. s. 203-218. ISBN 86-80763-76-4.

¹⁴ § 73 zákona č. 222/2004 Z. z.

¹⁵ § 70 ods. 4 zákona č. 222/2004 Z. z.

¹⁶ § 80 zákona č. 222/2004 Z. z.

¹⁷ V tejto súvislosti je potrebné osobitne poukázať aj na to, že v zmysle § 155 ods. 1 písm. c) zákona č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov, hrozí zdaniteľnej osobe za nesplnenie registračnej povinnosti pokuta vo výške od 60 eur až do 20 000 eur.

ČERVENÁ, K. : Globalizačný proces v kontexte hospodárskej krízy. In: *Proces globalizácie a jeho vplyv na ekonomiku a spoločnosť*. Bratislava : STU, 2011, s. 4-8. ISBN 97880227358558.

ČIPKÁR, J., ČERVENÁ, K. : Súčasná kríza ako kríza princípov a reality. In: *Kríza v politike - politika v kríze?* Prešov : Filozofická fakulta Prešovskej univerzity v Prešove, 2012, s. 276-286. ISBN 9788055506920.

JURKO, M., ČERVENÁ, K. : The community status in the course of the review proceedings as part of the tax procedure. In: *Konkurencyjność polskiej gospodarki wobec procesu integracji europejskiej*. Toruń: Wyższa szkoła w Toruniu, 2006, s. 101-107. ISBN 83-923343-0-2.

PAPOUŠKOVÁ, Z. : Podnikatelé jako daňové subjekty. In: *Právo, obchod, ekonomika II*. zborník vedeckých Praha: Leges, 2012. s. 512-521. ISBN 978-80-87576-33-5.

Zákon č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov.

Zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Metodický pokyn Daňového riaditeľstva SR k určení miesta dodania služieb a k registrácii zdaniteľných osôb podľa § 7a zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov

Kontakt

karin.prievoznikova@upjs.sk

Prof. JUDr. Přemysl Raban, CSc.

Západočeská univerzita Plzeň, Právnická fakulta, ČR
Katedra obchodního práva

**Některé „kuriózní“ instituty zvláštní části nového občanského
závazkového práva v České republice¹**

**Niektoré „kuriózne“ inštitúty zvláštnej časti nového
občianskeho záväzkového práva v Českej republike.**

Abstrakt

Príspevok sa zameriava na ilustrovanie niektorých všeobecne neznámych a doteraz neupravených inštitútov zaradených do obsahu záväzkového práva Nového občianskeho zákonníka Slovenskej republiky, ktorý má nadobudnúť účinnosť začiatkom roku 2014. Jedná sa o vyprosí (prekarium), árenda, závod, rodinný závod, spoločnosť a výměnek. Autor ich zaradenie do zákonníka charakterizuje buď ako prehnanú snahu priblížiť sa domnelým tradíciám českého práva, či snahu o populizmus a zaľúbenie sa zahraničným posudzovateľom obsahu zákonníka, spolu s ďalšími v článku nerozobratými inštitútmi, ako je napr. postavenie zvieratá, zaradenie inštitútu zvereneckého fondu (trustu), prechod vlastníctva zmluvou a ďalších, o ktorých sa dá pochybovať, či majú odraz v reálnych vzťahoch vznikajúcich v súčasnej českej spoločnosti a v ich potrebách.

Klíčové slová: Nový občiansky zákonník Českej republiky, záväzkové právo, vypros (prekarium), nájom, árenda, rodinný závod, závod, spoločnosť, spoločnosť občianskeho práva, výměnek.

¹ V příspěvku bylo využito textu připravované publikace RABAN,P. a kol.: Občanské právo hmotné. Relativní majetková práva. Plzeň, Aleš Čeněk, 2013

Some "quaint" institutes of special part of the new civil law of contract in the Czech Republic.

Abstract

The paper focuses on illustrating some generally unknown and previously untreated institutes included in the contents of the contractual rights in New Civil Code of Czech Republic, which will become effective in early 2014. This is a precarium, tenancy, enterprise, family enterprise, company and reservatum rusticum. Author characterizes their inclusion in the Code either as an exaggerated effort to bring the alleged traditions of Czech law or as a pursuit of populism and affection with foreign judges of the content of the Code, along with other institutes, not mentioned in the article, such as the status of the animal, including the Institute Trust Fund (Trust), transfer of ownership through contracts and others on which it is doubtful whether they are reflection of the real relations emerging in contemporary Czech society and their needs.

Key words: *New Civil Code of Czech republic, contractual law, precarium, lease, tenancy, family enterprise, enterprise, company, company of civil law, reservatum rusticum*

Некоторые "курьёзные" специальные институты нового гражданского права обязательства в Чешской Республике

Абстракт

Статья направлена на дачу иллюстрации некоторых, в общем не известных и до сих пор не урегулированных институтов, входящих в содержание обязательственного права Нового гражданского кодекса Чешской Республики, который вступит в силу в начале 2014 года. Дело касается вопроса (prekarium), аренды, завода, семейного завода, общества и пособия, получаемого лицом, передавшим своё имущество другому лицу (обычно сыну или дочери). Их включение в кодекс автор характеризует, будто, как чрезмерное стремление к мнимым традициям чешского права, или в целях популизма и прийти по вкусу обсуждающим редакцию кодекса за рубежом, наряду с дальнейшими в статье не толкованными институтами, какими например положение животного, включение института опекунского фонда (треста), переход имущества по договору и других, о которых возможно сомневаться, имеют ли место в реальных отношениях, возникающих в современном чешском обществе и с учётом его нужд.

Ключевые слова: *Новый гражданский кодекс Чешской Республики, выпрос (prekarium), аренды, завод, семейный завод, обязательственное право, общество, пособие, получаемое лицом, передавшим своё имущество другому лицу (обычно сыну или дочери).*

Úvodem

Dle synonymického slovníku je slovo „kuriózní“ synonymem i pro pojem nečekaný nebo zvláštní či překvapivý. Ani jeden z těchto termínů však autor nechtěl použít. Pro odbornou veřejnost je text NOZ alespoň v dosti zřetelných obrysech již dlouhou dobu znám, takže existence níže uvedených institutů není alespoň v současné době, kdy má NOZ vstoupit v účinnost nečekaná. Nečekané nebylo pro zasvěcené ani jejich event. využití v době jeho zrodu, neboť jim byly známy hlavní motivy nového zákoníku, kterými byla především diskontinuita s dosavadním občanským právem a pokud možná kontinuita s právem předmnichovské republiky, potažmo právem platným ve starém mocnářství v 19. století. Pojem zvláštní by byl vhodnější pro svůj obsah směřující k pojmu „podivuhodný“. Ovšem pojem zvláštní, má v právu smysl i další, vyjádřitelný v pojmu „specifický“, jehož se používá v opozici k pojmu obecný. Zmíněné instituty jsou sice zvláštní, ale do zvláštní části závazkového práva je možné zařadit mnoho dalších institutů, z nichž některé by byly sice i podivu – hodné, nicméně tento pojem je příliš široký. Instituty nejsou ani příliš překvapivé, neboť při rozboru jejich obsahu mnohdy zjistíme, že upravují mnohdy situace současnému právu známé, pouze s neobvyklým označením, či naopak situace doposud neupravené, kterým však v historii či v jiných případech byla či je kladena významnost, vyžadující si modelovou dispozitivní úpravu. Uvozovky byly využity pro to, že lze předpokládat, že zmíněné instituty jsou, byly či zůstanou kuriózními jen po tu dobu nebo do té doby, než je adresáti, jimž je nová právní úprava závazkového práva určena, začnou ve svém životě běžně užívat.

VÝPROSA

Výprosa - prekarium pochází z původního římského práva, nejvíce však bylo využíváno v dobách ranně feudálních. Jednalo se o především o převod vlastnického práva k pozemku do doby, než si o něj původní vlastník požádá, mnohdy do smrti prekaristy. Využíváno bylo především jako symbolický dar církvi, která půdu vracela ve formě prekaria nebo v dobách ekonomické krize, kdy svobodní rolníci, nebo drobní šlechtici (mnohdy z důvodu zajištění ochrany majetku před silnějším sousedem) převáděli své pozemky feudálům či církvi, aby je dostali zpět do prekaria. Později bylo chápáno jako spíše sociální než obligační závazek. Upraveno je v současné době pouze v ABGB (§ 974) v Rakousku a Lichtenštejnsku a nově též v NOZ opět jako vztah obligační, reálný. V praxi se používá v rakouském právním prostředí jako varianta k nájmu. Výprosník je chráněn pouze proti zásahům třetích osob do jeho pokojného užívání věci (například bytu), nikoliv však proti půjčitelu (tzv. posesorní ochrana). Prekarijní využívání bytu nepřechází s vlastnictvím. V našem běžném prostředí se ovšem bezúplatná výpůjčka na dobu neurčitou běžně

používá, doposud k tomu postačila úprava výpůjčky spolu s ustanovením (§ 563 OZ nyní § 1958 odst. 2 NOZ).

NOZ vymezuje výprosu v ustanovení svého § 2189 takto : „Přenechá-li půjčitel někomu (výprosníkovi) bezplatně věc k užívání, aniž se ujedná doba, po kterou má věc užívat, ani účel, ke kterému se má užívat, vzniká výprosa“.

Půjčitel nemusí být vlastníkem věci, může požadovat vrácení podle libosti. Výprosník může též věc vrátit libovolně s výjimkou doby, kdy by tím způsobil půjčiteli obtíže, ledaže s tím půjčitel souhlasí.

Půjčitel je povinen věc užívat způsobem přiměřeným její povaze. Jinak hradí škodu na věci. Nahradí-li škodu půjčiteli za věc ztracenou, nenabývá tím právo si věc ponechat. Proti vrácení náhrady ji musí vydat půjčiteli. Toto ustanovení je poněkud překvapivé, neboť z ustanovení § 1052 NOZ vyplývá , že ztracená věc se vrátí tomu, kdo ji ztratil nebo vlastníkov. Vrácení náhrady by bylo odvoditelné i tak z ustanovení o bezdůvodném obohacení (§ 2991 an. NOZ). Ustanovení též pravděpodobně nelze vykládat a contrario, že v jiných případech, kdy je nahrazena ztracená věc, může si jí ten, kdo ji vlastníkov (oprávněnému držiteli) nahradil, „ponechat“. Sám pojem „ponechání si věci“ NOZ využívá ve smyslu nabytí věci do vlastnictví (oprávněné držby) v §§ 1064 , 1075 a 1808 NOZ. Pojem „ztracení věci“ není zákonem nijak vymezen.

Pacht

JINÝM STARONOVÝM INSTITUTEM ZAŘAZENÝM DO NOZ JE **PACHT**

Nový občanský zákoník stejně jako většina ostatních podobných kodexů přiznává vlastníkov (pocitivému držiteli) základní vlastnická práva (§ 996 NOZ), jsou jimi právo věc držet (*ius possidendi*), která ovšem má jen náplň abstraktní, odtrženou od práva mít věc u sebe, právo věc užívat (*ius utendi*) pro své potřeby či z jiného účelu, právo přisvojovat si plody a užitky plynoucí z věci (*ius fruendi*), právo s věcí nakládat (*ius disponendi*), tedy se jí svým jednáním zcela nebo částečně vzdát, právo věc zničit (*ius abutendi*), samozřejmě s omezeními plynoucími z veřejného práva, podobně jako u práva věc opustit (*ius dereliquendi*). S celým vlastnictvím může vlastník v mezích právního řádu (§ 1011 NOZ) nakládat například tak, že převede celý komplex těchto práv (například koupě, darování) nebo jen jejich část, například právo užívání nebo právo požívání. Též ne každá věc umožňuje bez dalšího všech vlastnických práv využívat. Například § 1091 ABGB rozlišoval věci, které lze využít bez dalšího (např. byt) od věcí, které lze užívat toliko „píli a přičiněním“ (např. pole). Zde se samozřejmě musí posoudit, k jakému účelu se má věc používat, neboť většina z nich se dá používat v moderní době obojím způsobem.

Za právo **užívání** můžeme tedy chápat právo užívat věc bez dalšího, tj. pro vlastní potřebu nebo pro potřebu domácnosti (tedy pasivně – spotřebitelsky z ní brát užitky - § 1283 NOZ), například právo užívat byt pro sebe a svoji rodinu. Přenechání práva užívání označuje NOZ **nájemem**.

Právo **požívání** můžeme chápat jako právo brát z ní plody a užitky (§ 1285 NOZ), tj. nejen právo pasivně je spotřebovávat, ale brát výnos, kterým prosté užívání věci pomocí „píle a přičinění“ uživatel přirozené plody rozmnoží, včetně práva s věcí podnikatelsky hospodařit, například využívat půdu k zemědělské produkci na trh. Přenechání práva užívání a požívání nazývá NOZ **pachtem**.

Zatímco úprava ABGB ani osnova nového Čsl. zákona neměly pro pachtovní smlouvu zvláštní úpravu, a spokojovaly se s konstatováním, že to, co platí o nájemní smlouvě, platí i o smlouvě pachtovní, pokud výslovně není stanoveno jinak, nový občanský zákoník pachtovní smlouvě věnuje zvýšenou pozornost a samostatnou úpravu.

Nový občanský zákoník vymezuje pojem „pacht“ ve svém ustanovení §

Pachtovní smlouvou se propachtovatel zavazuje přenechat pachtýři věc k dočasnému užívání a požívání a pachtýř se zavazuje platit za to propachtovateli pachtovné nebo poskytnout poměrnou část výnosu věci.

Charakteristickými markanty jsou především:

Obsah závazku – vedle užívání poskytuje propachtovatel i **požívání věci**, které s pomocí § 1285 můžeme vyložit jako právo věc užívat pro vlastní potřebu a potřebu domácnosti (popřípadě k podnikání) tedy nejen k pouhému „uti“, ale i k braní plodů a užitků, tedy i „fruti“. Plodem se rozumí to, co pravidelně věc poskytuje ze své přirozené povahy, jak je dáno jejím obvyklým určením a přiměřeně k němu, ať s přičiněním člověka nebo bez něho. Užitky jsou to, co věc pravidelně poskytuje ze své právní povahy (§ 491 NOZ). Pachtýř nemá právo na věc, která byla skryta v pozemku a nalezena.

Předmět závazku – oproti nájmu není předmětem jen věc nezužítkovatelná, ale **jakákoli věc**. Do pachtu je možné přenechat i věci zužitkovatelné, většinou jako příslušenství věci hlavní (například inventář). Do pachtu může být přenecháno tedy i právo (právo je věcí movitou § 496 NOZ), například právo rybařit, lovit zvěř, pást, aniž by ostatní práva byla pachtýři dočasně přenechána. Dřívější právo ABGB rozlišovalo věci, jež se hodí k nájmu, a věci, jež se hodí k propachtování, i dnešní právní úprava stanoví, že přenechá-li strana druhé smluvní straně jednou smlouvou více věcí, z nichž některé slouží k užívání a jiné k požívání, posoudí se smlouva podle povahy věci hlavní.

Naturální **nájemné** je připuštěno podobně jako v případě nájmu (§ 2217 NOZ), avšak **pachtovné** nemusí být stanoveno pevnou, nýbrž pohyblivou částkou **v závislosti na výnosu pachtu** (tzv. *colonia partiaria*), konečně podíl na výnosu věci nemusí být jen naturálně, ale i peněžně splácen. Dle ABGB (§ 1103 ABGB) taková smlouva však již nebyla považována za pachtovní, nýbrž za smlouvu společenskou (dnes smlouva o společnosti § 2716 NOZ). Obě smlouvy je nutné rozlišovat především podle toho, zdali bylo skutečně úmyslem osob sdružit se jako společníci za společným účelem činnosti. I tak je třeba dle § 2717 NOZ použít přiměřeně ustanovení o pachtu (případně nájmu).

I dle úpravy NOZ, není-li o smlouvě pachtovní stanoveno něco jiného, použijí se na pacht přiměřeně ustanovení o nájmu, dle níž jedna strana poskytuje věc a druhá práci tím, že si budou zisk rozdělovat.

Pacht věci zapsané ve veřejném seznamu je **na žádost** vlastníka nebo s jeho souhlasem pachtýř povinen **zapsat do veřejného seznamu**. Takový zápis má ovšem jen deklaratorní význam.

Využívání věci. Pachtýř je povinen o věc pečovat jako **řádný hospodář**, nese veškeré náklady, bez nichž by se plodů a užitku nedosáhlo. Nesmí však změnit hospodářské určení věci nebo způsob jejího užívání nebo požívání bez propachtovatelova souhlasu. Stejně ji bez souhlasu nemůže dát do užívání třetí osobě.

Pachtýř udržuje věc ve stavu, v jakém ji převzal, hradí obvyklé udržovací náklady včetně její obnovy.

Opravy a úpravy věci. Provádí-li úpravy věci propachtovatel:

- nahradí pachtýři ztráty a náklady, které mu v důsledku prací vznikly,
- může se domáhat zvýšení nájemného – pokud zlepší výnosnost věci pro pachtýře.

Neodstranil-li propachtovatel vady na věci:

- může odstranit vadu sám pachtýř za náhradu nákladů,
- pachtýř má nárok na slevu nájemného, pokud klesne výnos pod obvyklou polovinu,
- má právo na prominutí pachtovného nebo výpověď bez výpovědní lhůty, pokud lze dosáhnout jen nepatrného výnosu.

Ukončení pachtu je možné vedle ostatních obecných důvodů ukončení smluvního vztahu výslovně :

- dohodou,
- uplynutím doby – pokud je na dobu určitou,
- výpovědí – pokud je na dobu neurčitou, výpovědní doba je šestiměsíční tak, aby skončil pacht koncem pachtovního roku (pachtovní rok je kalendářním rokem, pokud není sjednán jiný pachtovní rok, nebo stanoven předpisem (například u zemědělského pachtu)).

Skončí-li požívání, všechny plody ještě neoddělené náleží propachtovateli, musí však nahradit, co na ně poživatel vynaložil. Na jiné užitky má poživatel právo podle toho, jak dlouho požívání trvalo.

Propachtování inventáře. Inventář tvoří věci, které se propachtovávají společně s věcí hlavní, ať již jsou chápány například jako součást věci hromadné, nebo příslušenství věci hlavní apod.

Pokud se jedná o věci zužitkovatelné, platí zásada vyjádřená v § 1294 NOZ. Zřídí-li se užívací nebo požívací právo k zužitkovatelným zastupitelným věcem, může uživatel nebo poživatel s věcmi nakládat podle své libosti. Když jeho právo skončí, vrátí stejné množství věci téhož druhu.

Jednotlivé kusy inventáře nezužitkovatelného je povinen pachtýř zachovat, stav zviřat obnovovat. Zničí-li se nebo opotřebí-li se tak, že jej nelze užívat, musí inventář obnovit propachtovatel, ledaže se tak stalo z viny pachtýře.

Zákonné zástavní právo vázne na inventáři pro pohledávky pachtýře proti propachtovateli. Lze je však uplatnit jen ve výši převyšující event. jinou jistotu danou propachtovatelem.

Zemědělský pacht

O zemědělský (§ 2345 NOZ) pacht se jedná, je-li jeho předmětem zemědělský nebo lesní pozemek.

- Zásadní odlišnosti je třeba spatřovat:
- **délka pachtu** – je-li sjednán na dobu delší než dva roky ústně, má se za to, že byl sjednán na dobu neurčitou,

- **pachtovní rok** trvá s ohledem na vegetační období většiny plodin v našem podnebním pásmu od 1. října do 30. září,
- **výpovědní doba** činí 12 měsíců,
- jsou stanoveny **mimořádné výpovědní důvody** s ohledem na fyzickou či podnikatelskou způsobilost pachtýře – stane-li se nezpůsobilý na pozemku hospodařit, může vypovědět pacht v tříměsíční lhůtě. Pachtýřův dědic může pacht vypovědět v téže lhůtě, pokud podá výpověď do šesti měsíců po pachtýřově smrti.

Pacht závodu

Zvláštní ustanovení obsahuje nový občanský zákoník pro **pacht závodu (§ 2349 NOZ)**

Pacht závodu je specifickým případem pachtu. Jeho specifičnost je dána především předmětem závodu – jedná se o věc hromadnou, tvořenou soustavou jmění tvořeného jak majetkem obsahujícím hmotné věci a nehmotná práva, tak i dluhy. Věci užitkovatelné i neuzítkovatelné a i okolností, že závod je provozem živým, jehož hodnota se v čase mění.

Pojem obchodního závodu je odchylně formulován od dosavadního pojmu „podnik“ (§ 5 ObchZ). I zavedení tohoto institutu, jako objektu právních vztahů – majetkové hodnoty, s níž je možno disponovat bylo počátkem 90. let v našem právním prostředí nové a jeho pojetí prošlo určitým posunem. Posun především představovala nejasnost v oblasti, zda představuje podnik celé podnikatelské jmění nebo jen jeho majetek , tj. zdali je třeba „závazky“ převádět zvláště či nikoli nebo zdali je možno z majetku (jmění) něco vyčlenit. Konečně , pokud je možno něco vyčlenit, zdali to může podnikem být soubor zcela libovolný, nebo, zdali podnik (organizační složka podniku) musí být nějakou organizovanou jednotkou podnikatelské činnosti.² Pro omezení libovůle při převodu jen části jmění podnikatele hovořila obava z obcházení § 531 odst.1 OZ (povinný souhlas věřitele) i obava , zda zajišťovací instituty obsažené v § 478 ObchZ, popř. 42a OZ dostatečně efektivně chrání věřitele..

– NOZ tenduje k volnému vymezení „závodu“. Pojem obchodní závod je popsán v ustanovení § 502 NOZ jako **organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti**. Z uvedené definice vyplývají základní znaky obchodního závodu:

- **majitelem závodu je podnikatel**, tedy osoba odpovídající definici podnikatele obsažené v § 420 NOZ, tzn. ten, kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem, se záměrem činit tak soustavně, za účelem dosažení zisku (podnikání),
- **obsahem závodu je soubor jmění**, tedy majetek, který podnikateli patří a jeho dluhy (§ 495 NOZ), který jsou organizován, tedy nějakým způsobem sofistikovaně uspořádán za účelem provozování jeho činnosti (podnikání),
- **podnikatelem vytvořený**, tedy nikoli vždy nutně veškerý majetek sloužící podnikatelskému podnikání, nýbrž majetek, který je podnikatelem z majetku

² Srovnej např. NS ČR 35 Odo 653/2004, 23 Cdo 3019/2009

ostatního vytvořen³ (vymezen), aby z jeho vůle sloužil k určitému provozu podnikání,

Pobočka je část závodu, která vykazuje hospodářskou a funkční samostatnost, jako pobočka podnikatelem vymezená.

Odštěpný závod je pobočka nebo jiná organizační složka závodu, zapsaná do obchodního rejstříku.

Úprava **pachtu závodu** do značné míry sleduje úpravu koupě závodu s tím rozdílem, že nedochází k převodu vlastnictví jmění, nýbrž pouze k dočasnému požívání tohoto jmění.

Účinnost pachtu je rozdílná podle toho, zda je:

- pachtýř zapsán do veřejného rejstříku – pak nabývá právo k závodu zveřejněním údaje, že uložil doklad o pachtu závodu do sbírky listin,

- není-li pachtýř zapsán, nabývá právo účinností smlouvy.

Notifikační povinnost vůči věřitelům a dlužníkům stíhá propachtovatele.

Pachtýř je ze smlouvy oprávněn užívat a požívat jmění, které je předmětem závodu v rozsahu, v jakém je toho třeba k řádnému provozování závodu. Bez souhlasu propachtovatele nemůže pachtýř měnit předmět činnosti závodu.

Blíže řeší zákoník otázku **přechodu práv a povinností z propachtovatele na pachtýře**. Dochází zde především ke změně subjektů **pohledávek a dluhů** tvořících soubor závodu. Je-li propachtovatel v postavení **věřitele**, stává se bez dalšího věřitelem místo něho pachtýř. Je-li propachtovatel v postavení **dlužníka**, stává se pachtýř dlužníkem dluhů:

- všech, které souvisí s provozem závodu,
- s výjimkou těch, o jejichž existenci nevěděl a ani je nemohl rozumně předpokládat.

Případný **nesouhlas věřitele** s pachtem má význam v tom, že:

- propachtovatel ručí za pachtýřovo splnění,
- pokud se zhorší dobytnost pohledávky, věřitel se může domáhat neúčinnosti pachtu vůči němu **odpůrčí žalobou** v preklusivní lhůtě jednoho měsíce ode dne, kdy se o pachtu dozvěděl, nejpozději však do tří měsíců od účinnosti smlouvy.

Pro rozsah jmění a případné reklamace vad má význam **zápis o předání závodu**. Strany v něm mají uvést výčet všeho, co propachtovaný závod zahrnuje a co se pachtýři předává, jakož i toho, co chybí, ač to měl spoluvytvářet závod podle smlouvy nebo účetních záznamů. Propachtovatel v něm též může uvést vady předmětu pachtu.

Zánikem pachtu opět přechází na propachtovatele pohledávky a dluhy, které k závodu náleží, z dluhů však jen ty, o jejichž existenci propachtovatel věděl nebo je alespoň musel rozumně předpokládat. Nesouhlas věřitele má obdobný význam jako při vzniku pachtu.

Rodinný závod

Poměrně nečekaně se v NOZ objevuje i nový institut **rodinného závodu** (§ 700 NOZ). Podobně jako v mnoha jiných případech upravuje NOZ možná reálně

se vyskytující vztahy v naší společnosti, založené faktickou prací člena domácnosti v závodu podnikatele avšak pouze z jednoho úhlu pohledu a sice práv takového (snad doposud vykořisťovaného ?) člena domácnosti. Úprava je přejata z rodinného práva italského (čl. 230 CC an.), kde zřejmě je aktuální. Zatím co v italském právu je pojem rodiny vymezen již v ústavě (čl. 29) NOZ, na rozdíl např. od § 40 ABGB, sice pojem rodina často používá, avšak nedefinuje. Lze jen doufat, že výčet možných účastníků rodinného závodu nebude tuto legální definici rodiny nahrazovat. Bohužel tato ustanovení nechrání osoby, které tvoří tzv. „faktickou rodinu“, jejíž výskyt je v naší společnosti stále častější.

Rodinný závod je obchodním závodem, ve kterém společně pracují členové rodiny (účastníci) a který je ve vlastnictví některé z těchto osob.

Účastníky – členy rodiny se rozumí, pro tento případ:

- manželé společně v závodu pracující nebo alespoň s jedním z manželů i jejich příbuzní (až do 3. stupně nebo osoby sešvagrené do 2. stupně)
- z těchto osob i ty osoby, které sice v závodě nepracují, avšak, kteří trvale pracují pro rodinu,

Zákon obsahuje i **negativní vymezení** – ne ti kteří pracují v závodě na základě společenské smlouvy (například v.o.s., kom. spol., s. r. o., družstvo), smlouvy o tiché společnosti, o pracovním poměru popřípadě jiné obdobné smlouvy.

Účastenství je nepřenosné, vzdát se lze jen práva na podíl na zisku a na věcech formou veřejné listiny.

Zánik účastenství v rodinném závodu umožňuje zákon buď

zcizením závodu nebo ukončením práce pro rodinu nebo v rodinném závodě nebo změnou právního důvodu účastenství – tj. kvalifikací tohoto důvodu smlouvou (například pracovní).

Práva účastníka spočívají především v

- právo podílet se na zisku a věcech nabytých a přírůstcích podle množství a druhu práce,
- rozhodovat:
 - o použití zisku,
 - o záležitostech mimo obvyklé hospodaření,
 - o změnách zásad závodního provozu,
- předkupní právo na závod, má-li být zcizen, nebo na spoluvlastnický podíl,
- předkupní právo na věc, která má trvale sloužit provozu,
- na platbu při zániku účastenství.

Je zřejmé, že institut rodinného závodu, který je kuriózně umístěn v pasáži NOZ, zabývající se právy a povinnostmi manželů, spadá spíše do práva závazkového. Jedná se o systém vztahů, z nichž někteří účastníci mají vůči ostatním, zejména podnikateli, určitá práva a podnikatel má i určité povinnosti. Charakter povinností účastníka, ani jejich obsah však NOZ neřeší. Jedná-li se o závislou práci je na místě posuzovat, zda nevznikají mezi příslušníky rodiny a podnikatelem pracovněprávní vztahy (dle § 1 ZP tento upravuje právní vztahy při výkonu závislé práce), resp. jen těžko bychom hledali případ, kdy by nevznikaly.

Občanský zákoník však koncipuje rodinný závod jako societu založenou reálně, faktem, že člen rodiny „pracuje společně“ v provozu rodinného závodu.

Vzniká tedy vztah obdobný společnosti, dalšímu staronovému institutu našeho nového občanského práva.

Společnost

Společnost je upravena v § 2716 an. NOZ. V úpravě NOZ je jasně patrna původní úprava nacházející se v institutu „Smlouva o společenství statků“ dle § 1175 ABGB (

1811), dle níž se dvě nebo více osob svolují sdružit jen svoji činnost nebo také své věci k společnému prospěchu a zřizují „společnost k společnému výdělku“. Tato společnost ovšem měla sloužit k jakémukoliv sdružení, tj. ať již ke sdružení zakládajícímu novou právnickou osobu či sdružení bez tohoto záměru⁴. Pro tehdejší společenské potřeby panující v konci 18. a počátku 19. století se zdála taková úprava dostatečná. Teprve ADHGB (Všeobecný německý obchodní zákoník, č. 1 /1863 ř.z.) zavádí „Společenstva obchodní“ (čl. 85 až 249) a odlišuje je od „spolčení k jednotlivým záležitostem obchodním“ (čl. 266) nadále pak v právní teorii označovaného jako „společnost případná“, též *konsorcium*) a tiché společnosti (čl. 250)⁵. Na toto oddělení pak navazovalo ustanovení o „smlouvě o sdružení“ (§ 489 občanského zákoníku z r. 1950). Ačkoliv, výslovné znění, žádného z těchto právních předpisů explicitně neřešilo právní subjektivitu (dle NOZ právní osobnost) těchto útvarů, byl v naší teorii⁶ přijat výklad pocházející ovšem pravděpodobně z výkladu § 705 německého BGB (1896) o existenci tzv. Společnosti občanského práva („*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*“ – *GbR*), tedy společnosti bez právní subjektivity, na rozdíl od společnosti obchodní, jež ji má a je upravena v HGB (německý obchodní zákoník z r. 1897).

NOZ ovšem, hledaje své kořeny v ABGB, tento vývoj neanticipuje. V jeho ustanoveních § 2716 an. pomíjí možnost existence institutu obchodní společnosti, o institutu „společenství osob“ je pouze zmíněno v § 210. Institut „společenská smlouva,“ je upraven bez jakéhokoli odkazu až v § 8 ZOK (zákon o obchodních korporacích č. 90/2012 Sb.). „Obecná“ úprava „společnosti“ , která ovšem jako obecná míněna není, je podtržena např. převzetím starobylého znění ustanovení § 1176 ABGB do § 2718 NOZ (o tzv. společnosti univerzální, do níž se vkládá veškeré jmění společníkové) , které snad v době vzniku ABGB mělo původně upravovat nějakého prapředka veřejné obchodní společnosti.

Zajisté kuriozní je ustanovení § 2720 NOZ, dle kterého má společník, který se zavázal přispět společnému účelu jen činností, právo užívat věci vložené do společnosti, nemá však právo věci požívat, avšak má právo na podíl ze zisku

⁴ SEDLÁČEK, J.: Obligační právo II. Speciální ustanovení o jednotlivých typech smluvních, Právník, Brno, 1946, s. 149

⁵ Srovnej ROUČEK, F.: *Právo obchodní, II*, Linhart, Praha, 1946, str. 483 an., nebo MALOVSKÝ-WENIG, A.: Příručka obchodního práva, ČESKOSLOVENSKÝ KOMPAS V PRAZE, Praha, 1947, s. 246 an.

Výměnek

S podobným mechanickým převzetím starobylého institutu, dokonce práva zvykového z 19. století, se setkáváme např. v ustanoveních týkajících se výměnku.

Smlouvou o výměnku si vlastník nemovité věci vyměňuje v souvislosti s jejím převodem pro sebe nebo pro třetí osobu (výměnkáře) požitky, úkony nebo práva sloužící k zaopatření na dobu života nebo dobu určitou a nabyvatel nemovité věci se zavazuje zaopatření poskytnout. Vztahy se řídí místními zvyklostmi, pokud není ve smlouvě stanoveno jinak. (§ 2707 NOZ).

Výměnek je institut hluboce spjatý s agrárním uspořádáním venkovské společnosti přelomu 18. a 19. století. Je institutem tak starým, že se s ním dnes již prakticky nesetkáme. V dobách, kdy bylo naše občanské právo upravováno zákoníkem z roku 1811, již nebyl do jeho obsahu zařazen a vztahy, které se kolem jeho zřízení a funkce na vsi vytvářely, byly ponechány úpravě zvykové s pomocí analogie úpravy doživotní renty. O jeho zvláštní úpravě uvažovala osnova a vládní návrh čsl. občanského zákoníku a po krátkou dobu jeho platnosti obsahoval jeho úpravu občanský zákoník z roku 1950⁷. Zřizování výměnku však vzalo zcela za své s rozprášením tradičního venkovského hospodaření a zánikem tradiční venkovské struktury rodinných vztahů, která byla nahrazena způsobem života odpovídajícím představám městského obyvatelstva. Jeho využití možná může mít naději v některých soukromých rodinných farmách, dodržujících tradiční sociální vztahy. Svůj morální základ má v povinnosti nového hospodáře postarat se o zaopatření hospodáře bývalého. Ekonomický základ potom v ulehčení nahrazení starého vedení rodinné zemědělské usedlosti mladším tak, aby včas předal většinou otec selský „rodinný závod“ dospívajícímu synovi za slib, že ten se o něj (včetně jeho manželky) doživotně postará. Pojem výměnek je proto též označením pro přístavek nebo samostatnou budovu v areálu statku, kam se výměnkář uchýlil, když hlavní obytnou budovu přepustil nástupci (synovi nebo zeťovi apod.). V chudších chalupách se pak výměnkář uchýlil do zadního přístavku. Institut je typický pro středoevropský⁸ způsob řešení vztahů v zemědělských farmách, německy se nazývá „*Pfründung*“ nebo „*Ausgedinge*“. Je komplexem vztahů, které se dají zařadit do práva dědického, rodinného, věcného, ale i závazkového.

Místních zvyklostí, jež by se daly jasně rozpoznat a formulovat, však již bude na naší vesnici pomálu, možná však, že najde výměnek své místo i při příležitosti postoupení jiných nemovitostí.

Subjekty uvedeného vztahu tedy jsou :

Osoba oprávněná z výměnku je:

– převodce nemovité věci, který si při převodu na nabyvateli výměnek vymíní pro sebe. Nebo jí může být:

– jiná osoba, v jejíž prospěch si převodce nemovitosti výměnek vymíní. Nejčastěji to bývají manželé.

⁷ Zajímavé informace o historii právní úpravy – neúpravy tohoto institutu najdeme v příspěvku SCHUSTEROVÁ, M.: Reservatum rusticum neboli výměnek v českém právním řádu, in. : VOJÁČEK, L., TAUCHEN, J., SCHELLE, K.: Proměny soukromého práva, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2011, s. 148

⁸ Obdobu najdeme též v severské společnosti pod švédsko-norským pojmem *undantag*, finsky *syytinki*, polsky *wycug*, latinsky *reservatum rusticum*

Osoba povinná je nabyvatel převáděné nemovitosti, který se zřízením výměnku souhlasil. Je-li výměnek zapsán jako břemeno do katastru nemovitostí, pak je osobou povinnou i každý další vlastník nemovitosti.

Charakter výměnku vytváří možnost **zabezpečit** si jeho nerušenost příslušnými instrumenty.

Je-li výměnek zřízen jako **věcné břemeno** k nemovitosti zapsané ve veřejném seznamu, platí pro něj předpisy o věcných břemenech, tedy mj. vzniká až zápisem do takového seznamu. Bude se jednat především o služebnost práva užívacího, možná i poživacího a zejména pak o reálné břemeno (§ 1303 NOZ). Zřízení výměnku jako reálného břemena by mohlo mít význam zejména v dnešní době, kdy mládež odchází do měst a nemá zájem nadále na polnostech hospodařit. Břemeno přechází i na nového vlastníka, který se musí zdržet všeho, čím by se věc zhoršila k újmě osoby oprávněné. Nedostačuje-li věc reálnému břemeni z viny vlastníka nebo pro nedostatek, který vyjde najevo teprve později, tou měrou, jak se mělo při jeho zřízení za to, napraví vlastník tento stav složením jistoty nebo jinak, aby osoba oprávněná z reálného břemene neutrpěla újmu.

Je-li výměnek zřízen jako **reálné břemeno**, učiní nabyvatel nemovité věci vše, co je z jeho strany zapotřebí, aby výměnek mohl být zapsán do veřejného seznamu. Nezrekne-li se výměnkář zápisu, lze do veřejného seznamu zapsat vlastnické právo nabyvatele jen současně se zápisem výměnku. Vlastník nemovitosti (budoucí výměnkář) ale může pro sebe zapsat budoucí výměnek do veřejného seznamu ještě před převedením nemovitosti.

Osoba zavázaná je povinna většinou jednak **strpět** výměnkářovo užívání nemovitosti, jednak většinou bývá obsahem i právo **důchodu** pro výměnkáře, který může sestávat tradičně z naturálního plnění (třeba poskytovat výměnkáři oběd, krmení pro jeho domácí zvířectvo, topivo apod.), ale v dnešní době pravděpodobně především z plnění peněžního kryjícího výměnkářovy potřeby bydlení a dalšího života. I když to při zřízení výměnku nebylo ujednáno, je osoba zavázaná přispět pomocnými úkony výměnkáři, který to nezbytně potřebuje, v nemoci, při úrazu nebo v podobné nouzi. Této povinnosti se zproští, zprostředkuje-li umístění výměnkáře ve zdravotnickém nebo podobném zařízení. Nezavazuje-li osobu zavázanou z výměnku k placení nákladů pobytu v zařízení zvláštní právní důvod, nese je výměnkář ze svého.

V dnešní politicky i ekonomicky nejisté době, s ohledem na předpoklad, že výměnek může trvat i několik desetiletí, pamatuje zákon i na **změnu poměrů** oproti těm, které trvaly za doby zřízení výměnku. Změní-li se poměry tou měrou, že na osobě zavázané k výměnku nelze spravedlivě požadovat, aby setrvala v naturálním plnění, a nedohodnou-li se strany, může soud na návrh osoby zavázané rozhodnout, že se naturální výměnek zcela nebo zčásti nahradil peněžním důchodem. Je-li výměnkář umístěn v opatrovacím zařízení, může soud uložit osobě zavázané, aby složila ve prospěch výměnkáře u provozovatele zaopatřovacího zařízení zaopatřovací jistinu ve stanovené výši.

Naopak byl-li výměnek přeměněn na peněžitý důchod, může soud dohodu stran nebo své rozhodnutí změnit, změní-li se podstatně poměry.

Při zkáze stavby, v níž bylo výměnkáři vyhrazeno obydlí, opatří osoba zavázaná výměnkáři na vlastní náklad náhradní bydlení.

Zákon obsahuje některá speciální ustanovení o **ukončení tohoto vztahu**.

Výměnek **nelze postoupit** jiné osobě – je tedy plněním vztahujícím se k osobě výměnkáře. Postoupit lze jen právo na jednotlivé splatné dávky, avšak ne na ty, jejichž rozsah je určen podle osobních potřeb výměnkáře.

Výměnek **nelze** ze strany výměnkáře „vzít zpátky“, tj. **odstoupit** od smlouvy o výměnku z důvodu neplnění povinností osobou zavázanou k výměnku a žádat navrácení nemovitosti, s jejímž postoupením byl výměnek spjat.

Výměnek končí **smrtí výměnkáře**. Zpravidla bývá zřízeno právo výměnku pro manžele společně. Smrtí jednoho z nich se rozsah služeb osoby povinné nezkracuje. Protože se jedná o právo vázané výlučně na jeho osobu, nepřechází na dědice.

Není-li zapsán výměnek do veřejného seznamu jako věcné nebo reálné břemeno, pak se nepřenáší na nového majitele nemovitosti a je obligačním vztahem, kterým je vázaná pouze osoba, která se k jeho zřízení zavázala.

Závěrem

Slovenská republika pracuje intenzivně na formulaci nového občanského zákoníku. Zajisté patří mezi nosné motivy jeho obsahu jak snaha vytvořit zákoník moderní, kompatibilní s okolními velkými právními systémy sousedů nebo hlavních ekonomických partnerů a na druhé straně i snaha vytvořit zákoník vycházející z tradic obsažených v přirozenoprávním základu chápání spravedlnosti v povědomí občanů a kulturněprávního okruhu, do něž se Slovensko historicky řadí. Předložený příspěvek má ilustrovat příklady některé, možná mezní, excentricity, které může tato snaha též přinést. Lze váhat nad tím, zdali smyslem jejich zařazení je snaha o jejich znovuoživení, či, např. v případě zde poukázaného rodinného podniku (ale i jiných zde nejmenovaných institutů, jako je např. postavení zvířete, zařazení institutu svěrečného fondu (trustu), přechod vlastnictví smlouvou, apod.) určitý populismus a snaha zalíbit se zahraničním posuzovatelům. Lze jen doufat, že úprava takových institutů byla oprávněná a bude obsahovat úpravu reálně se vyskytujícími potřeb adresátů zákonné úpravy.

Použitá literatura :

ELIÁŠ, K. a kol. Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou. Ostrava: Sagit, 2012.

KOZIOL, H.; WELSER, R. Bürgerliches Recht. Band II. Schuldrecht. 13. Auflage. Wien: Manz, 2006.

MALOVSKÝ-WENIG, A.: Příručka obchodního práva, Praha: ČESKOSLOVENSKÝ KOMPAS V PRAZE, 1947

RABAN, P. a kol.: Občanské právo hmotné. Relativní majetková práva. Plzeň, Aleš Čeněk, 2013

SCHUSTEROVÁ, M.: Reservatum rusticum neboli výměnek v českém právním řádu, in. : VOJÁČEK, L., TAUCHEN, J., SCHELLE, K.: Proměny soukromého práva, Masarykova univerzita Brno, Brno, 2011, s. 148 an.

SEDLÁČEK, J.: Obligační právo II. Speciální ustanovení o jednotlivých typech smluvních, Právník, Brno, 1946,

ROUČEK, F.: Právo obchodní, II, Linhart, Praha, 1947

Kontakt

raban@premyslraban.cz

JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D.

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra finančního práva
a národního hospodářství

Prominutí daní v důsledku povodní

Abstrakt

Příspěvek si klade za cíl identifikovat daňové zvýhodnění podnikajících fyzických a právnických osob postižených živelní pohromou a po následné analýze potvrdit či vyvrátit hypotézu, že prominutí daně či jiná obdobná daňová preference je vhodným nástrojem k řešení nepříznivých ekonomických dopadů povodní. Vedle daňových zvýhodnění se zabývá rovněž tzv. povodňovou daní. Autor nepreferuje po živelních pohromách aplikaci jednorázových úprav v daňovém právu a doporučuje využívat jen obecné instituty dlouhodobě zakotvené v daňověprávních normách.

Tax Waiver due to Flooding: Contribution aims to identify tax benefits for both entrepreneurs and legal entities affected by natural disaster and using analysis to confirm or refute the hypothesis that tax waiver or other similar tax preferences is an appropriate instrument to solve the negative economic impacts of floods. In addition to tax benefits, this contribution also deals with the so called flood tax. After natural disasters, author does not prefer the application of one-off adjustments in tax law and recommends using only general institutes grounded in tax law standards.

1. Úvod

V období (podle posledních ekonomických údajů snad již končící) hospodářské krize hledá mnoho ekonomů odpověď na otázku, jak pomoci obnovení hospodářského růstu či alespoň zastavení propadu hrubého domácího produktu. Řešení se objevuje mnoho a liší se jak mezi experty, tak mezi státy. V daňové oblasti se tak můžeme setkat jak se zvyšováním daňové kvóty, tak s jejím snižováním, či kombinací zvýšení některých daní na úkor snížení jiných se zachováním výše celkových daňových odvodů. Pravdou však je, že vliv daňových změn na ekonomické rozhodování právnických a fyzických osob je spíše marginální a ochota utrácet a tím zvyšovat hrubý domácí produkt se odvíjí spíše od jiných aspektů než těch daňových. Pakliže se pak v době krize objeví další negativní okolnost ovlivňující ekonomické chování podnikatelských i nepodnikatelských subjektů v podobě živelní katastrofy, má to vliv nejen na ekonomické rozhodování a

národohospodářské ukazatele, ale též na politicko-ekonomické rozhodování státního aparátu.

Protože povodně zasahují obyvatelstvo ve velkém měřítku, dostává se jim v médiích největší pozornosti. Živelní pohromou však mohou být též nezaviněný požár a výbuch, blesk, vichřice a vysoká rychlost větru, záplava, krupobití, sesouvání půdy, sesuny půdy a skalní zřícení, sesouvání nebo zřícení lavin a zemětřesení.¹

Česká republika byla v posledních dvou dekadách postižena velkými povodněmi, respektive záplavami hned několikrát: v červenci 1997, v srpnu 2002, na přelomu března a dubna 2006, v srpnu 2010 a naposledy na přelomu května a června 2013. Vždy se objevovaly jak na celostátní, tak na místní úrovni mnohé návrhy, jak postiženým občanům a též podnikatelským subjektům pomoci, a to i formou úpravy daňověprávních předpisů. Protože však došlo ke škodám též na majetku státu a územních samosprávných celků, úvahy jednotlivých expertů a politiků se často rozcházely. Jedna skupina preferovala snížení daňové zátěže postižených subjektů, kdežto druhá, právě s ohledem na zvýšenou potřebu beneficiářů daní, razila teorii o zvýšení daní. Není přitom výjimkou, že názory konkrétních osob se po jednotlivých živelních katastrofách v tomto směru diametrálně lišily.

Tento příspěvek si klade za cíl identifikovat daňové zvýhodnění podnikajících fyzických a právnických osob postižených živelní pohromou a po následné analýze potvrdit či vyvrátit hypotézu, že prominutí daně či jiná obdobná daňová preference je vhodným nástrojem k řešení nepříznivých ekonomických dopadů povodní. Odborné literatury k danému tématu je přitom velmi malé množství, a proto bude využita jen minimálně.

Příspěvek vznikl při řešení projektu „Systémová soudržnost norem finančního (a daňového) práva“ číslo MUNI/A/0823/2012, financovaného z prostředků specifického výzkumu Masarykovy univerzity.

2. Obecné možnosti subjektů postižených živelní pohromou v daňové oblasti

Daňové právo obsahuje mnoho obecných možností, které se nabízejí k využití subjektům stíženým přírodní katastrofou. Tato úprava je obsažena v zákonu č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „daňový řád“). Je na místě očekávat, že fyzická nebo právnická osoba, na jejímž majetku vznikla škoda v důsledku povodně či jiné živelní katastrofy, se musí potýkat primárně se vzniklou škodou. Důsledkem je, že nemá ani čas podat daňové přiznání, ani finanční prostředky na úhradu daně, neboť daň je obecně splatná ve lhůtě pro podání daňového přiznání.² Podle § 36 odst. 4 daňového řádu však může správce daně na žádost daňového subjektu nebo i z vlastního podnětu **prodloužit lhůtu pro podání daňového přiznání až o tři měsíce**. Taková žádost je dokonce **osvobozena od správního poplatku**.³ Pokud bude žádosti vyhověno, znamená to automaticky též **odsunutí lhůty pro placení daně**.

¹ Srov. § 8 odst. 2 písm. i) zákona o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

² Srov. § 135 odst. 3 daňového řádu.

³ Srov. § 8 odst. 2 písm. i) zákona č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého jsou osvobozeny úkony prováděné v důsledku živelní pohromy na území České republiky.

Obdobnými instituty, kde se však na rozdíl od prodloužení lhůty pro podání řádného daňového přiznání předpokládá podání daňového přiznání v zákonném termínu, jsou **posečkání úhrady daně** nebo **rozložení úhrady daně na splátky** podle § 156 až 157 daňového řádu. Zákonodárce pro posečkání či splátkování konstituuje několik předpokladů, nicméně pro případ povodní se jako vhodný důvod jeví skutečnost, že neprodlená úhrada by znamenala pro daňový subjekt vážnou újmu. Lze argumentovat rovněž ohrožením výživy daňového subjektu nebo osob na jeho výživu odkázaných, nebo hrozícím zánikem podnikání daňového subjektu (přičemž výnos z ukončení podnikání by byl pravděpodobně nižší než jím vytvořená daň v příštím zdaňovacím období). Posečkání i splátkování je možné povolit jak na žádost daňového subjektu (opět s **osvobozením od správního poplatku**⁴), tak *ex officio*. Obdobně jako o posečkání či splátkování daně je možné uvažovat o posečkání či splátkách zálohy na daň. Po dobu povoleného posečkání či splátkování nevzniká daňovému subjektu povinnost uhradit úrok z prodlení. Obecně je zde sice povinnost hradit za tuto dobu tzv. úrok z posečkané částky⁵ (odpovídá ročně výši repo sazby stanovené Českou národní bankou zvýšené o sedm procentních bodů), který je splatný do třiceti dnů ode dne doručení platebního výměru, avšak § 157 odst. 7 daňového řádu umožňuje správci daně upustit od předeepsání úroku z posečkání, pokud by ekonomické nebo sociální poměry daňového subjektu zakládaly tvrdost uplatněného úroku.

Co se týče záloh, § 174 daňového řádu přiznává správci daně v odůvodněných případech, kterými nechybě jsou též živelní pohromy, **stanovit zálohy nižší** než zákonem stanovené, popřípadě **povolit výjimku z povinnosti daň zálohovat**, a to i za celé zdaňovací období. Je pravděpodobné, že správce daně bude ve svém odůvodněném rozhodnutí obvykle vycházet z žádosti daňového subjektu (**osvobozené od správního poplatku**⁶), není však vyloučen ani zásah *ex offio*. Postižení živelní pohromou je možné prokázat například posudkem pojišťovny či znalce o výši způsobené škody, potvrzením obce, čestným prohlášením a podobně. Správce daně může případně vyzvat žadatele o doplnění dokladů dokazujících, že byl mimořádnou událostí skutečně postižen.

Daňový řád upravuje též institut **prominutí daně**. Ustanovení § 259 daňového řádu je však jen velmi úzce zaměřené na konkrétní daně – daně transferové, a proto mu bude věnována samostatná pozornost v další části. Naopak ustanovení § 260 daňového řádu získalo na aktuálnosti až po povodních v roce 2013. S ohledem na jeho význam a dopad mu bude věnována samostatná část příspěvku.

3. Dopad živelních pohrom do majetkových daní

Ustanovení § 259 daňového řádu předpokládá existenci pravomoci orgánu veřejné správy **prominout zcela nebo částečně daň** nebo příslušenství daně, a to na základě zásad dispoziční (na žádost daňového subjektu) i ofi­ciality (z moci úřední). Taková pravomoc je však založena pouze v § 25 odst. 7 zákona č. 357/1992 Sb., o dani **dědické**, dani **darovací** a dani **z převodu nemovitostí**, ve znění pozdějších

⁴ Tamtéž.

⁵ Platí též pro povolené splátky daně, neboť zákonodárce nepochopitelně užívá legislativní zkratky posečkání též pro plátky.

⁶ Op. cit. 3.

předpisů: Generální finanční ředitelství může daňovému subjektu nebo ručiteli daň zcela nebo částečně prominout při řešení důsledků živelních pohrom a jiných mimořádných hromadných událostí z důvodu odstranění tvrdosti. K prominutí daně přitom může dojít od vzniku daňové povinnosti až do doby uplynutí lhůty pro placení daně, a to i poté, kdy došlo k její úhradě. Žádost podaná podle těchto ustanovení je rovněž **osvobozena od správního poplatku**.⁷

Je vhodné doplnit, že ustanovení § 20 odst. 13 zákona č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, **osvobozuje od daně darovací bezúplatné nabytí majetku na humanitární nebo charitativní účely a bezúplatné nabytí majetku z veřejných sbírek**.

Mezi majetkovými daněmi má nejvýznamnější postavení daň z nemovitostí. Beneficiářem této daně jsou obce, a proto bylo v prosinci 2002 (po proběhlých velkých povodních) zákonem č. 576/2002 Sb., kterým se mění zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, účinným od 1. ledna 2003 právě jim přiznáno právo **osvobodit od daně z nemovitostí** na svém území nemovitosti dotčené živelní pohromou.⁸ Jakýkoliv zásah obce do konstrukce daně z nemovitostí může být proveden toliko obecně závaznou vyhláškou přijatou v samostatné působnosti obce. Většinou se bude jednat o některý z koeficientů zvyšujících daň; plně se tak projevuje fiskální efekt daně z nemovitostí. Osvobození od daně má však spíše funkci stimulační: obce mají možnost při řešení důsledků živelních pohrom zcela nebo částečně (procentem) osvobodit od daně z nemovitostí na svém území nemovitosti dotčené živelní pohromou. Obec tak motivuje své občany, aby se neodstěhovali jinam, ale naopak aby peníze ušetřené na dani investovali do oprav či rekonstrukcí povodní či jinou katastrofou zničených budov. Obec rovněž může přimět tímto způsobem zemědělce, aby nezačali podnikat jinde, ale aby pole poničená živelní pohromou znovu oseli a dále na nich hospodařili. Obdobných příkladů stimulační funkce by bylo možné samozřejmě uvést více. Osvobození nemovitostí dotčených živelní pohromou je časově omezené na maximální dobu pěti let; předpokládá se, že do té doby jsou již škody způsobené živlem napraveny. Obec má ze zákona možnost osvobození zavést i zpětně tak, že je účinné i na předchozí, již uplynulé zdaňovací období. Tato retroaktivita je omezena pouze požadavkem, aby předmětná obecně závazná vyhláška byla vydána tak, aby nabyla účinnosti do 31. března roku následujícího po zdaňovacím období, v němž k živelní pohromě došlo. Jakkoliv je zákonný text poněkud nejasný a přesně nestanovuje, co je míněno uplynulým zdaňovacím obdobím, s ohledem na logický výklad zákona je třeba problematice rozumět tak, že osvobozeny mohou být vždy výhradně ty nemovitosti, na kterých byla živelní pohromou napáchána škoda. Pokud obec stihne přijmout vyhlášku a zajistí její účinnost v tom roce, kdy k živelní pohromě došlo, pak bude osvobozen právě tento rok a maximálně čtyři následující. Pokud by však obec přijímala vyhlášku (resp. by vyhláška nabyla účinnosti) až v roce následujícím po roce, kdy k přírodní katastrofě došlo (avšak nejpozději 31. března), pak by taková vyhláška mohla být účinná též na již uplynulé zdaňovací období, tedy v tom roce, kdy došlo k živelní pohromě.

⁷ Op. cit. 3.

⁸ Obdobně na dané téma Radvan, M. Místní daně. Praha: Wolters Kluwer, 2012. Str. 158-160.

Retroaktivita (jakkoliv dovolená) však bude vždy znamenat praktické problémy jak pro správce daně⁹ a beneficiáře jejího výnosu, tak především pro daňové poplatníky. Obecná lhůta pro podávání daňových přiznání k dani z nemovitostí je totiž 31. leden zdaňovacího období. Proto musí poplatník, který chce osvobození využít, podávat dodatečné daňové přiznání a žádat o vrácení přeplatku, správce daně musí prověřit skutečnosti v přiznání uvedené a vrátit peníze, obec musí zaslat část výnosu daně z nemovitostí zpět správci daně apod. Doporučuji tedy vždy uvést ve vyhlášce datum nabytí účinnosti k 1. lednu zdaňovacího období následujícího po roce, kdy k živelní pohromě došlo, neboť pouze takový postup bude znamenat skutečnou pomoc a nikoliv svízel pro ty, jejichž nemovitost byla dotčena přírodní katastrofou.

Celá tato debata se však jeví jako spíše akademická, než že by měla skutečný praktický dopad, s ohledem na skutečnost, že osvobození nemovitostí dotčených živelní pohromou není obcemi příliš využíváno.

Rok povodní	Obec	Vyhláška č.	Osvobození pro období
2002	Bernartice	1/2003	2003-2007
2002	Beroun	2/2003	2003
2002	Dolní Břežany	11/2003	2003
2002	Klatovy	1/2003	2003-2005
2002	Neratovice	1/2003	2003-2005
2002	Plzeň	4/2003	2003-2007
2002	Praha	4/2003	2003
2002	Roudnice nad Labem	1/2003	2002-2006
2002	Tábor	3/2003	2003-2007
2002	Znojmo	3/2003	2002-2003
2006	Kostice	1/2007	2006
2010	Cvikov	6/2011	2010-2014

Tabulka 1: Osvobození nemovitostí dotčených živelní pohromou od daně z nemovitostí¹⁰

Z tabulky je zřejmé, že jen deset obcí z celkového počtu cca 6.300 v České republice reagovalo v roce 2003 na novou možnost osvobodit nemovitosti zasažené povodní. Po povodních v roce 2006 přistoupila k osvobození jediná obec, stejně tak po povodních v roce 2010 a aktuálně jsou nemovitosti dotčené živelní pohromou

⁹ Obec je povinna zaslat obecně závaznou vyhlášku v jednom vyhotovení správci daně do pěti kalendářních dnů ode dne nabytí její účinnosti.

¹⁰ Zdroj: ASPI, aktualizováno ke dni 15.8.2013.

osvobozeny jen v jediné obci. Prozatím žádná obec nereagovala osvobozením nemovitostí na povodně v roce 2013, byť se touto ideou prezentuje ve sdělovacích prostředcích Rada hlavního města Prahy.¹¹

Důvody pro neposkytování osvobození od daně z nemovitostí jsou ryze finanční a fiskální funkce daní tak jako v mnoha jiných případech potlačuje funkce stimulační a regulační. Pokud přírodní živly způsobí v obci katastrofu, obce si nemohou dovolit přijít o výnos daně z nemovitostí, neboť právě v této době potřebují peníze na odstranění škod vzniklých na obecním majetku, na infrastruktuře apod. Nadto si je třeba připustit i tu skutečnost, že mnozí poplatníci jsou svolní k nepoctivostem a budou tvrdit, že také jejich nemovitost byla poškozena. V mnoha případech je skutečně relativně obtížné stanovit, které nemovitosti byly živelní pohromou skutečně zasaženy (např. byt v prvním patře byl vytopen povodní, kdežto byt ve čtvrtém patře zůstal bez následků), případně ze strany poplatníka daně prokázat negativní dopad přírodní pohromy na svůj majetek (chybějící fotografická dokumentace, absence osob, které by mohly dosvědčit poškození nemovitého majetku, neboť v době povodní většina lidí nepořizuje fotografickou či video dokumentaci, ale aktivně se snaží ochránit svůj majetek a životy). To vše znamená administrativně složitější a časově i finančně náročnější správu daně.

4. Osvobození od správních poplatků

Již výše bylo vícekrát zmíněno osvobození od správních poplatků v případě úkonů prováděných v důsledku živelní pohromy na území České republiky podle § 8 odst. 2 písm. i) zákona č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů. Jeho význam se projevuje nejen ve zpoplatněných úkonech v rámci daňového řízení, ale též v různých typech správního řízení, například v řízení stavebním.

5. Prominutí důchodových daní a příslušenství

Ministr financí má podle § 260 daňového řádu právo z moci úřední, pokud jde o daně, které spravují jím řízené správní orgány (tedy orgány finanční a celní správy), zcela nebo částečně prominout daň nebo příslušenství daně jednak z důvodu nesrovnalostí vyplývajících z uplatňování daňových zákonů, jednak při mimořádných, zejména živelných událostech. Vydání rozhodnutí nepředchází žádné řízení, ve kterém by se přezkoumávalo, na koho se bude prominutí daně vztahovat. Rozhodnutím se totiž promíjí daň nebo příslušenství všem daňovým subjektům, jichž se důvod prominutí týká. Rozhodnutí se oznamuje zveřejněním ve Finančním zpravodaji.

K prominutí úhrady daní z příjmů a příslušenství daní z příjmů přistoupil ministr financí právě po povodních v roce 2013, když 12. června 2013 s účinností od

¹¹ Bureš, V. Praha chce začít snižovat povodňové zábrany, vyplaveným odpustí daň. http://praha.idnes.cz/zabrany-by-se-mohly-v-praze-snizovat-jeste-v-utery-fw-m-praha-zpravy.aspx?c=A130611_132740_praha-zpravy_bur. 11.6.2013 (citováno dne 27.8.2013). Rovněž Schválená usnesení 25. Rady HMP ze dne 11.6.2013. Dostupné z http://www.praha.eu/jnp/cz/home/volene_organy/rhmp/programy_jednani/index.html (citováno dne 27.8.2013).

následujícího dne vydal rozhodnutí o prominutí úhrady daní z příjmů a příslušenství daní z příjmů z důvodu mimořádné události.¹² Rozhodnutí bylo vzápětí doplněno informací Finanční správy ČR „K rozhodnutí ministra financí o prominutí úhrady daně z příjmů a příslušenství daně z příjmů z důvodu mimořádné události“.¹³

Prominutí daní z příjmů se týká právnických a fyzických osob postižených povodní a záplavou, v jejichž důsledku byl vyhlášen dne 2. června 2013 nouzový stav rozhodnutím vlády České republiky č. 140/2013 Sb. Konkrétně se tedy jedná o území Jihočeského kraje, Plzeňského kraje, Středočeského kraje, Libereckého kraje, Královéhradeckého kraje, Ústeckého kraje a hlavního města Prahy. Tímto je dosaženo plošného dopadu prominutí daně a příslušenství daně, dostatečně obecně, přitom však zároveň spravedlivě v kombinaci s pravidlem, že výše prominuté daně je stanovena s ohledem na výši způsobené škody způsobené povodní a záplavou.

Právnickým osobám se promíjí úhrada daně ve výši skutečné škody vzniklé na majetku poplatníka používaného k činnosti, z níž plynou příjmy, které jsou předmětem daně. Jedná-li se o poplatníka daně z příjmů právnických osob, který nebyl založen za účelem podnikání a který používá majetek k činnosti, z níž plynou příjmy, které jsou předmětem daně, pouze z části, skutečná škoda na tomto majetku se uplatní pouze v poměrné výši.

Fyzickým osobám je prominuta úhrada daně z příjmů fyzických osob poměrně připadající na dílčí základy daně z příjmů z podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti a z pronájmu podle ustanovení § 7 a § 9 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o daních z příjmů“), nesnížené o nezdanitelné části základu daně a položky odčitatelné od základu daně, a to ve výši odpovídající výši skutečné škody vzniklé na majetku poplatníka používaného k činnosti, z níž plynou příjmy podle ustanovení § 7 nebo § 9 zákona o daních z příjmů. Prominutí úhrady daně se vztahuje na daně z příjmů fyzických a právnických osob za zdaňovací období nebo období, za které se podává daňové přiznání, ve kterých v roce 2013 došlo k mimořádné události. Obdobně jako u právnických osob, pokud je majetek poplatníka používán k činnosti, z níž plynou příjmy, které jsou předmětem daně (podle ustanovení § 7 nebo § 9 zákona o daních z příjmů) pouze z části, uplatní se skutečná škoda na takovém majetku jen v poměrné výši.

Skutečnou škodou na majetku je chápána škoda materiální povahy, tedy zničení nebo poškození majetku poplatníka způsobené v důsledku mimořádné události, nikoliv například ušlý zisk. Výši škody musí poplatník prokázat správci daně – finančnímu úřadu současně s podáním daňového přiznání na daň z příjmů prostřednictvím posudku pojišťovny, pokud je poškozený majetek pojištěn, nebo posudkem znalce, není-li takový majetek pojištěn. Pokud má poplatník jak pojištěný, tak nepojištěný majetek, musí předložit posudek pojišťovny i posudek znalce.

Je třeba zdůraznit, že rozhodnutím ministra financí o prominutí úhrady daní z příjmů a příslušenství daní z příjmů z důvodu mimořádné události je prominuta skutečně pouze úhrada těchto daní, tedy povinnost inkasní, nikoliv povinnost tvrzení

¹² Č.j.: MF-65647/2013/3901. Dostupné z <http://www.mfcr.cz/cs/legislativa/legislativni-dokumenty/2013/rozhodnuti-o-prominuti-uhrady-dani-z-pri-12953> (citováno dne 25.8.2013).

¹³ Dostupné tamtéž.

a povinnost důkazní. Poplatník má tak i nadále povinnost podat řádně a včas daňové přiznání a případně též povinnost prokázat skutečnosti v něm tvrzené.

Zbývá doplnit, že prominutí daně se nevztahuje na plátce daně při úhradě daně z příjmů vybírané srážkou podle zvláštní sazby daně a při úhradě daně z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a z funkčních požitků. To se však může jevit jako poněkud nespravedlivé: je-li například zaplaven osobní automobil osoby samostatně výdělečně činné, daňová povinnost bude při inkasu snížena o výši vzniklé škody. Zaměstnanec používající zaplavené vozidlo pro cestu do práce však na žádnou obdobnou daňovou úlevu nárok nemá. V konečném důsledku se znovu jedná o nepřímou podporu tzv. švarcsystému, byť nikoliv tak markantní jako v případě výdajových paušálů.

Vedle **prominutí** úhrady daní z příjmů rozhodnutí ministra financí promíjí též **příslušenství daně z příjmů (pouze) fyzických osob vzniklé v důsledku pozdní úhrady zálohy**, jejíž splatnost nastane ode dne vyhlášení nouzového stavu do 31. prosince 2013. Jedná se zejména o úrok z prodlení, případně úrok z posečkané částky. Prominutí příslušenství daně z příjmů fyzických osob se vztahuje pouze na poplatníky hradící zálohy na daň z příjmů fyzických osob podle ustanovení § 38a zákona o daních z příjmů, nikoliv na plátce daně hradící zálohy poplatníků daně z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti a z funkčních požitků.

Je na místě zdůraznit, že prominutí příslušenství daně neznamená automaticky zrušení povinnosti zálohu uhradit. Z pohledu evidence daní bude mít poplatník evidován nedoplatek, na který budou započítávány veškeré vzniklé přeplatky, pakliže nepožádá o stanovení záloh nižších, popř. o povolení výjimky z povinnosti daň zálohovat.

Rozhodnutí ministra financí **promíjí** rovněž **příslušenství daně z příjmů fyzických osob a daně z příjmů právnických osob vzniklé v důsledku pozdní úhrady** těchto daní, jejichž původní den splatnosti nastane ode dne vyhlášení nouzového stavu (nejčastěji 1. července 2013 za zdaňovací období 2012). Typicky se bude jednat o úrok z posečkané částky, případně též úrok z prodlení. Protože správce daně musí prověřit, zda dotyčná osoba byla skutečně postižena povodněmi nebo záplavami, je třeba každý případ individuálně posoudit. Poplatník musí vždy požádat o posečkání úhrady daně bez nutnosti hradit správní poplatek, a to i zpětně po splatnosti daně, a jeho žádosti musí být vyhověno. To nastane, pokud poplatník prokáže (posudkem pojišťovny či znalce, čestným prohlášením, potvrzením od obce apod.) existenci příčinné souvislosti mezi postižením povodněmi nebo záplavami a nemožností uhradit daň včas.

Druhou nezbytnou podmínkou pro prominutí příslušenství daně z příjmů vzniklého v důsledku pozdní úhrady je úhrada daně nejpozději do 31. října 2013.

Prominutí v žádném případě nedopadá na případy, kdy je daň doměřena a je stanoven náhradní den splatnosti.

6. Povodňová daň

Jakkoliv je tento text věnován prominutí daní a dalším institutům ve prospěch poplatníků daně, kterých mohou dosáhnout v období po živelních pohromách typu povodní a záplav, je nezbytné si všimnout, že úvahy zákonodárce

neměly v nedaleké historii nejen v České republice¹⁴ vždy tendenci poplatníkům pomoci. Po povodních v roce 2010 došlo ke schválení zákona č. 346/2010 kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Tento zákon pro jediné zdaňovací období 2011 snížil základní slevu na dani z příjmů fyzických osob z 24.840 Kč na 23.640 Kč, tedy o 100 Kč měsíčně. V důvodové zprávě k návrhu zákona se uvádí, že se tak stalo „z důvodu snížení fiskálního napětí v souvislosti s opakujícími se povodňovými škodami“. Jinými slovy, byla pro rok 2011 zavedena takřka univerzální povodňová daň ve výši 1.200 Kč. Do jisté míry by bylo možné mluvit o dani z hlavy, kdyby se skutečně vztahovala na všechny občany či minimálně na ty se zdanitelnými příjmy. Avšak osoby, jejichž daňová povinnost před uplatněním daňových slev byla nižší než 23.640,¹⁵ žádnou povodňovou daň *de facto* nehradily. Ministr financí odůvodnil povodňovou daň tak, že měl k dispozici též druhou možnost v podobě vydání povodňových dluhopisů, tedy financování na dluh. Toto řešení bylo využito mj. po povodních v roce 1997 a též po jarních povodních na Moravě v roce 2010. Dluhopisové financování však ministr odmítl s argumentem rozpočtové odpovědnosti a přiklonil se ke snížení daňových slev. Výhodou je podle něj skutečnost, že společenská solidarita s lidmi postiženými katastrofou bude pravidelně rozpočtována každý rok. „Na rozdíl od zvýšení dluhu budou přispívat pouze ekonomicky aktivní obyvatelé, s výjimkou nízkopříjmových skupin, které žádnou daň z příjmů ani nyní neplatí. Aktuální problém tak budeme řešit na úkor současné spotřeby, nikoli na úkor životní úrovně budoucích generací.“¹⁶

Ministerstvo financí ČR bylo nakonec nuceno přiznat,¹⁷ že s „ohledem na postup a systém výpočtu daňové povinnosti daně z příjmů fyzických osob ... nelze přesně zjistit celkovou vybranou výši příjmů ve věci tzv. povodňové stokoruny. Tato částka je součástí celkového výnosu daně z příjmů fyzických osob, a proto byl v této věci proveden kvalifikovaný odhad fiskálního dopadu, a to ve výši 4 mld. Kč.“ Z obdobného důvodu také nebyl vytvořen žádný speciální povodňový fond, kam by finanční prostředky vybrané nad rámec běžných daní směřovaly. Pouze byla ve výdajích rozpočtové kapitoly Všeobecná pokladní správa zřízena nová položka „Prostředky na odstranění důsledků povodní a na následnou obnovu“ v celkové výši 4 mld. Kč. Co se využití těchto prostředků týče, podle usnesení vlády č. 692/2010 k řešení odstranění škod a obnovy území České republiky poškozených povodněmi v srpnu 2010 a dalších navazujících usnesení byly finanční prostředky určeny pro rezorty Ministerstva pro místní rozvoj ČR, Ministerstva životního prostředí ČR, Ministerstva zemědělství ČR a Ministerstva průmyslu a obchodu ČR a byly použity na povodňové dotační tituly a další účely, jak vyplývá z následující tabulky:

¹⁴ Srov. např. Internal Revenue Service. Tax Relief in Disaster Situations. <http://www.irs.gov/uac/Tax-Relief-in-Disaster-Situations> (citováno dne 27.8.2013).

¹⁵ Odpovídá příjmu cca. 9.600 Kč hrubého.

¹⁶ Kalousek, M. Povodňové dluhopisy, nebo povodňová daň? <http://www.mfcr.cz/cs/aktualne/v-mediich/2010/2010-08-11-vmediich-4630-4630>. 11.8.2010 (citováno dne 27.8.2013).

¹⁷ Žádost o poskytnutí informací podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím - Č. j.: MF-70 93/2013/10/1164 IK. <http://www.mfcr.cz/cs/o-ministerstvu/sluzby-verejnosti/informacni-kancelar/seznam-podanych-zadosti/2013/zadost-o-poskytnuti-informaci-podle-zako-13771>. 3.7.2013 (citováno dne 27.8.2013).

Správce podpory / kapitola rozpočtu	Identifikace podpory	Podpora v roce 2010	Podpora v roce 2011	Podpora v roce 2012	Podpora v roce 2013	Podpora celkem
MMR	Obnova obecního nebo krajského majetku poškozeného živelní nebo jinou pohromou	249.800	2.120.300	0		2.370.100
MMR	Podpora bydlení	75.000	0	0		75.000
MMR	Podpora podle nařízení vlády č. 394/2002Sb. a 395/2002 Sb.	23.200	0	0		23.200
MŽP	Likvidace škod po živelních pohromách	10.000 *	48.050	19.950 **		78.000
Mze	Podpora odstraňování povodňových škod na infrastruktuře vodovodů a kanalizací	20.000	94.000	23.700		137.700
Mze	Odstranění následků povodní na státním vodohospodářském majetku	70.000	241.000	800.000 ***	139.000	1.250.000
ze	Odstranění škod na zemědělském majetku	0	29.000	0		29.000
MPO	Program ZÁRUKA pro malé a střední podnikatele	37.000	0	0		37.000
Celkem		485.000	2.532.350	843.650	139.000	4.000.000

* MŽP tyto prostředky nevyčerpalo

** MŽP tyto prostředky nepožadovalo

*** MZe nepožadovalo prostředky ve výši 509 615 tis. Kč, avšak na vrub očekávaných úspor bylo MZe poskytnuto 400 mil. Kč na posílení programu Podpora prevence před povodněmi II

Tabulka 2: Využití prostředků na odstranění důsledků povodní a na následnou obnovu (v tis. Kč)¹⁸

¹⁸ Zdroj: Žádost o poskytnutí informací podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím - Č. j.: MF-70 93/2013/10/1164 IK. <http://www.mfcr.cz/cs/o-ministerstvu/sluzby-verejnosti/informacni-kancelar/seznam-podanych-zadosti/2013/zadost-o-poskytnuti-informaci-podle-zako-13771>. 3.7.2013 (citováno dne 27.8.2013).

7. Závěr

Jak je patrné z výše uvedeného textu, jsou přístupy státu k právnickým a (nejen) podnikajícím fyzickým osobám postižených živelní pohromou velmi různorodé, někdy i diametrálně odlišné. Daňové právo obsahuje mnoho obecných možností využitelných subjekty postiženými přírodní či jinou katastrofou. Existuje obecné právo požádat o prodloužení lhůty pro podání daňového přiznání, možnost posečkání daně nebo rozložení její úhrady na splátky, právo na snížení či úplné prominutí hradit zálohy na dani. Ve všech případech, kdy se jedná o živelní pohromu, je navíc prominut správní poplatek. Tyto benefity, ke kterým je možné přičíst ještě osvobození od daně darovací v případě bezúplatného nabytí majetku na humanitární nebo charitativní účely a bezúplatné nabytí majetku z veřejných sbírek a rovněž možnost prominutí penále ze strany orgánů správy sociálního zabezpečení v případě pozdní úhrady zálohy na sociální pojištění, za podmínky vstřícného přístupu správních orgánů podle mého názoru bohatě vystačí a není třeba podnikat další kroky, pokud se díváme na problematiku toliko očima daňového právníka.

Daně jsou však institutem nikoliv pouze právním, ale také ekonomickým, společenským a v neposlední řadě politickým. A právě politici, ať už na celostátní, nebo na místní úrovni, jsou těmi, kdo přijímají definitivní rozhodnutí. Přitom jsou ovlivňováni svými soukromými zájmy, zejména zájmem být znovu zvolen. Ministr financí tak prominul fyzickým i právnickým osobám daň z příjmů za zdaňovací období 2013 ve výši škody na majetku používaném k podnikání, podnikajícím fyzickým osobám dále sankce v případě pozdní úhrady záloh splatných po povodních v roce 2013 a oběma skupinám osob též sankci za pozdní úhradu daně z příjmů za předchozí zdaňovací období. Mimo daňovou oblast premiér vyjednal v (převážně státem vlastněné) akciové společnosti ČEZ rozšíření úlev zákazníkům, které postihly povodně a ke stejnému postupu vyzval Jihočeskou energetiku a Pražskou energetiku. Ministerstvo pro místní rozvoj ČR zveřejnilo nabídku dotací a levných půjček pro obce a občany, kterým povodně poničily nemovitosti. Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR připravuje opatření, které umožní podnikatelům postiženým povodněmi žádat o výhodně úročené překlenovací úvěry garantované státem, aby mohli svou činnost obnovit.¹⁹

Ve všech případech se jedná o populistické kroky politiků, kteří nehospodaří s vlastními penězi. Stát a též územní samosprávné celky naopak po povodních potřebují více finančních prostředků na odstraňování škodlivých následků živelních pohrom a na obnovu poničeného majetku. Rozumně hospodařící společnost či podnikatel by měl být vždy proti povodním, záplavám a dalším přírodním katastrofám pojištěn. Následně, pokud vznikne škoda, bude mu tato škoda uhrazena pojišťovnou. Proč ji však má znovu, podruhé, „dostat“ též od státu v podobě prominutí daně? *Nota bene* jeho příjmy budou pravděpodobně ve zdaňovacím období, kdy došlo k povodni, nižší, a tak bude nižší i jeho daňová povinnost za toto

¹⁹ ČEZ nejprve oznámil, že lidem, které zasáhla vyšší než půlmetrová povodeň, odpustí tři měsíční zálohy. Premiér později oznámil, že sleva se bude týkat i lidí, kteří byli zaplaveni méně než půl metrem vody; odpuštěna jim bude jedna měsíční záloha. Srov. Dlouhá, P. Česko po viróze: po odpouštění přehrad přichází odpouštění daní. <http://www.penize.cz/dane/256132-cesko-po-viroze-po-odpousteni-prehrad-prichazi-odpousteni-dani>. 13.6.2013 (citováno dne 27.8.2013).

období. Nelogičnost počínání typu prominutí daní a osvobození od daní si pravděpodobně mnohem více ověřují politici na lokální úrovni, o čemž svědčí jen velmi malý počet obcí, které kdy historicky přistoupily k osvobození nemovitostí na svém území dotčených živelní pohromou od daně z nemovitostí.

Stejně tak jsem však kritikem druhého extrémního přístupu popovodňových daňových úprav, kterým bylo zavedení povodňové daně pro zdaňovací období 2011, a to dokonce tím samým ministrem, který prominul daně v roce 2013. Pro případ živelních pohrom má být ve státním rozpočtu připravena adekvátní rezerva a nemá docházet ke zvyšování daní, nadto poněkud skrytou cestou snížení základní slevy na poplatníka.

Po identifikaci daňových zvýhodnění podnikajících fyzických a právnických osob postižených živelní pohromou a jejich analýze je třeba vyvrátit hypotézu, že prominutí daně či jiná obdobná daňová preference je vhodným nástrojem k řešení nepříznivých ekonomických dopadů povodní. Regulace daní *de lege lata* obsahuje dostatečné množství institutů obecného charakteru využitelných osobami postiženými přírodní katastrofou a jednorázové zásahy nejsou vhodným řešením, protože znamenají zvýšenou administrativní náročnost jak pro daňové subjekty, tak především pro daňovou správu.

Kontakt

michal.radvan@law.muni.cz

K zavedeniu nulitného rozhodnutia do Daňového poriadku¹

Abstrakt

Príspevok sa zaoberá inštitútom nulitného rozhodnutia zavedeného do procesného kódexu daňového práva – daňového poriadku. Tento podrobne analyzuje z hľadiska týmto zákonom stanovených dôvodov, z ktorých nulita daňového rozhodnutia nastáva a komparuje túto úpravu s právnou teóriou, judikatúrou a právnou úpravou inštitútu nulitného daňového rozhodnutia vo vybraných štátoch. Autor vyjadruje presvedčenie o potrebe precizovania existujúcej právnej úpravy z dôvodu, že táto nepokrýva viaceré prípady nulity, ktoré sa v praxi môžu vyskytnúť.

1. Podstata nulity rozhodnutia vydaného pri správe daní

Rozhodnutie vydané pri správe daní je jedným z najdôležitejších inštitútov. Zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej taktiež len „Daňový poriadok“) v § 63 ods. 1 výslovne ustanovuje, že „Ukladať povinnosti alebo priznávať práva podľa tohto zákona alebo osobitného predpisu možno len rozhodnutím, ktoré musí byť doručené podľa tohto zákona, ak tento zákon neustanovuje inak.“ Ten ďalej v odseku 2 pokračuje uvedením základných atribútov, ktoré musí každé rozhodnutie spĺňať: „Rozhodnutie musí vychádzať zo stavu veci zisteného v daňovom konaní, musí obsahovať náležitosti ustanovené týmto zákonom² a musí byť vydané príslušným orgánom, ak tento zákon alebo osobitný predpis³ neustanovuje inak.“ Možno uzavrieť, že musí spĺňať všetky náležitosti kompetenčné, procedurálne, resp. formálne a obsahové, zahrňujúce i požiadavku určitosti správneho aktu.⁴ Absencia niektorej z daných náležitostí⁵ bude vždy mať, v závislosti od intenzity pochybenia, svoje následky

¹ Príspevok vznikol ako čiastkový výstup v rámci riešenia projektu VEGA č. 1/1170/12 „Vplyv daňovej politiky EÚ na vnútroštátnu právnú úpravu v Slovenskej republike“.

² § 63 ods. 3 a 5 Daňového poriadku.

³ Ide o jednotlivé hmotno-právne daňové zákony.

⁴ JÁNOŠÍKOVÁ, P., MRKÝVKA, P., TOMAŽIČ, I. *Finanční a daňové právo*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. s. 463.

⁵ už zo spojenia „...musí obsahovať...“ jednoznačne vyplýva, že ide o obligatórne stanovenie jeho náležitostí a každé pochybenie orgánu ohľadne ich splnenia bude mať za následok určitú vadu tohto aktu, pokiaľ osobitný predpis alebo iné ustanovenie daňového poriadku nebude

v podobe vád aktu (jeho nezákonnosti, nepreskúmateľnosti, či iných zákonom predvídaných následkov⁶) alebo až jeho ničotnosti⁷, inými slovami nulity.

Teória správneho práva, aplikovateľná aj pre potreby kvalifikácie nulity daňového rozhodnutia, hovorí o nulitných rozhodnutiach v prípadoch, keď vady rozhodnutia dosahujú takú mieru, že už o akte vlastne ani nemožno hovoriť.⁸ Ide o paaky, ktoré nikoho nezaväzujú a nikto nie je povinný ich rešpektovať⁹. Neplatí o nich prezumpcia správnosti a na nulitu sa prihliada z úradnej povinnosti.¹⁰ Ide o všeobecne akceptované závery, s ktorými sa plne stotožňuje aj judikatúra¹¹. O nulitnom rozhodnutí ďalej uvádza, že ide o také „rozhodnutie, ktorému chýba niektorá zo základných náležitostí (formálny aspekt) a zároveň musí ísť o náležitosť zásadného charakteru (materiálny aspekt). Tieto nedostatky musia byť tak závažné, že nemožno od adresátov takéhoto rozhodnutia spravodlivo žiadať, aby ho rešpektovali.“¹² Daňový poriadok ho charakterizuje ako rozhodnutie, ktoré síce „je vydané podľa Daňového poriadku, ale je uvedené v § 64 ods. 2 Daňového poriadku“ (teda musí byť daný jeden z dôvodov nulity rozhodnutia, čomu sa venujeme nižšie)

odôvodňovať takúto odchýlku, ako napríklad ust. § 63 ods. 8 Daňového poriadku („Rozhodnutie o opravných prostriedkoch, ktorým sa navrhovateľovi vyhovuje v plnom rozsahu, nemusí obsahovať odôvodnenie.“).

⁶ Napr. ak, v zmysle § 63 ods. 6 a 7 Daňového poriadku, chýba v rozhodnutí poučenie o odvolaní alebo v rozhodnutí bolo nesprávne uvedené poučenie, že proti rozhodnutiu nemožno podať odvolanie, alebo ak bola skrátená lehota na podanie odvolania alebo nie je v poučení určená lehota vôbec, odvolanie možno podať do šiestich mesiacov po doručení rozhodnutia; to neplatí, ak rozhodnutie podľa tohto zákona nemusí obsahovať poučenie, resp. ak je v rozhodnutí určená na podanie odvolania lehota dlhšia ako v tomto zákone, platí lehota uvedená v rozhodnutí.

⁷ Ako uvádzajú P. Nováková a T. Foltas, termín „neplatnosť“ by mal ostať vyhradený súkromo-právnym úkonom, nie však vrchnostenským aktom verejnej správy.

NOVÁKOVÁ, P. FOLTAS, T. *Nicotnost rozhodnutí správce daně v judikatuře Nejvyššího správního soudu*. In Current questions of the efficiency of public finances, financial law and tax law in the countries of Central and Eastern Europe. Košice : UPJŠ v Košiciach, 2005.

⁸ STAŠA, J. *Poznámky k úpravě nicotnosti v novém správním řádu*. In : *Nový správní řád*. Praha : ASPI, 2005. s. 192.

⁹ HENDRYCH, D. a kolektiv. *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009. S. 226; obdobne LICHNOVSKÝ, O. ONDRÝSEK, R. a kolektiv. *Daňový řád : komentář*. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2011. s. 203 či KOBÍK, J., KOHOUTKOVÁ, A. *Daňový řád s komentářem*. Olomouc : ANAG, 2010.

¹⁰ HENDRYCH, D. a kolektiv. *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009. s. 227.

¹¹ „správne akty, ktorých chybovosť dosahuje takú mieru, že nemožno o nich ako o správnych aktoch hovoriť, sú akty nulitné.“

Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 6 Sž 99/00

„Teorie považuje za nicotný správní akt, který trpí vadami takové intenzity, že již vůbec nelze o správním aktu hovořit. Nicotnost nelze zhojit ani uplynutím času. Nicotný akt nikoho nezavazuje a nikdo jej není povinen respektovat, neboť mu nesvědčí presumpce správnosti (srov. Staša, J. in Hendrych, D. a kol.: *Správní právo. Obecná část*. 5. vydání. C. H. Beck, Praha, 2003, s. 136-141).“

Rozhodnutie rozšíreného senátu Nejvyššího správního soudu ČR zo dňa 22.7.2005, č.k. 6A76/2001-96 cit. in. HORTOVÁ, Z. *Správa daní*. Praha : Wolters Kluwer, 2010. s. 77.

¹² Rozsudok Nejvyššího správního soudu ČR vo veci 2 Afs 13/2003.

a ďalej uvádza, že „také rozhodnutie nemá právne účinky a hľadá sa naň, akoby nebolo vydané.“^{13,14}. Neobsahuje teda generálnu klauzulu definujúcu nulitné rozhodnutie, ale jeho identifikáciu uskutočňuje prostredníctvom výpočtu dôvodov, z ktorých nulita nastáva.

2. Dôvody nulity rozhodnutia

2.1. Všeobecné závery právnej teórie a súdov

Vo všeobecnej teórii nachádzame rôzne prístupy k otázke zakotvenia jednoznačných dôvodov nulity určitého rozhodnutia. J. Staša uvádza, že možno usúdiť, že ničotnosť nastáva spravidla z týchto špeciálnych dôvodov¹⁵:

- nedostatok právneho podkladu (napr. rozhodnutie podľa už zrušeného ustanovenia právneho predpisu),
- nedostatok právomoci,
- najťažšie vady príslušnosti, najmä absolútne vecná nepríslušnosť (v zmysle českej právnej úpravy nejde o prípad, keď akt vydá inštančne vyšší orgán) a pokiaľ sa konanie týka nehnuteľností tak pripadá do úvahy aj miestna nepríslušnosť,
- absolútny nedostatok formy (napr. vydanie aktu ústne tam kde to zákon nedovoľuje, resp. nedostatok predpísanej formy dokumentu, uložením povinnosti listom ktorý nemá esenciálne náležitosti rozhodnutia,
- absolútny omyl v osobe adresáta – adresovanie niekomu, kto nie je osobou v zmysle práva a nie je spôsobilý mať práva a povinnosti, taktiež aj uloženie pokuty odštepnému závodu, ktorý nemá právnu subjektivitu¹⁶,
- neexistencia skutkového základu spôsobujúca bezobsažnosť – napr. neexistencia preskúmaného aktu spôsobuje ničotnosť prieskumného aktu,
- požiadavka trestného alebo iného právne nemožného plnenia,
- požiadavka plnenia fakticky nemožného,
- neurčitosť, nezmyselnosť alebo vnútorná rozpornosť,
- neexistencia vôle konajúceho orgánu – napr. „akt“ vynútený násilím,

a následne uzatvára formuláciou tzv. všeobecného dôvodu, kde za ničotný akt treba považovať „akt, ktorý trpí veľmi závažnými vadami, za predpokladu, že tieto vady musia byť vzhľadom na svoju povahu každému zrejmé“.¹⁷

S vyššie uvedenými špeciálnymi dôvodmi sa stotožňuje aj Nejvyšší správní soud ČR.¹⁸

¹³ § 64 ods. 1 Daňového poriadku.

¹⁴ „Nulitné rozhodnutie nezaväzuje na plnenie povinností ani nepriznáva žiadne práva, pretože sa naň hľadá ako keby nebolo vôbec vydané, ide o tzv. paakt.“

Zákon č. 563/2009 Z.z. o správe daní: Dôvodová správa. Osobitná časť. K § 64.

¹⁵ HENDRYCH, D. a kolektiv. *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009. s. 228-230.

¹⁶ Rozhodnutie S 136-SP 6/1996.

¹⁷ Odkazujúc pri tom na rozhodnutie S 212-SJS/2004.

¹⁸ „Typicky jsou takovými vadami neexistence zákonného podkladu pro rozhodnutí, nedostatek pravomoci, nejtěžší vady příslušnosti, absolutní nedostatek formy, absolutní omyl v osobě adresáta, neexistence skutkového základu způsobující bezobsažnost, požadavek trestného plnění, požadavek plnění fakticky nemožného, neurčitost, nesmyslnost či neexistence vôle.“

Rovnako ako „akt“ nulitný treba vnímať aj sfalšovaný dokument prezentovaný ako písomné vyhotovenie aktu.¹⁹

Pokiaľ ide o výslovné deklarovanie nulity rozhodnutia vydaného v daňovom konaní slovenskými súdmi, táto judikatúra nie je až tak bohatá. Do roku 2000 bol aj podľa vyjadrenia Najvyššieho súdu SR vo veci sp. zn. 6 SŽ 99/00 jediným judikovaným dôvodom²⁰ nulity daňového rozhodnutia absolútny omyl v osobe adresáta aktu²¹.

Táto absencia judikatúry v otázke definovania nedostatkov „aktov“ vyvolávajúcich ich nulitu bola zrejme aj dôvodom, prečo sa Najvyšší súd SR v odôvodnení citovaného rozsudku bližšie venoval otázkam nulity rozhodnutia. Uvádza, že „správne akty, ktorých chybovosť dosahuje takú mieru, že nemožno o nich ako o správnych aktoch hovoriť, sú akty nulitné. V odbornej právnickej literatúre sa vyskytujú rozdielne názory na otázku, ktoré akty treba považovať za nulitné. Všeobecne však prevažuje názor, že nulita aktu nastáva z dôvodu:

- neexistencie kompetencie správneho orgánu správny akt vydať,
- absolútneho nedostatku predpísanej formy aktu,
- absolútneho omylu v osobe adresáta aktu,
- založenia požiadavky fakticky nemožného plnenia,
- neurčitosti či nezmyselnosti aktu.“

V roku 2008 Najvyšší súd SR výslovne potvrdil nulitu rozhodnutia z dôvodu konania so splnomocnencom účastníka bez riadneho plnomocenstva²² a v roku 2011

Nicotnost nelze zhojit ani uplynutím času. Nicotný akt nikoho nezavazuje a nikdo jej není povinen respektovat, neboť mu nesvědčí presumpce správnosti (srov. Staša, J. in Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část. 5. vydání. C. H. Beck, Praha, 2003, s. 136-141).“

Rozhodnutie rozšíreného senátu Nejvyššího správního soudu ČR zo dňa 22.7.2005, č.k. 6A76/2001-96 cit. in. HORTOVÁ, Z. *Správa daní*. Praha : Wolters Kluwer, 2010. s. 77.

¹⁹ HENDRYCH, D. a kolektiv. *Správní právo. Obecná část. 7. vydání*. Praha : C.H.Beck, 2009. s. 230

²⁰ *Jediným v súčasnosti u nás judikovaným dôvodom nulity správneho aktu je absolútny omyl v osobe adresáta aktu, čo bolo aj dôvodom na zrušenie rozhodnutí daňových orgánov v komentovanej veci. Obdobne rozhodol aj Vrchný súd v Prahe (Pozri bližšie: Mazanec, M.: Soudní judikatura ve věcech správních 1993-1997. Linde Praha, a.s. - Právnické a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, Praha 1999, s. 42 a nasl.).“*

Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 6 SŽ 99/00.

²¹ „Ak daňové orgány vyrubili daň niekomu, kto v čase vydania rozhodnutia v právnom slova zmysle neexistoval, a tomuto rozhodnutia aj adresovali, ide o akty nulitné, čo je dôvodom, aby súd žalobou napadnuté rozhodnutie zrušil“

Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 6 SŽ 99/00.

²² „V tomto prípade vedomostná sféra daňového subjektu nezbavuje správcu dane zákonnej povinnosti pred začatím konania, skúmať oprávnenosť osoby na konanie vo vzťahu k procesným úkonom zo strany správcu dane, resp. ak vzniknú pochybnosti o tejto skutočnosti tieto odstrániť zákonným spôsobom. Na uvedenie nemá potom ani vplyv, či daňový subjekt podal odvolanie sám, práve naopak v jeho prospech svedčí skutočnosť oprávnenosti tvrdenia, že pani P. nebola oprávnená ku konaniam, ktoré by mali zaväzovať daňový subjekt. Aj zo samotného zákonného ustanovenia § 9 ods. 3 zákona č. 511/1992 Zb. v platnom znení vyplýva, že musí ísť o „konanie“ v rozsahu udeleného plnomocenstva a nie o „úkony“. Skutočnosť, že správca dane konal s osobou, ktorá v zmysle obsahu splnomocnenia nebola k tomuto oprávnená, predstavuje vadu konania, ktorá má za následok nulitu správneho aktu vydaného

370

z dôvodu absencie kompetencie daňového orgánu na vydanie rozhodnutia²³. I napriek tejto absencii väčšieho počtu podobných výslovných záverov nepredpokladáme, že by v prípade vyskytnutia sa iného teoretikmi právnej vedy uvádzaného dôvodu nulity bol postoj súdu k jeho priamemu proklamovaniu negatívny.

2.2. Právne zakotvenie dôvodov nulity rozhodnutia v normách daňového práva

Možno skonštatovať, že doposiaľ neboli súdy pri preskúvaní daňových rozhodnutí v rámci správneho súdnictva výslovne viazané žiadnym výpočtom dôvodov nulity rozhodnutí, nakoľko taký nebol obsiahnutý ani v občianskom súdnom poriadku ani v zákone č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „Správny poriadok“)²⁴ a konečne ani v zákone č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „Zákon o správe daní a poplatkov“). Situáciu zmenil súčasný Daňový poriadok. Ten v § 64 ods. 2 ustanovuje, že „pri správe daní je nulitným rozhodnutím rozhodnutie, ktoré:

- vydal správca dane na to vecne nepríslušný; ak ide o správcu dane, ktorým je obec, za nulitné sa považuje aj rozhodnutie, ktoré vydal správca dane na to miestne nepríslušný,
- bolo vydané omylom inej osobe,
- nadväzuje na nulitné rozhodnutie.“

Daňový poriadok teda zvolil prístup definovania nulitného rozhodnutia cez zakotvenie taxatívneho výpočtu dôvodov, ktoré túto nulitu zakladajú. Tieto dôvody sú zákonodarcom formulované dosť úzko špecificky a podľa nášho názoru nie je daný priestor pre ich extenzívny výklad. Tieto dôvody z hľadiska svojho obsahu i rozsahu podliehajú od počiatku značnej kritike a rovnako sme názoru o ich nedostatočnosti, resp. celkovej problematickosti. Tento pohľad sa o to viac potvrdzuje pri pohľade na spôsoby právnej úpravy obdobných inštitútov – ničotnosti, resp. nulity rozhodnutia v normách daňového práva procesného iných štátov.

správcou dane, ako aj žalovaného. Potom odvolanie žalobcu, ako aj rozhodnutie žalovaného smeruje proti niečomu, čo neexistuje.“

Rozsudok Najvyššieho súdu SR vo veci 3 Sžf 69/2008.

²³ „Vychádzajúc z vyššie citovaných zákonných ustanovení a zásad, súd v správnom súdnictve je oprávnený a povinný skúmať, či rozhodnutie vydal orgán na to oprávnený. Takto musí postupovať aj v prípade, ak už iné rozhodnutie správneho orgánu, čo aj formálne právoplatné, a ktoré je podkladom pre vydanie ďalšieho rozhodnutia (napadnuté rozhodnutie o uložení pokuty) bolo vydané orgánom na to oprávneným. Ak by sa preukázalo, že rozhodnutie, ktoré bolo podkladom pre vydanie rozhodnutia, ktoré bolo napadnuté žalobou, išlo by v danom prípade o ničotné rozhodnutie (paakt) a na takého rozhodnutie by súd z úradnej povinnosti neprihliadol.“

Uznesenie Najvyššieho súdu SR 8 Sžf 42/2011.

²⁴ Hoci jeho použiteľnosť v tejto súvislosti by bola otázna a skôr využitelná *per analogiam*, keďže Daňový poriadok v § 163 (a pred ním i Zákon o správe daní a poplatkov) výslovne vylučuje použitie Správneho poriadku na daňové konanie .

Český zákonodárca zvolil na prvý pohľad podobný prístup definujúc tri dôvody ničotnosti daňového rozhodnutia, a kým prvý z nich je obdobný ako v prípade daňového poriadku a tretí dokonca totožný, podstatný rozdiel spočíva v druhom definovanom dôvode ad b). V zmysle § 105 ods. 2 zákona č. 280/2009 Zb. daňový ráđ, v znení neskorších predpisov (ďalej len „Daňový ráđ ČR“) Daňového rádu ČR je nulitným, jazykom daňového rádu, ničotným rozhodnutím také „rozhodnutie,

- na ktorého vydanie nebol správca dane vôbec vecne príslušný,
- ktoré trpí vadami, ktoré ho činia zjavne vnútorne rozporným alebo právne či fakticky neuskutočniteľným, alebo
- ktoré je vydané na základe iného ničotného rozhodnutia vydaného správcom dane.“

Stanovené dôvody do značnej miery kopírujú dôvody nulity zavedené v zákone č. 500/2004 Zb., správnom rádu, v znení neskorších predpisov (ďalej len „Správni ráđ“), ktorého dôvodová správa uvádza, že tamojšie vymedzenie dôvodov nulity správneho rozhodnutia vychádza z právnej úpravy v správnom poriadku Spolkovej republiky Nemecko.²⁵ Týmto spôsobom ponechal český zákonodárca, na rozdiel od toho slovenského, oveľa širší priestor pre aplikáciu voľného uváženia orgánu daňovej správy posudzujúceho prípadnú nulitu, nakoľko stanovený dôvod nulity ad b) môže subsumovať rôzne prípady vydania ničotného rozhodnutia bez toho, aby bolo deklarovanie nulity vylúčené rigídnošou zakotvených dôvodov, pod ktoré by nebolo možné konkrétnu situáciu subsumovať a napriek tomu by dané rozhodnutie závažnošou svojich nedostatkov vykazovalo všetky teóriou práva uznávané dôvody svojej ničotnosti. Otázne je, či takáto všeobecná formulácia nie je až príliš širokým priestorom pre diskrečnú právomoc konajúcich orgánov verejnej správy, na ktoré sa zvyšia nároky ohľadom správneho spôsobu interpretácie takto široko formulovaného dôvodu.²⁶

Pol'ský zákon upravujúci procesný postup daňových orgánov – zákon zo dňa 29 augusta 1997 Daňový poriadok²⁷, v platnom znení (ďalej len “OP”), upravuje Vyhlásenie nulity rozhodnutia v kapitole 18 čl. 247 a nasl. Konkrétne čl. 247 § 1 OP stanovuje, že „daňový orgán potvrdí nulitu právoplatného rozhodnutia, ktoré:

1. bolo vydané v rozpore s predpismi o príslušnosti,
2. bolo vydané bez právneho základu,
3. bolo vydané v hrubom rozpore so zákonom,
4. vzťahuje sa na iné skôr vydané právoplatné rozhodnutie,
5. bolo vydané osobe, ktoré nie je účastníkom konania,
6. bolo neuskutočniteľné v čase jeho vydania a táto neuskutočniteľnosť má trvalý charakter,
7. obsahuje vadu spôsobujúcu jeho ničotnosť v prípadoch výslovne ustanovených zákonom,
8. ktorého vykonaním by bol spáchaný trestný čin.“

²⁵ ONDRUŠ, R. *Správni ráđ : nový zákon s dôvodovou zprávou a poznámkami*. Praha : Linde, 2005. s. 250.

²⁶ Porovnaj: ŠTRKOLEC, M. *Nulitné rozhodnutie v daňovom poriadku*. In BABČÁK, V. a kol. *Daňové právo a jeho rozvoj v národnom a medzinárodnom kontexte*. Košice : UPJŠ v Košiciach, 2011. s. 161-162.

²⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa.

V zmysle tejto právnej úpravy teda obdobne dochádza k taxatívnemu výpočtu dôvodov nulity, avšak tento výpočet je širší než v prípade právnej úpravy SR.

Daňový kódex **Španielskeho kráľovstva** – Všeobecný daňový zákon²⁸, v platnom znení (ďalej len „LGT“) hovorí v čl. 217 a nasl. o deklarovaní nulity nastávajúcej priamo zo zákona. Ten v odseku 1 stanovuje, že „Je možné vyhlásiť nulitu nastávajúcu priamo zo zákona aktov vydaných v daňových veciach ako aj uznesení ekonomicko-administratívnych orgánov, pri ktorých bolo ukončené správne konanie alebo u ktorých neboli včas uplatnené opravné prostriedky, a to v nasledovných prípadoch:

- a) Ktoré porušujú práva a slobody podliehajúce ústavnej ochrane.
- b) Ktoré boli vydané orgánmi jednoznačne vecne alebo miestne nepríslušnými.
- c) Ktorých obsah je nemožné uskutočniť.
- d) Ktorých splnením by bol spáchaný trestný čin alebo ktoré boli vydané ako dôsledok jeho spáchania.
- e) Ktoré boli vydané úplne a absolútne v rozpore s právne zakotveným procesom ich vydávania alebo s normami stanovujúcimi esenciálne pravidlá pre utváranie vôle v kolektívnych orgánoch.
- f) Výslovné alebo domnelé akty v rozpore s právnym poriadkom, prostredníctvom ktorých sa nadobúdajú oprávnenia alebo práva a pri ktorých chýbajú nevyhnutné predpoklady na ich nadobudnutie.
- g) Akékoľvek ďalšie výslovne ustanovené právnym predpisom.

Vzhľadom na to, že jednak judikatúra, jednak rôzne iné právne poriadky pamätali na širšie poňatie zakotvenia dôvodov deklarovania nulity vydaných rozhodnutí v daňových veciach, či všeobecnejšie rozhodnutí orgánov verejnej správy, hľadali sme dôvody znenia § 64 ods. 2 Daňového poriadku. Ako je už pri návrhoch slovenských právnych predpisov zvykom, osobitné časti dôvodových správ sú „vyčerpávajúcim“ prerozprávaním textu samotného znenia zákona²⁹, ktoré ani náznakom nestanovujú dôvody zavedenia konkrétneho znenia dotknutého ustanovenia zákona a ich význam a výpovedná hodnota sú, najmä z hľadiska historickej interpretačnej metódy, konvergujúce k nule.

3. Závery vyplývajúce z existujúcej slovenskej právnej úpravy nulitného rozhodnutia

Je predmetom neustálych debát, aký koncept zakotvenia nulity čo do definovania jej dôvodov by mal byť v určitej právnej úprave stanovený, ak vôbec, a či túto otázku neponchať len interpretačnej schopnosti konajúcich orgánov a predovšetkým súdov. Nie je žiaduce prípadný výpočet dôvodov skoncipovať príliš benevolentne, nakoľko minimálne adresáti daného rozhodnutia by si jeho prípadnú nulitu mohli vysvetľovať príliš široko a samotné konajúce orgány verejnej správy by mohli strácať istotu ohľadne miery závažnosti svojho pochybenia potrebnej pre prehlásenie nulity, ani príliš úzko, aby nevznikali situácie

²⁸ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

²⁹ Pozri: Zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní: Dôvodová správa. Osobitná časť. K § 64.

„opomenutia“ niektorých všeobecne akceptovaných dôvodov nulity. Osobitne môže vzniknúť situácia neodôvodnených rozdielov pri definovaní rôznych dôvodov nulity v rôznych typoch konaní pred orgánmi verejnej správy³⁰.

Podľa nášho názoru, aj s ohľadom na vyššie uvedené, cesta ktorú zvolil Daňový poriadok je správna len čiastočne. Podľa nášho názoru je potrebné vymedziť dôvody nulity síce jednoznačným spôsobom, avšak súčasne dosť otvorene na to, aby nebol dôvod nahrádzať aplikáciu inštitútu nulity iným procesným inštitútom len preto, že tento zvolený výpočet opomína iné v praxi sa vyskytujúce jednoznačné a minimálne judikatúrou už zadefinované dôvody.

Problémy vyplývajúce z vyššie uvedeného spôsobu zakotvenia dôvodov nulity v Daňovom poriadku vidíme predovšetkým:

- Čiastočne v samotných dôvodoch, ktoré sú obsiahnuté v § 64 ods. 2 Daňového poriadku, t. j. v ich formulácii. Ako na to poukazuje M. Vernarský, zákonodarca možno trochu predpojato zúžil predpoklad vydania nulitného rozhodnutia len správcom dane, a nie širším okruhom daňových orgánov a obdobne môže byť problematická otázka skúmania danosti omylu.³¹ Pozitívne však možno zhodnotiť skutočnosť, že vydanie rozhodnutia omylom inej osobe sa už nerieši, podľa nášho názoru nevhodne, v rámci opravy zrejmých omylov a nesprávností³², ale dochádza k výslovnému proklamovaniu ničotnosti takého aktu.
- v dôvodoch absentujúcich v ustanovení § 64 ods. 2 daňového poriadku. Výpočet dôvodov nulity je evidentne taxatívny, čo by mohlo znamenať

³⁰ V prípade SR Správny poriadok neobsahuje žiadnu úpravu nulity správneho rozhodnutia na rozdiel od Daňového poriadku. Ako sme vyššie uviedli, v prípade Českej republiky Daňový rák do značnej miery prebral úpravu dôvodov nulity zo Správneho rádu (§ 77).

³¹ VERNARSKÝ, M. *Nová právna úprava daňového konania*. In: Aktuálne otázky správneho konania : zborník príspevkov zo sekcie správne právo medzinárodnej vedeckej konferencie "Právo ako zjednocovateľ Európy - veda a prax" organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave Právnickou fakultou v dňoch 21. - 23. októbra 2010. - Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010. s. 211.

³² Oprava zrejmých omylov a nesprávností podľa § 54 ods.2 Zákona správe daní a poplatkov sa môže týkať ktorejkoľvek z demonštratívne uvedených náležitostí daňového rozhodnutia v ust. § 30 ods. 2 Zákona správe daní a poplatkov.

„Rozdiel medzi zmenou rozhodnutia a odstránením vady rozhodnutia je ten, že pri odstránení vady sa nezasahuje do podstaty a kvality náležitosti rozhodnutia (§ 30 ods. 2 zák. SNR č. 511/1992 Zb.), ktorá zostáva nezmenená . Odstránenie vady rozhodnutia proti zmene rozhodnutia má deklaratórne účinky.“

Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 3 Sžf 21/2011.

Podľa § 54 zákona SNR č. 511/1992 Zb. pod zrejmým omylom či nesprávnosťou treba rozumieť také chyby v písaní a počítaní, ku ktorým došlo zjavným a okamžitým zlyhaním duševnej či mechanickej činnosti osoby, ktorá rozhodnutie vyhotovila a ktoré je každému zrejmé. O také pochybenie nejde, ak zmena adresáta daňovej povinnosti je podmienená posudzovaním hmotnoprávnych podmienok prechodu práv a povinností z jedného subjektu na iný subjekt. Nemožno stotožniť prípad zmeny (opravy) v adrese daňového subjektu s prípadom, keď dochádza k zmene adresáta daňovej povinnosti, t.j. v osobe daňovníka.

Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 5 Sž 64/96, 5 Sž 152/96, 5 Sž 153/96, 5 Sž 154/96, 5 Sž 155/96 z 29.11.1996.

neuznanie nulitného rozhodnutia z iných podstatných dôvodov^{33,34}. Toto úzke zakotvenie dôvodov nulity nie len akademickým problémom, nakoľko z podstaty nulity, čiže neexistencie právnych dôsledkov takéhoto paaktu vyplývajú pre adresáta podstatné rozdiely, minimálne už len z hľadiska rozdielných podmienok pre deklarovanie nulity, resp. v ostatných prípadoch domáhania sa zrušenia rozhodnutia nezákonného³⁵.

Problémom je prípad rozhodnutia teóriou považovaného za ničotné, ale nespádajúce pod § 64 ods. 2 Daňového poriadku, čo do spôsobu jeho zrušenia. I keď na tento účel môžu byť ľahko aplikované ustanovenia o preskúmaní rozhodnutia mimo odvolacieho konania, čo bolo aplikované aj doposiaľ (do zavedenia inštitútu nulitného rozhodnutia), otázka znie, na čo bolo potom potrebné vytvoriť osobitné ustanovenia o nulitnom rozhodnutí a stanoviť mu režim úplnej časovej neobmedzenosti čo do jej deklarovania, keď aj tak bude potrebné naďalej využívať iný inštitút, aby sa pokryli všetky možné (a široko akceptované) prípady/dôvody ničotnosti aktu aplikácie práva? Aký zmysel má vytvoriť ustanovenie, hoc ako je jeho potreba zjavná a zakotvenie správne, keď nie je schopné naplno plniť účel, pre ktorý bolo ustanovené? Mohli by sme použiť aj výklad, že práve z takýchto dôvodov sa uvedený taxatívny výpočet dôvodov nulity nemôže vnímať ako taxatívny³⁶, s čím sa však len ťažko dokážeme stotožniť, nakoľko predsa len chýba akýkoľvek náznak zákonného znenia § 64 ods. 2 Daňového poriadku umožňujúci tento prístup.

Ak pripustíme, že daňový orgán bude považovať „rozhodnutie“ za nulitné aj z iného všeobecne akceptovaného dôvodu nulity, ktorý ale nebude spadať pod výpočet dôvodov zakotvených v Daňovom poriadku, a bude potrebné ho zrušiť (tade v skutočnosti deklarovať ako nulitné)³⁷, akým spôsobom sa potom má vyrovnať so situáciou, v ktorej pre deklarovanie nulity pre prípady zakotvené v Daňovom poriadku neplynú žiadne obmedzujúce lehoty (čo je ináč skutočnosť nanajvýš chvályhodná), kým pre uplatnenie všetkých ostatných opravných prostriedkov

³³ Ako uvádza M. Vernarský, chýba napr. zmienka o rozhodnutí, ktoré neobsahuje výrok, čo je všeobecne uznávaný dôvod nulity rozhodnutí.

VERNARSKÝ, M. *Nová právna úprava daňového konania*. In: Aktuálne otázky správneho konania : zborník príspevkov zo sekcie správne právo medzinárodnej vedeckej konferencie "Právo ako zjednocovateľ Európy - veda a prax" organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave Právnickou fakultou v dňoch 21. - 23. októbra 2010. - Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010. s. 211.

³⁴ Rovnako je možné posúdiť aj prípad, keď bude vydaný platobný výmer/dodatočný platobný výmer – teraz už len rozhodnutie voči osobe, ktorá je už v čase jeho vydania mŕtva alebo zanikla, resp. ak bude znieť na plnenie nemožné alebo nedovolené a pod.

Rozsudok Nejvyššího správního soudu ČR z 13.5.2008 vo veci 8 Afs 78/2006 – 74.

³⁵ Domáhať sa zrušenia nezákonného aktu je možné len v medziach lehôt stanovených pre riadne a mimoriadne opravné prostriedky, resp. v rámci súdneho prieskumu, ale pri nulitnom rozhodnutí žiadne lehoty neexistujú.

§ 64 ods. 3 Daňového poriadku.

³⁶ Porovnaj LICHNOVSKÝ, O. ONDRÝSEK, R. a kolektiv. *Daňový řád : komentář*. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2011. s. 203.

³⁷ Ako je vyššie citované, súd na nulitu sa prihliada z úradnej povinnosti. Otázne je, či tak za danej situácie musí urobiť aj orgán verejnej správy.

(vrátane už aj následného správneho súdnictva) takéto maximálne obmedzujúce lehoty existujú? Týmto spôsobom by boli jednoznačne znevýhodnení adresáti paaktu, ktorí zhodou okolností nespádajú pod existujúci taxatívny výpočet dôvodov nulity, a teda im adresované paakty by mohli byť zrušené len v zákonom predvídaných lehotách. Alebo by druhostupňový orgán konal proti zneniu zákona a dovolil by si zrušiť takéto prípadné „nulitné“ rozhodnutie aj po uplynutí príslušnej lehoty?

Pokiaľ by daňový orgán neuznal nulitu rozhodnutia, ktorá by mohla nastať z iného než Daňovým poriadkom zakotveného dôvodu, túto by tak či tak musel uznať (a nulitu deklarovať) správny súd, vzhľadom na ex offio kontrolu tejto vady „aktu“. Problémom však ostáva, že aj právna úprava správneho súdnictva definuje lehoty na podanie žaloby pred správnym súdom. Ak teda naozaj nastane situácia, že vada zakladajúca nulitu (iná než podľa § 64 ods. 2 Daňového poriadku) sa zistí až po uplynutí lehôt na uplatnenie príslušných opravných prostriedkov či žaloby pred správnym súdom, nebude mať kto túto nulitu deklarovať, nakoľko súd konanie zastaví ak sa žaloba podala oneskorene³⁸.

- V neposlednom rade, zákonodarca používa termín nulitného rozhodnutia v súvislosti s celou správou daní, nie len daňovým konaním, čo nezodpovedá jeho štrukturálnemu zaradeniu do ustanovení upravujúcich daňové konanie³⁹.

4. Záverom

Z hľadiska návrhov de lege ferenda je na mieste odporučiť revíziu Daňovým poriadkom zakotvených dôvodov pre deklarovanie nulity daňového rozhodnutia, nakoľko ich súčasné zakotvenie je nedostatočné. Pred jej konečnou realizáciou by si však mal zákonodarca zvážiť, či ponúkne daňovým orgánom viac priestoru pre zváženie osobitostí konkrétneho prípadu voľnejšou formuláciou normatívneho textu, alebo bude pokračovať v nastolenej ceste taxatívneho výpočtu úzko špecifických dôvodov nulity, pričom by však mal mať na pamäti, že teória práva ich uznáva nespočetne viac, než ich on zmienil v súčasnom znení ustanovenia § 64 ods. 2 Daňového poriadku.

Na záver nám nedá nevyjadriť pochvalu nad samotným zavedením inštitútu nulity rozhodnutia do Daňového poriadku, avšak zároveň aj jedným dychom vyjadriť kritiku nad spôsobom uskutočnenia tejto úpravy. Je ťažké stotožniť sa so skutočnosťou, že tak dlho pripravovaný a ospevovaný právny predpis nedokáže priniesť skutočne prepracované, uvedomelo vytvorené a do dôsledkov zvážené spôsoby právnej úpravy konkrétnych vzťahov, ale rieši veci čiastkovo, akoby si zákonodarca zjednodušene povedal, že na začiatok to stačí a potom bude dosť času „vychytať muchy“. Slovenská tradícia je bohatá na rôzne staré múdrosti či porekadlá. Podľa všetkého však pre potreby hodnotenia viacerých slovenských právnych noriem

³⁸ § 250d ods. 3 zákona č. 99/1963 Zb., občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov.

³⁹ ŠTRKOLEC, M. Nulitné rozhodnutie v daňovom poriadku In BABČÁK, V. a kol. Daňové právo a jeho rozvoj v národnom a medzinárodnom kontexte, Košice : UPJŠ v Košiciach, 2011. s. 156.

by bolo celkom na mieste vytvoriť ďalšie, a síce: Na čo to urobiť na prvý krát poriadne, keď sa to bude dať znovelizovať!

Literatúra a pramene:

1. Zákon č. 563/2009 Z. z. o správe daní: Dôvodová správa.
2. HENDRYCH, D. a kolektiv. *Správní právo. Obecná část*. 7. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009. 227 s.
3. HORTOVÁ, Z. *Správa daní* : [podle zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu]. 1. vyd. Praha : Wolters Kluwer, 2010. 160 s.
4. JÁNOŠÍKOVÁ, P., MRKÝVKA, P., TOMAŽIČ, I. *Finanční a daňové právo*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. 525 s.
5. KOBÍK, J. *Správa daní a poplatků s komentářem. Komplexní pohled na problémy správy daní*. 5. Aktual. Vyd. Olomouc : ANAG 2007. 797 s.
6. KOBÍK, J., KOHOUTKOVÁ, A. *Daňový řád s komentářem*. Olomouc : ANAG, 2010. 960 s.
7. LICHNOVSKÝ, O. ONDRÝSEK, R. a kolektiv. *Daňový řád : komentář*. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2011. 602 s.
8. NOVÁKOVÁ, P. FOLTAS, T. *Nicotnost rozhodnutí správce daně v judikatuře Nejvyššího správního soudu*. In Current questions of the efficiency of public finances, financial law and tax law in the countries of Central and Eastern Europe. Košice : UPJŠ v Košiciach, 2005.
9. ONDRUŠ, R. *Správní řád : nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami*. Praha : Linde, 2005. 515 s.
10. STAŠA, J. *Poznámky k úpravě nicotnosti v novém správním řádu*. In : *Nový správní řád*. Praha : ASPI, 2005. 335 s.
11. ŠTRKOLEC, M. *Nulitné rozhodnutie v daňovom poriadku*. s. 151-162, In BABČÁK, V. a kol. *Daňové právo a jeho rozvoj v národnom a medzinárodnom kontexte*, Košice : UPJŠ v Košiciach, 2011. 188 s.
12. VERNARSKÝ, M. *Nová právna úprava daňového konania*. In Aktuálne otázky správneho konania : zborník príspevkov zo sekcie správne právo medzinárodnej vedeckej konferencie "Právo ako zjednocovateľ Európy - veda a prax" organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave Právnickou fakultou v dňoch 21. - 23. októbra 2010. - Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010. s. 205-212.

Zahraničné právne predpisy:

1. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (v znení neskorších predpisov)
2. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (v znení neskorších predpisov)
3. Zákon č. 280/2009 Zb., daňový řád (v znení neskorších predpisov)
4. Zákon č. 500/2004 Zb., správní řád (v znení neskorších predpisov)

Kontakt

JUDr. Anna Románová, PhD.

UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta
Katedra finančného práva a daňového práva
Kováčska 26
040 75 Košice
anna.romanova@upjs.sk

Dr Beata Sagan

Zakład Prawa Handlowego i Gospodarczego
Uniwersytet Rzeszowski
Polska

Przygotowanie i realizacja inwestycji w zakresie dróg publicznych w świetle prawa polskiego. Wybrane zagadnienia

Abstrakt

In the article the author indicates Polish legal solutions which are basis for fast, in the assumption of legislator, implementation of road investments. It characterizes permits for the implementation of road investments and points out imperfections of the Act on the Preparation and Implementation of Investment in Public Roads. It also demonstrates the tears for the rights of individuals in connection with the application of the above mentioned regulations.

1. Rozwój gospodarczy zależy do wielu czynników, wśród których istotne miejsce zajmuje poziom rozwoju sieci dróg w danym kraju. Inwestycje drogowe niejednokrotnie przesadzają o sensowności realizacji innych inwestycji w danym miejscu, dlatego też ważne jest aby były one realizowane tak szybko jak to możliwe. Zwiększenie sieci dróg publicznych stanowi szansę na przyspieszenie rozwoju gospodarczego kraju. W polskim porządku prawnym możliwość taką stworzyła ustawa z dnia 10.04.2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych¹ (tzw. specustawa drogowa). Regulacja ta zaliczana jest do kategorii tzw. specustaw, przy czym należy zwrócić uwagę, że określenie to występuje w orzecznictwie sądowym, doktrynie, środkach masowego przekazu ale nie pojawia się w języku prawnym. Celem rozwiązań zawartych w aktach prawnych tego rodzaju jest uproszczenie i przyspieszenie działań zmierzających do przygotowania i realizacji inwestycji publicznych. Specustawy stanowią rozwiązanie odbiegające od tych, zawartych w ustawach „zwykłych”, dlatego też powinny być stosowane z dużą dozą ostrożności i w szczególnie uzasadnionych okolicznościach.² W Polsce wytworzyła się praktyka regulacji w

¹ tekst jednolity Dz.U z 2008 r. ,nr 193,poz.1227ze zm.

² D. Sześciło, M.Chylak, Opinia prawna Helsińskie j Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu tzw.ustawy powodziowej, Warszawa 2010,s.7

drodze specustaw w sferze inwestycji infrastrukturalnych, mających istotne znaczenie z punktu interesów państwa³.

2.Specustawa drogowa modyfikuje regulacje zawarte w innych aktach prawnych, co nadaje jej charakter *lex specialis* w stosunku takich aktów prawnych jak :

- ustawa z 14.06.1960- kodeks postępowania administracyjnego⁴,
- ustawa z 7.07.1994-Prawo budowlane,⁵
- ustawa z 27.03.2003 r.o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym,⁶
- ustawa z 8.07.2005 r.o rodzinnych ogrodach działkowych⁷,
- ustawa z 3.02.1995 r o ochronie gruntów rolnych i leśnych⁸,
- ustawa z 16.04.2004 r.o ochronie przyrody⁹,
- ustawa z 21.07.1997 r.o gospodarce nieruchomościami¹⁰,
- ustawa z 27.10.1994 r o autostradach płatnych oraz o Funduszu Drogowym¹¹.

3.Ustawa z dnia 10.04.2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych nie ma charakteru rozwiązania systemowego, stanowi instrument mający na celu uproszczenie i przyspieszenie procesu przygotowania i realizacji inwestycji drogowych. W myśl wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 10.11.2010 r.(sygnatura akt IISA/Ke649/10)¹² wyjątkowy charakter ustawy wskazuje nie tylko jej tytuł ale również całość uregulowań, których intencją było stworzenie takich rozwiązań prawnych, które zapewnią sprawny przebieg inwestycji drogowych, a tym samym szybką modernizację i rozbudowę sieci dróg krajowych .Pogląd o szczególnym charakterze tego aktu normatywnego potwierdza także literatura przedmiotu, podkreślając, że z uwagi na specyficzny charakter inwestycji drogowej jako inwestycji liniowej przebiegającej zwykle przez wiele nieruchomości, ustawodawca

³ Jako przykład można wskazać: ustawę z 7.09.2007r.o przygotowaniu finałowego turnieju mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO2012(tekst jednolity Dz. U .z 2010 r., Nr 26 poz.133ze zm.), ustawę z 12.02.2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz. U. Nr 42, poz. 340 ze zm.),ustawę z 24.04.2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu (Dz.U. Nr 84, poz. 700 ze zm.),ustawę z 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych(Dz. U. Nr 106, poz. 675 ze zm.), ustawę z 29.06.2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących(Dz.U.Nr 135, poz. 789 ze zm.)

⁴ Opublikowano: tekst jednolity Dz.U z 2000r.Nr 98 poz.1071

⁵ Opublikowano: tekst jednolity Dz. U z 2010 r.Nr245,poz.1623

⁶ Opublikowano: Dz. U z 2012 r.poz.647

⁷ Opublikowano: Dz. U z 2005 r.,Nr169,poz.1419 ze zm.

⁸ Opublikowano: tekst jednolity :Dz. U z2004 r., Nr 121,poz.1266

⁹ Opublikowano: tekst jednolity: Dz. U z 2009 r.Nr151 poz.1220 ze zm.

¹⁰ Opublikowano: tekst jednolity: Dz. U z 2010 r.Nr102,poz.651 ze zm.

¹¹ Opublikowano: tekst jednolity: Dz. U z 2004 r.Nr256,poz.2571 ze zm.

¹² Opublikowano: www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sa-ke-649-10

połączył kilka odrębnych procedur w jedną. W konsekwencji zostaje wydana jedna decyzja, która łączy decyzje o:

- lokalizacji inwestycji,
- zatwierdzeniu podziału nieruchomości ,
- zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę,
- wywłaszczeniu prawa do nieruchomości objętych planowaną inwestycją,
- o ograniczeniu korzystania z nieruchomości sąsiednich, w celu przebudowy infrastruktury technicznej i dróg innej kategorii¹³. Skutki wydania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej są zróżnicowane i dotyczą sfery prawa rzeczowego oraz sfery informacyjnej, związanej z ewidencją nieruchomości objętych zezwoleniem na realizację inwestycji drogowej¹⁴. Konkretyzując, następstwa wydania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej są następujące:

- decyzja zatwierdza podział nieruchomości, przy czym linie podziału ustalone w decyzji o zezwoleniu stanowią linie podziału nieruchomości(art.12 ust.1i 2 specustawy drogowej),
- stanowi podstawę prawną do dokonania wpisów w księdze wieczystej oraz katastrze nieruchomości(art.12 ust.3 specustawy drogowej),
- przenosi własność nieruchomości(art.12 ust.4 specustawy drogowej),
- dookreśla prawo do odszkodowania za wywłączoną nieruchomość((art.12 ust.4a,4b,4f,5 specustawy drogowej)
- prowadzi do wygaśnięcia ograniczonych praw rzeczowych na wywłaszczonej nieruchomości(art.12 ust.4c-4e specustawy drogowej).

Pogląd co do następstw wydania decyzji zezwalającej znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie sądowym- w uzasadnieniu do wyroku z dnia 7.10.2009 r.(sygnatura akt VII SA/Wa1258/06)¹⁵ Wojewódzki Sąd Administracyjny stwierdził, że skutkiem wydania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej jest nie tylko odebranie prawa własności nieruchomości na rzecz gminy [...]ale także wygaszenie prawa użytkowania wieczystego oraz innych praw rzeczowych ustanowionych na nieruchomości. Zezwolenie stanowi również podstawę do wypowiedzenia praw obligacyjnych ze skutkiem natychmiastowym.

4.Podmiotami właściwymi do wydawania zezwoleń na realizację inwestycji drogowej są :

- w odniesieniu do dróg krajowych i wojewódzkich- wojewoda ,
- w odniesieniu do dróg powiatowych -starosta. Wątpliwość pojawia się na co zwrócono uwagę w literaturze przedmiotu ¹⁶ w przypadku prezydenta miasta na prawach powiatu ,który łączy funkcję zarządcy wszystkich dróg publicznych(z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych) z wykonywaniem funkcji starosty na

¹³ M. Wolanin, Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz. Warszawa 2010,s.24-25

¹⁴ M. Wolanin, Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz. Warszawa 2010,s.220-224

¹⁵ Opublikowano System Informacji Prawnej LEX nr574337

¹⁶ M. Wolanin, Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz. Warszawa 2010,s.70, P.Antoniak, M.Chěrka, F.M.Elżanowski, K.A.Wasowski, Przygotowanie i realizacja inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz, Warszawa 2012 s.31

podstawie art.92 ust.1 pkt.2 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym¹⁷ jako podmiotu właściwego do wydawania zezwoleń na realizację inwestycji drogowej, a zatem jest to sytuacja ,w której ten sam podmiot jest organem orzekającym i wnioskodawcą. Orzecznictwo sądowe nie wypowiada się w tej materii jednolicie. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 6.10.2009 r. (sygn. akt II SA/Bk 378/09.)¹⁸ wyraził pogląd ,zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenia przez prezydenta miasta na prawach powiatu postępowania administracyjnego w sprawie, w której prezydent ten jako zarządca drogi jest wnioskodawcą, a gminą, którą reprezentuje prezydent i gmina ta nabywa prawa majątkowe w konsekwencji wydania decyzji uwzględniającej wniosek. Zdaniem Sądu, decyzja o lokalizacji drogi w mieście na prawach powiatu wydana przez prezydenta tego miasta na wniosek zarządcy drogi gminnej -,którym też jest prezydenta miasta, stoi w sprzeczności z definicją decyzji administracyjnej - władczego i jednostronnego aktu organu administracyjnego ,który rozstrzyga konkretną sprawę indywidualnie oznaczonego adresata, niezwiązanego z tym organem ani węzłem zależności organizacyjnej, ani podległości służbowej. W opinii Sądu , prezydent miasta na prawach powiatu działający jako starosta, podlega wyłączeniu na podstawie art. 24 § 1 i 4 kodeksu postępowania administracyjnego od rozpoznania sprawy i wydania decyzji w sprawie wniosku o lokalizację drogi gminnej, złożonego na podstawie ustawy z dnia 10.04.2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych¹⁹.Pogląd ten nie zyskał aprobaty Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w wyroku z dnia 30.03.2010 r. (II OSK 88/10,)²⁰ uchylił przytaczane orzeczenie. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego nie ma podstaw do wyprowadzania instytucji wyłączenia organu samorządu terytorialnego w drodze wykładni, prowadzącego w następstwie do pozbawienia kompetencji organu samorządu terytorialnego . Wskazują na to zmiany w ustawach materialnoprawnych, w których ustawodawca dostrzegając kolizję interesów prawnych wspólnoty samorządowej z interesem prawnym jednostki ,wprowadził instytucję wyłączenia organu. Specustawa drogowa nie wprowadza wyłączenia prezydenta miasta na prawach powiatu w sprawach wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji drogi gminnej²¹ W tym orzeczeniu Sąd podkreślił, że wprowadzenie instytucji wyłączenia organu administracji publicznej w zakresie nieprzewidzianym przez prawo w miejsce pozbawienia kompetencji organu samorządu terytorialnego, skutkuje w przypisaniu temu organowi roli strony. Jeżeli przepis prawa przypisuje organowi administracji publicznej kompetencję do wydania decyzji i jednocześnie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania to przyjmuje się ,że postępowanie wszczynane jest z urzędu. Połączenie ról procesowych organu orzekającego z prawem do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania powinno być interpretowane jako wszczęcie postępowania z urzędu, a podstawy tego wszczęcia muszą spełniać wszystkie wymagania przewidziane w przepisach prawa. W podobnym duchu wypowiada się

¹⁷ Tekst jednolity Dz. U nr 2001 r. ,Nr 142 poz.1592 ze zm.

¹⁸ Opublikowano :www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sa-bk-378-09.

¹⁹ Tekst jednolity Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194 ze. zm.

²⁰ Opublikowano.:www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-osk-88-10

²¹ T.Woś, Zezwolenie na realizację inwestycji drogowej w specustawie drogowej-aspekty proceduralne, Przegląd Prawa Publicznego, 2009 r. Nr 11 s.6-26

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 24.02.2011 r. (sygn. akt - II SA/Kr 1450/10)²², zgodnie z którym analiza przepisów specustawy drogowej, przepisów ustawy z 8.03.1998 o samorządzie gminnym²³ oraz ustawy z 5.06.1998 o samorządzie powiatowym²⁴ pozwala postawić następującą tezę: ustawodawca miał zamiar powierzyć organowi podwójną rolę tj. roli wnioskodawcy (strony) oraz organu administracji wydającego decyzję w sprawie lokalizacji drogi publicznej. Dodatkowo podmiot ten reprezentuje jednostkę samorządu terytorialnego na rzecz którego na podstawie art. 12 ust. 4 pkt 2 specustawy drogowej, przechodzi własność nieruchomości w liniach rozgraniczających teren przyszłej inwestycji drogowej. Według Sądu taka regulacja nie jest wewnętrznie sprzeczna. Powierzenie przez ustawodawcę także roli strony (czy też jednej ze stron) prowadzonego przez nią postępowania jest zabiegiem celowym i nie musi prowadzić do negatywnych skutków. Ze specyfiki postępowania administracyjnego wynika łączenie sfery władztwa administracyjnego (*imperium*) ze sferą *dominium*. Fakt, że w stosunku do składnika majątkowego czy prawa należącego do jednostki, która jednocześnie jest organem administracji, inne podmioty formują wnioski, żądania czy roszczenia prowadzące do wszczęcia postępowania administracyjnego, nie przesądza o tym, że organ ten wyłączony jest z orzekania w sprawie tego wniosku czy roszczenia. Według Sądu, w obowiązującym porządku prawnym brak jest ogólnej regulacji uprawniającej do wyłączenia organu samorządu terytorialnego w sytuacji, gdy sprawa będąca przedmiotem postępowania administracyjnego pozostaje w związku z interesem prawnym danej wspólnoty samorządowej. Sąd stoi na stanowisku, zgodnie z którym nie występuje kolizja interesów prezydenta miasta na prawach powiatu jako organu administracji i jednocześnie strony tego postępowania, która to kolizja powinna prowadzić do wyłączenia go od orzekania sprawie, z uwagi na:

po pierwsze- cel jaki ustawodawca miał zamiar osiągnąć tzn. przyspieszenie budowy dróg publicznych,

po drugie- ograniczenia i obowiązki jakie nałożone zostały na organ w związku z wydaniem decyzji lokalizacyjnej w zakresie realizacji inwestycji drogowej,

po trzecie- końcowy efekt w postaci obowiązku utrzymania tych dróg.

W praktyce prezydenci miast na prawach powiatu z zasady nie wyłączają swojej właściwości w sprawach inwestycji drogowych położonych na terenach powiatów lub miast, w których pełnią funkcję organu wykonawczego uprawnionego

²² Opublikowano: www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sa-kr-1450-10

²³ Tekst jednolity Dz.Uz 2001 r Nr142 poz.1591 ze zm.

²⁴ Tekst jednolity. z 2013 r. poz. 595 ze zm.

do kształtowania stosunków administracyjnych w drodze decyzji, a zarząd powiatu (prezydent miasta na prawach powiatu) jest zarządcą drogi²⁵.

5. Pewne niedoskonałości w regulacji ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych związane są z kwestią informowania stron postępowania o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej o wszczęciu procedury o wydanie zezwolenia. Stroną w postępowaniu o wydanie tego zezwolenia jest każdy, kto jest w stanie wykazać, że jego prawa i obowiązki mające podstawę w przepisach prawa materialnego, obciążone są skutkami tej decyzji. Oznacza to, że status strony mają następujące podmioty:

- właściciele i użytkownicy wieczystości nieruchomości, które znajdują się na obszarze objętym liniami rozgraniczającymi projektowanej drogi publicznej; także podmioty, którym przysługują inne prawa rzeczowe do tych nieruchomości,

- właściciele i użytkownicy wieczystości nieruchomości, które znajdują się poza obszarem znajdującym się w liniach rozgraniczających projektowanej drogi publicznej w stosunku do których ustalane jest ograniczenie w korzystaniu z nieruchomości w związku z koniecznością przebudowy istniejącej sieci uzbrojenia terenu i przebudowy innych dróg publicznych.

Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej jest wysyłane wnioskodawcy, właścicielom lub użytkownikom wieczystym nieruchomości, na adres wskazany w katastrze nieruchomości²⁶. Jeśli właściciel lub użytkownik wieczysty nie żyją, zawiadomienie jest przesyłane ich spadkobiercom, którzy wykazali swoje prawo do spadku nieruchomości objętych wnioskiem o wydanie tej decyzji. Należy jednak mieć na uwadze pogląd prezentowany w piśmiennictwie²⁷, według którego zawiadomienie strony/stron postępowania ma określony cel-służy poinformowaniu stron o wszczęciu postępowania, w którym może zachodzić konieczność obrony ich praw. Oznacza to, że jeżeli strona dowie się o wszczęciu postępowania z innego źródła i podejmie obronę swoich praw, nie istnieje konieczność zawiadamiania jej o wszczęciu postępowania. Taka interpretacja prowadzi do nałożenia na każdego, kto

²⁵ T.Gawroński, Czy starosta może wydać w trybie ustawy z.r.i.d. pozwolenie na budowę drogi powiatowej, której sam jest zarządcą?, opublikowano: <http://newsletter..wolterskluwer.pl/wkp>

²⁶ Zgodnie z art.2pkt8 ustawy z 17.05 1989 r- Prawo geodezyjne i kartograficzne (tekst jednolity: Dz.U.z 2010 r.Nr193 poz.1287 ze zm.) przez kataster nieruchomości rozumie się jednolity dla kraju „systematycznie aktualizowany zbiór informacji o budynkach, gruntach i lokalach, ich właścicielach oraz innych osobach fizycznych i prawnych władających tymi budynkami, gruntami i lokalami. W aktualnym stanie prawnym funkcje te pełni ewidencja gruntów i budynków(art.53a ustawy-Prawo geodezyjne i kartograficzne

²⁷ G. Łaszczyca, C.Martysz, A.Matan, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz do art. 1-103, LEX/el.2010, komentarz do art.61

mógłby mieć interes prawny w postępowaniu tego rodzaju ,powinności śledzenia strony internetowej gminy czy też prasy lokalnej.

5.1.Specustawa drogowa upraszcza obowiązek ustalania aktualnych adresów stron postępowania ,przyjmując, że doręczenie zawiadomienia na adres wskazany w katastrze nieruchomości ,niezależnie od jego aktualności, jest skuteczne. Natomiast pozostałe strony są zawiadamiane poprzez obwieszczenia, odpowiednio w urzędzie wojewódzkim lub starostwie powiatowym oraz urzędach gmin właściwych ze względu na przebieg drogi a także na stronach internetowych tych gmin i w prasie lokalnej. Sposób zawiadamiania przewidziany w specustawie drogowej łączy się z ryzykiem ,że informacja o postępowaniu ,którego rozstrzygnięcie wywiera skutki cywilnoprawne, nie dotrze do wszystkich zainteresowanych właścicieli nieruchomości²⁸.

5.2.W sytuacji ,gdy w ewidencji gruntów brak jest adresu czy też postępowanie dotyczy nieruchomości o nieuregulowanym stanie prawnym a także w przypadku gdy właściciel lub użytkownik wieczysty nie żyją, a ich spadkobiercy nie wykazali prawa do spadku(tzn. nie posiadają prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku czy też notarialnym poświadczeniem dziedziczenia) zawiadomienie wysyłane jest jedynie wnioskodawcy. Trzeba jednak pamiętać ,że badając ewidencję gruntów, nie można stwierdzić czy osoba żyje czy też nie.

5.3.Według mnie, mankamentem ustawy jest to, że w sytuacji ,gdy strony wiedziały o wszczęciu procedury udzielania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej(mimo ,że nie zostały zawiadomione lub gdy informacja ta nie została podana do wiadomości publicznej w formie obwieszczenia) i uczestniczyły w tej procedurze, brak zawiadomienia nie jest traktowany jako taki, który ma istotny wpływ na wynik sprawy. Pogląd ten nie jest odosobniony²⁹.

5.Istotny problem związanym z funkcjonowaniem specustawy drogowej stanowią odszkodowania z tytułu wywłaszczenia nieruchomości przeznaczonych pod inwestycje drogowe, których znaczna część stanowi własność prywatną. Stosowanie przepisów ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji drogowych w zakresie dróg publicznych może prowadzić(a niejednokrotnie prowadzi)do następujących nieprawidłowości:

- przedłużania postępowań o ustalenie i wypłatę odszkodowań,
- ustalania wysokości odszkodowania w sposób nieproporcjonalny do wartości wywłaszczanej nieruchomości
- ustalania wartości odszkodowania niższego niż „słuszne odszkodowanie” przewidziane w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
- odmowa nabywania przez podmioty zobowiązane tzw. resztówek,

²⁸ T .Woś, Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot, Warszawa 2011 ,s131-132

²⁹ P.Antoniak, M.Charka, F.M.Elżanowski, K.A.Wasowski, Przygotowanie i realizacja inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz, Warszawa 2012 s.58-59 i powoływane tam orzecznictwo

- brak jasno określonych kryteriów „pozwalających uznać daną nieruchomość za „resztówkę”,

- zagrożenie interesu prawnego osób trzecich, które w związku z wyłączeniem stosowania art.28 ust.2 ustawy-Prawo budowlane ³⁰tracą status strony w postępowaniu o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej.³¹

6..Zgodnie z art18 ust.1 specustawy drogowej wysokość odszkodowania powinna być ustalane w oparciu o następujące kryteria:

- stan nieruchomości na dzień wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji drogi

-wartość rynkową nieruchomości „ustalona na dzień wydania decyzji o wywłaszczeniu.”³²

Określenie wartości rynkowej nieruchomości wymaga uwzględnienia takich czynników jak:

- rodzaj szacowanej nieruchomości,

- jej położenie,

-sposób użytkowania,

- przeznaczenie,

- jej aktualny stan,

- ceny aktualnie kształtujące się w obrocie.

Przy ustalaniu wartości nieruchomości na potrzeby odszkodowania należy uwzględnić aktualny sposób jej użytkowania, jeżeli przeznaczenie nieruchomości „zgodnie z celem wywłaszczenia nie prowadzi do zwiększenia jej wartości(art.134 ust.2i3 ustawy z dnia 21.08.1997r.o gospodarce nieruchomościami³³.Odszkodowanie powinno stwarzać właścicielowi lub użytkownikowi wieczystemu możliwość odtworzenie takiego stanu, jaki istniał przed pozbawieniem praw do nieruchomości. Niestety, takie czynniki jak:wywłaszczenie z przewlekłością procedury odszkodowawczej, nadawaniem decyzji o wywłaszczeniu rygoru natychmiastowej wykonalności, oraz niedoskonałość regulacji odnoszących się do szacowania wysokości odszkodowania nie służy właściwemu zabezpieczeniu interesu prawnego wywłaszczanych podmiotów. W praktyce rzadko zwraca się uwagę na to, że odtworzenie stanu sprzed wywłaszczenia bardzo często wiąże się z koniecznością ponoszenia dodatkowych kosztów „które wywłaszczany podmiot jest zmuszony ponieść, chociażby w związku z koniecznością adaptacji do nowych warunków bytowych³⁴.

7.Specustawa drogowa przewiduje także wypłatę odszkodowania za straty powstałe w związku z rozwiązaniem ze skutkiem natychmiastowym umów: dzierżawy, najmu, użyczenia. Powstałe straty powinny być wykazane i udowodnione. W przypadku dzierżawcy dotyczy to rozliczenia nakładów, z których dzierżawca miał zamiar uzyskać pożytki, gdy chodzi o najemcę oraz biorącego w ramach użyczenia to mogą oni wystąpić z roszczeniem o zwrot

³⁰ Opublikowano:tekst jednolity Dz.U z 2010 r.Nr243 poz.1623

³¹ D. Sześciło, M.Chylak, Opinia prawna Helsińskie j Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu tzw.ustawy powodziowej, Warszawa 2010,s.12

³² Wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z 8.01.2009 r.sygatura akt I OSK 28/08,opublikowano:System Informacji Prawnej LEX Polonica nr 2016020

³³ Opublikowano: tekst jednolity Dz.U. z 2010 r. Nr102,poz.651 ze zm.

³⁴ D. Sześciło, M.Chylak, Opinia prawna Helsińskie j Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu tzw.ustawy powodziowej, Warszawa 2010,s.15

nakładów poniesionych na daną nieruchomość jeżeli zawarta umowa nie określała sposobu rozliczenia nakładów. Ocena zwrotu nakładów dokonywana jest z uwzględnieniem przepisów Kodeksu cywilnego, odnoszących się do problematyki rozliczeń pomiędzy posiadaczem zależnym a właścicielem nieruchomości oraz tych, które dotyczą najmu, dzierżawy, użyczenia. Ponadto powinny zostać uwzględnione przepisy ustawy z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i zmianie Kodeksu cywilnego³⁵.

8. Prowadzenie inwestycji drogowej na podstawie specustawy drogowej nie oznacza, że regulacja ta stanowi jedyną podstawę prawną dla realizacji inwestycji tego rodzaju. Istnienie regulacji tego rodzaju daje inwestorowi możliwość wyboru pomiędzy tradycyjną a uproszczoną procedurą realizacji inwestycji drogowej. Wybór tradycyjnej procedury realizacji inwestycji drogowej wymaga określenia przeznaczenia terenu w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, dokonanie podziałów nieruchomości w celu wydzielenia części przeznaczonych pod drogę, nabywanie wydzielonych części w drodze umów cywilnoprawnych, wyłączeń, uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Jest to więc procedura nie tylko dość skomplikowana ale i czasochłonna³⁶.

9. Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych wprowadziła konstrukcje prawne pozwalające na przyspieszenie i uproszczenie procedury realizacji inwestycji drogowych. Przyjęte w niej rozwiązania stanowią *lex specialis* w stosunku do wielu aktów prawnych regulujących kwestie związane z inwestycjami drogowymi. Specustawa drogowa, mimo niedoskonałości, daje możliwość realizacji inwestycji o znaczeniu lokalnym i ponadlokalnym w miarę sprawnie w tych miejscach gdzie istnieje potrzeba ich budowy. Ustawodawca pokusił się także o pogodzenie społecznych oczekiwań budowy dróg z ochroną prawa własności, jednak próbę tę trudno uznać za skuteczną z uwagi na to, praktyka dość często wypacza przyjęte rozwiązania prawne.

Kontakt

sagan.beata@gmail.com

³⁵ M. Wolanin, Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz. Warszawa 2010, s. 297-298

³⁶ Tylko procedura uchwalania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego trwa ok. 9 miesięcy

Prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva, Právnická fakulta,
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Otvorené problémy rekodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike¹

Abstrakt

Autor na pozadí historického vývoja procesov rekodifikácie súkromného práva na území Slovenskej republiky analyzuje príčiny, okolnosti a vplyvy viacerých prelomových období na formovanie vládnych koncepcií a legislatívnych zámerov, ktoré v minulosti ovplyvňovali prijatie zákonov, predovšetkým kódexov v oblasti súkromného práva. Problém rekodifikácie (príp. vyvolaných dekodifikačných dôsledkov) nie je možné skúmať len z aspektu práva (legislatívy), t. j. vyložene z juristického hľadiska. Príprava efektívnych zákonov je súčasťou širšie koncipovaného právno-regulačného systému štátu, pričom tu ide hlavne o funkčné zladenie legislatívy a právno-aplikačnej praxe. V rovine pripravovaných zákonov (predovšetkým kódexov) prichodí skúmať ich vnútornú kompatibilitu a integritu s prihliadnutím na relevantné historicko-právne konštanty, platné vo vývoji práva na území Slovenska, napr. vzťah Základného kódexu súkromného práva a Obchodných zákonníkov (príp. zákonov). Skúmané problémy sú aktuálne aj so zreteľom na prebiehajúce rekodifikačné procesy v okolitých krajinách, napr. v Českej republike, v Maďarsku a Poľsku. V nich možno tiež vystopovať impulzy pre slovenskú legislatívu. V prezentovanej štúdii sú načrtnuté možnosti právno-normatívneho riešenia vzťahu Základného kódexu súkromného práva vo väzbe na ďalšie zákony v oblasti podnikania.

Abstract

The author on historical background of the development processes of the modification of private law in the Slovak Republic analyzes the causes, circumstances and influences of several breakthrough period in shaping government concepts and legislative initiatives which in the past influenced the adoption of laws, codes especially in the area of private law. The problem of recodification (or raised decodification effects) could not be examined only from the aspect of law (legislation), i.e. strictly from the juristic point of view. Preparation of effective laws is part of a broader legal-conceived regulatory state's system, and this is especially the

¹ Táto štúdia bola spracovaná v rámci vedeckého programu APVV č. 02 – 63 – 10 *Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov v podnikaní.*

functional alignment of legislation and legal-application experience. At the level of preparation of laws (particularly codes) it arrives to examine their internal compatibility and integrity in the light of relevant historical and legal constants in the development of the law in force in the territory of Slovakia, for example relationship of the Basic code of private law and Commercial code (or laws). Examined problems are current with regard to the ongoing codification processes in neighbouring countries, for example. in the Czech Republic, Hungary and Poland. There we can trace impulses to Slovak legislation. In the presented study are outlined possible legal-normative solutions – relationship of the Basic code of private law in relation to other business laws.

I. Základné východiská a historické reminiscencie

Proces rekodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike, ktorý u nás prebieha už takmer štvrt' storočia má svoju historickú predohru v podmienkach spoločnej československej štátnosti. Po zásadných zmenách spoločenského, politického a hospodárskeho zriadenia v roku 1989, ktoré sa postupne v Československu uskutočňovali s cieľom obnoviť demokratický právny systém v štáte a atribúty slobodného trhu federálne vládne orgány prišli k úvahám o rekodifikácii súkromného práva, pričom ťažisko uvedeného procesu spočívalo v príprave a vydaní nového Občianskeho zákonníka. V podmienkach existencie československého federálneho štátu (do 31.12.1992) sa legislatíve nepodarilo prerokovať a schváliť základný kódex súkromného práva, a to aj napriek tomu, že už v tejto dobe bol spracovaný návrh jeho paragrafovaného znenia.² Naproti tomu federálna legislatíva v roku 1991 promptne pripravila a schválila historicky prvý československý Obchodný zákonník (zákon č. 513/1991 Zb.), čo podľa môjho názoru v uvedenom období transformácie ekonomiky na trhovú mechanizmus nesporne zohralo významnú úlohu, a to aj napriek niektorým rozdielom československého Obchodného zákonníka s európskymi obchodnými zákonníkmi, napr. v otázke vymedzenia obchodných záväzkov v členení na tzv. relatívne a absolútne.³

² Porovnaj HEJDA, J.: Změny v pojetí legislativní úpravy obchodního práva od roku 1991. In: HAVEL, B., PIHERA, V. (eds.). Soukromé právo na cestě. Eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 180 a nasl., ISBN 978 – 80 – 7380 – 265 – 3

Pozri tiež KLIMEŠ, F.: Od hospodárskeho k obchodnému právu. In: Pocta Stanislavu Plívovi k 75. narodeninám. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 165 a nasl., ISBN 978 – 80 – 7357 – 370 – 6

Ďalej pozri MUNKOVÁ, J.: Některé otázky rekodifikace soukromého práva. In: Karel V. MALÝ a Pio CARONI (eds.). Kodifikace a dekodifikace soukromého práva v dnešním právním vývoji (Sborník). Praha: KAROLINUM – Nakladatelství Univerzity Karlovy, 1998, s. 203 a nasl.

DULAK, A.: Dôvody a zámery rekodifikácie súkromného práva v podmienkach SR. In: Rekodifikácia súkromného práva. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie. Sládkovičovo: Vysoká škola Visegradu, 2009, s. 5 a nasl., ISBN 978 – 80 – 89267 – 44 – 6

³ PELIKÁNOVÁ, I.: Otázky obchodního práva v rámci kodifikace českého práva. In: Karel V. MALÝ a Pio CARONI (eds.). Kodifikace a dekodifikace soukromého práva v dnešním

V dôsledku spoločenských, vrátane politických zmien, ktoré v bývalom Česko-Slovensku vznikli po roku 1989, vládne miesta a legislatívne centrá sa ocitli v historicky nových podmienkach, keď museli, a to takmer bez náležitých skúseností, iniciovať, navrhovať, schvaľovať a presadzovať nové zákony a ďalšie právno-normatívne akty pre plynulý prechod z administratívneho a dirigisticky regulovaného národného hospodárstva na systém trhového hospodárstva. So zreteľom na to, okrem pozitívneho trendu, sa v legislatívnom procese začali usalašovať aj praktiky unáhlenosti, improvizácie a modely čierno-bieleho videnia viacerých hospodárskych problémov (procesov a vzťahov). Za pozitíva vtedajšieho obdobia nesporne možno považovať rozsiahlu novelizáciu Hospodárskeho zákonníka v roku 1990 ako aj vydanie série zákonov o podnikaní (subjektoch podnikania).⁴ To bola vlastne legislatívna predpríprava pre vydanie Obchodného zákonníka v roku 1991. Aj dnes zápasíme s problémom hodnotenia a interpretácie legislatívnych produktov tohto obdobia, vrátane samého vydania Obchodného zákonníka. Kladieme si neraz otázku, nebolo predčasné vydať už v roku 1991 obchodný kódex bez vážnejšej prípravy (aj teoretickej), najmä pri absencii moderného Občianskeho zákonníka ?

Aj napriek tomu, že Obchodný zákonník zdanlivo bol „ušíty horúcou ihlou“, stojí na solídnych základoch, prevzatých z historickej tradície obchodných kódexov, ale aj moderných prvkov zahranično-obchodných vzťahov (medzinárodného obchodu, obsiahnutých napríklad v Zákonníku medzinárodného obchodu).⁵

Zdá sa, že v prípade vydania Obchodného zákonníka v roku 1991 sa na našich územiach po prvý krát narušila náležitá organická pripútanosť obchodného kódexu (ako *lex specialis*) k všeobecnému kódexu súkromného práva. Problém spočíval v tom, že v tom čase (a vlastne až do dnešných čias) absentoval moderný Občiansky zákonník, korešpondujúci s nastoleným (obnoveným) systémom (poriadkom) krajiny. Táto absencia nemohla byť suplovaná Občianskym zákonníkom z roku 1964, ktorý čo do svojho obsahového zamerania, jeho hodnotových princípov a štruktúry bol ušíty pre iný, v zásade odlišný model hospodárskych a majetkových vzťahov. Ani novelizácia Občianskeho zákonníka vykonaná v roku 1991 (zákonom č. 509/1991 Zb.) nebola spôsobilá pretransformovať občiansky kódex na moderný *lex generalis*.

So zreteľom na uvedené problém vydania nového Občianskeho zákonníka sa stal vleklým problémom našej legislatívy a prakticky trvá až do dnešných čias. Preto ho treba seriózne a bez akejkoľvek unáhlenosti riešiť. To je jeden z ďalších dôvodov

právnym vývoji (Sborník). Praha: KAROLINUM – Nakladatelství Univerzity Karlovy, 1998, s. 193 a nasl.

⁴ Novelizácia Hospodárskeho zákonníka (zákon č. 109/1964 Zb. v znení neskorších predpisov) bola uskutočnená zákonom č. 103/1990 Zb. Osobitnú pozornosť si zasluhujú tiež zákon 104/1990 Zb. o akciových spoločnostiach, zákon č. 105/1990 Zb. o súkromnom podnikaní občanov, zákon č. 111/1990 Zb. o štátnom podniku, družstevné zákony (zákon č. 162/1990 Zb. o poľnohospodárskom družstevníctve a zákon č. 176/1990 Zb. o bytovom, spotrebnom, výrobnom a inom družstevníctve), zákon o cenných papieroch, zákon o dlhopisoch, zákon o burzách, zákon o bankách, zákon o cenách, zákon o privatizácii etc.

⁵ Zákon č. 101/1963 Zb. o právnych vzťahoch v medzinárodnom obchodnom styku.

Porovnaj SUCHOŽA, J.: Rekodifikácia súkromného práva v Slovenskej republike a jej vplyv na postavenie obchodného práva. In: VOSTRÁ, L. (ed.), Pocta Antonínu Kandovi k 75. narodeninám. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2005, s. 57 a nasl., ISBN 80 – 86898 – 29 – 6

historickej nevyhnutnosti rekodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike, pričom nová kodifikácia nemôže byť koncipovaná bez zreteľa na širšie aspekty obchodných vzťahov (obchodovania).

S rozdelením česko-slovenskej federácie a vznikom dvoch nástupníckych štátov, teda aj slovenskej štátnosti, s účinnosťou od 1. januára 1993 do popredia u nás vystúpila aj otázka vybudovania moderného slovenského právneho poriadku a všetkých jeho relevantných zložiek. Historickou pozostalosťou, ktorú zdedili nástupnícke štáty v oblasti súkromného práva sa stali česko-slovenské kódexy, predovšetkým Občiansky zákonník z roku 1964 a Obchodný zákonník z roku 1991. Uvedené skutočnosti najmä pokiaľ ide o Obchodný zákonník, nemožno dnes vnímať ako nejaký historicky prekonaný relikť uplynulého vývoja, ktorý by zaťažoval (zatemňoval) nové kodifikačné vízie a koncepcie. Naopak možno konštatovať, že Obchodný zákonník z roku 1991, a to aj napriek zložitosti doby, v ktorej bol prijatý, bol všeobecne akceptovaný, a to nielen podnikateľskou sférou, ale aj širšou občianskou verejnosťou.

II. Kodifikačné, rekodifikačné a dekodifikačné úskalia

Vo vývoji právneho poriadku na území Slovenskej republiky, ak sa na to pozeráme z aspektu retrospektívy, možno vystopovať viaceré pozoruhodné javy. Nie je mojou úlohou ich komplexne popísať a analyzovať. Je to doménou dejín práva. Teda len veľmi stručne:

O aké javy vlastne ide ?

Po prvé, prinajmenej od roku 1918, t.j. od vzniku československej štátnosti a s tým korešpondujúceho postupného budovania nového právneho poriadku na našom území, sme boli svedkami vtedajšou vládnu mocou deklarovanej „zásadnej“ prestavby právneho poriadku, prevzatého do československých kontextov⁶ v rámci recepcie po zániku Rakúsko-Uhorskej monarchie.

Po druhé, kreovanie nového právneho poriadku bolo podmienené historickými okolnosťami, za ktorých sa zrodila nová štátnosť a bolo sprevádzané akceptáciou iného práva, či skôr čiastočnou recepciou cudzieho (pravda už zaniklého) práva predovšetkým súkromného.⁷

⁶ Pozri HORÁK, O.: Vznik Československa a recepcie práva. K právní povaze a významu zákona č. 11/1918 Sb. s přihlédnutím k otázce recepcie právního řádu. In: Právněhistorické studie 38, Praha: Univerzita Karlova v Praze – Nakladatelství KAROLINUM, 2007, s. 153 a nasl., ISBN 978 – 80 – 246 – 1426 – 7

Porovnaj WEYR, F.: Soustava československého práva státního. Brno: Nakladatelství BARVIČ a. NOVOTNÝ, 1921, s. 51 a nasl.

⁷ Porovnaj PEROUTKA, F.: Budování státu I. (1918 – 1919) Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1991, s. 80 a nasl., ISBN 80 – 7106 – 040 – 2, ISBN 80 – 7106 – 036 – 4

Pozri tiež MALÝ, K. a kol.: Dějiny českého a československého práva do roku 1945. 3. přepracované vydání. Praha: Linde Praha, a.s. – Právnické a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, 2005, s. 321 a nasl., ISBN 80 – 7201 – 433 – 1

Pozri ďalej ŠROBÁR, V.: Osvobodené Slovensko. Pamäti z rokov 1918 – 1920. Sväzok prvý. Praha: ČIN Praha, 1928, najmä s. 187 a nasl.

Napokon porovnaj MASARYK, T. G.: Světová revoluce. Za války a ve válce. Praha: ORBIS a ČIN v Praze, 1925, predovšetkým s. 447 a nasl.

Po tretie, reformné legislatívne opatrenia napr. rozsiahla hospodárska legislatíva prvej Česko-Slovenskej republiky boli v minulosti oprávnené prezentované ako moderné. Treba povedať, že nástup „modernizmu“ v legislatíve sa často spájal s istou dávkou negácie tradicionalizmu (historicismu), hoci naďalej pretrvával vplyv súkromnoprávných kódexov 19. storočia.⁸

Aká bola vlastne funkcia moderných kódexov súkromného práva, prijímaných na európskom kontinente v 19. storočí ?

Je nesporné, že kódexy (kodifikácie), vydávané (prebiehajúce) najmä po Veľkej francúzskej revolúcii, predovšetkým sa to týka francúzskeho Občianskeho zákonníka (CC) z roku 1804 a Obchodného zákonníka (CdCom) z roku 1807 mali posilniť (upevniť, fixovať, petrifikovať) pro futuro pozíciu európskych štátov, konkrétne sa to týkalo Francúzska, Nemecka, Rakúsko-Uhorskej monarchie, prípadne aj ďalších krajín.⁹

Vzhľadom na zdedený právny dualizmus súkromného práva po zániku Rakúsko-Uhorskej monarchie sa československé vládne miesta počas existencie prvej republiky usilovali vybudovať jednotný unifikovaný československý právny poriadok, predovšetkým vydaním československého Občianskeho zákonníka, prípadne aj Obchodného.¹⁰ Rozdvojenosť súkromného práva mala svoje pokračovanie aj v obnovenej Československej republike po roku 1945.¹¹

Tradície kódexov súkromného práva boli u nás tak silné, že kodifikácie po roku 1948 zasiahli, okrem občianskeho práva (v roku 1950), aj ďalšie odvetvia súkromného práva, napr. práva rodinného, práva pracovného, medzinárodného práva súkromného a práva medzinárodného obchodu dokonca aj oblasť verejného práva, čo dokumentuje napr. vydanie Hospodárskeho zákonníka v roku 1964.¹²

Fenoménu kódexu sa v našich pomeroch vžil natoľko, že bol nielen v minulosti všeobecne vnímaný a uznávaný ako „všielik“, ktorý možno (neraz však len zdanlivo) nasadiť na dosiahnutie vyššieho stupňa integrity právneho poriadku (legislatívy), pričom sa často stalo, že nové kodifikácie (tzv. rekodifikácie) boli sprevádzané rozširovaním záujmovej sféry nových kodifikačných projektov (a ambícií). Masívnejšie koncipované kodifikácie (rekodifikácie) zákonite viedli k dekodifikáciám, keďže „dekodifikované“ úseky spoločenských vzťahov sa stali

⁸ Porovnaj KRČMÁŘ, J.: Právo občanské. I. Výklady úvodní a část všeobecná. III. doplněné vydání. Praha: Nákladem Spolku československých právníků „VŠEHRD“, 1936, s. 10 a nasl.

Ďalej pozri MALOVSKÝ-WENIG, A.: Příručka obchodního práva. Praha: Československý KOMPAS, 1947, 510 s.

⁹ Porovnaj ADAMOVÁ, K.: Dějiny soukromého práva ve střední Evropě. Praha: C. H. BECK, 2001, 136 s., ISBN 80 – 7179 – 283 – 7

Pozri ďalej HATTENHAUER, H.: Evropské dějiny práva. Praha: C. H. BECK, 1998, s. 433 a nasl., ISBN 80 – 7179 – 056 – 7

¹⁰ Pozri VOJÁČEK, L.: Prvok modernizace v počátku přípravy prvorepublikového Obchodního zákoníku. In: BUBELOVÁ, K. (ed.): 150 let Všeobecného Obchodního zákoníku. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci – Právnická fakulta, 2012, s. 31 a nasl., ISBN 978 – 80 – 244 – 3421 – 6

¹¹ Porovnaj BIANCHI, L. a kol.: Dějiny státu a práva na území Československa v období kapitalizmu II. 1848 – 1945. Bratislava: Vydavateľstvo SAV, 1973, 781 s.

¹² Pozri ČAPEK, K.: Předmět a systém československého hospodářského práva. Praha: Nakladatelství ČSAV, 1984, 308 s.

zónou (oblasťou) ich nového začleňovania **de codifikatione (recodifikatione) ferenda**.

Nemôže byť pochybnosť o tom, že legislatívne procesy, označované ako kodifikácie, prípadne rekodifikácie, či dekodifikácie, keďže často aj v minulosti pretrvávajú v priebehu dlhšieho časového obdobia,¹³ sú zdrojom a vzácnym námetom pre vedecké a akademické diskusie. V nich sa generujú nové názory, doktríny (t. č. napr. unionistická a dualistická), školy a prístupy.¹⁴ Tieto procesy aj v minulosti vyvolali a iniciovali vznik nových vedeckých článkov, úvah a literárnych diel. Nemyslím tým len komentáre (vrátane veľkých a akademických) k novým kodifikáciám, a to bez zreteľa na to, či sú označované ako zámery, smery, východiská etc.¹⁵

Každá kodifikácia (reč je o súkromnom práve) si kladie za cieľ vytvoriť prehľadné, vnútorne vyvážené a zrozumiteľné dielo s tým, že takto bude aj akceptované zo strany recipientov práva. Tak tomu bolo pri príprave významnejších kódexov, akým je nesporne ABGB.¹⁶

Pri výskume historických okolností a vývojovo-genetických determinantov prípravy významných kódexov, frekventovaných v stredoeurópskom priestore možno vystopovať okrem vplyvu a tradícií domáceho práva (napr. vplyv prvkov slovenského práva na proces formovania uhorského práva v stredoveku, konkrétne vo väzbe na slávnu zbierku obyčajového práva označenú ako TRIPARTITUM), aj vplyv osvedčených modelov kódexového typu z iných krajín. Reč je o **receptii práva**, napr. práva rímskeho, prevažne spontánnej (aktívnej, dobrovoľnej).¹⁷

¹³ Porovnaj ŠVESTKA, J. a kol.: Otázky rekodifikace soukromého práva. IURIDICA 1-2/2003. Acta Universitatis Carolinae. Praha: Univerzita Karlova v Praze – Nakladatelství KAROLINUM, 2003, 292 s., ISBN 80 – 246 – 0741 – 7

Pozri tiež KRČMÁŘ, J.: c.d. v pozn. č. 7

¹⁴ Pozri LAZAR, J.: Koncepcia, zásady a inštitucionálne novoty Návrhu slovenského Občianskeho zákonníka. In: K návrhu slovenského občianskeho zákonníka. V. Lubyho právnické dni – Konferencia – Bratislava 3. – 4. septembra 1998. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty Univerzity Komenského, 1999, s. 11 a nasl., ISBN 80 – 7160 – 112 – 8

Ďalej porovnaj LAZAR, J. (ed.). Reforma súkromného práva v strednej a východnej Európe. Dies LUBY JURISPRUDENTIAE Nr. 10. Bratislava . Trnava: IURA EDITION, 2009, 486 s., ISBN 978 – 80 – 8078 – 307 – 5

¹⁵ Porovnaj ELIÁŠ, K., ZUKLÍNOVÁ, M.: Princípy a východiská nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde Praha, a.s. – Právnické a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, 2001, 302 s., ISBN 80 – 7201 – 303 – 0
Ďalej pozri LAZAR, J. (ed.): Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Materiály z odbornej konferencie. Bratislava: Vydavateľ Ministerstvo spravodlivosti SR, 2008, 295 s., ISBN 978 – 80 – 89363 – 14 – 8

¹⁶ Porovnaj KADLECOVÁ, M. – SCHELLE, K. – VESELÁ, R. – VLČEK, E.: Vývoj českého soukromého práva. Praha: Eurolex Bohemia, s.r.o., 2004, s. 75 a nasl., ISBN 80 – 86432 – 83 – 1

¹⁷ Porovnaj URFUS, V.: Historické základy novodobého práva soukromého. Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy. Praha: C. H. BECK, 135 s., ISBN 8070491078

Iným prípadom je vynútená akceptácia cudzieho práva, napr. naoktrojované právo v dôsledku imperiálnych záujmov a ambícií. Tak tomu bolo v prípade dočasnej platnosti ABGB v Uhorsku počas Bachovho absolutizmu.¹⁸

Špecifická situácia nastala v období vzniku československej štátnosti v roku 1918, kedy došlo **z vôle nového štátu** (prvej Česko-Slovenskej republiky) tzv. recepciou normou k prevzatíu právneho poriadku zaniklej Rakúsko-Uhorskej monarchie, t.j. práva rakúskeho (platného v tzv. historických krajinách) a práva uhorského, ktoré platilo aj na území Slovenska.¹⁹

III. Kodifikačné paralely

Rekodifikačné procesy, ktoré paralelne prebiehali v štátoch Višeγράdskej štvorky boli úspešne završené v Českej republike a v Maďarsku. V Českej republike prijali v roku 2012 Nový Občiansky zákonník (zákon č. 89/2012 Sb.) a Zákon o obchodných spoločnostiach a družstvách – zákon o obchodných korporáciách (zákon č. 90/2012 Sb.) s účinnosťou od 1. januára 2014.²⁰ V Maďarsku v júni 2013 po zložitejších legislatívnych peripetiách bol prijatý Rekodifikovaný Občiansky zákonník Maďarska (zák. č. V. z roku 2013) s účinnosťou od 15. marca 2014.²¹

Česká ako aj maďarská rekodifikácia súkromného práva je pre slovenskú legislatívu inšpiratívna, a to z dvoch dôvodov:

Po prvé, Slovensko pred vznikom svojej štátnej samostatnosti bolo do roku 1918 súčasťou uhorského štátu a jeho právneho priestoru. Uhorské súkromné právo, ktoré sa počas trvania Uhorska a od raného novoveku Rakúsko-Uhorskej monarchie sformovalo v stredoeurópskom priestore ako osobitný fenomén s dominanciou obyčajového práva (pozri napr. TRIPARTITUM 1514), významnou mierou

¹⁸ V Uhorsku po porážke maďarskej revolúcie (1849) bol nastolený absolutistický režim (tzv. Bachov absolutizmus) a naoktrojované rakúske právo, okrem iného aj rakúsky ABGB z roku 1811. Stalo sa tak patentom z 29.11.1852. Až tzv. októbrovým diplomom z 20.10.1860 sa mal obnoviť pôvodný právny stav, teda malo byť „reštituované pôvodné uhorské právo a obnovená nezávislosť uhorského súdnictva“ (Pozri LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku. Bratislava: Nákladom Knižnice Právnickej Jednoty v Bratislave, 1946, s. 81 a nasl., s. 117 a nasl.)

¹⁹ Porovnaj VOJÁČEK, L.: Právne dejiny Slovenska II. (od roku 1918). Bratislava: Vydavateľ Poradca podnikateľa, spol. s r.o., 2008, 151 s., ISBN 978 – 80 – 88931 – 99 – 7

Pozri tiež KNAPP, V.: Teorie práva, 1. vydání. Praha: C. H. BECK, 1995, s. 146, s. 92

²⁰ ELIÁŠ, K. a kol.: Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou. Ostrava: Sagit, 2012, 1119 s., ISBN 978 – 80 – 7208 – 922 – 2

HAVEL, B. a kol.: Zákon o obchodních korporacích s aktualizovanou důvodovou zprávou. Ostrava: Sagit, 2012, 287 s., ISBN 978 – 80 – 7208 – 923 – 9

Porovnaj HAJN, P.: Nový občanský zákoník a dosavadní rozhodovací praxe. Obchodněprávní revue, roč. 5, č. 2/2013, s. 45 a nasl.

²¹ Porovnaj VÉKÁS, L.: O novom maďarskom Občianskom zákonníku, Právny obzor, roč. 96, č. 4/2013, s. 313 a nasl.

Prof. Lajos Vékás už predtým publikoval štúdiu pod názvom „Über das neue ungarische Zivilgesetzbuch“ In: LAZAR, J. (Herausgeber): Die Reform des Privatrechts in Mittel- und Osteuropa. Dies Luby Jurisprudentiae Nr. 10. Bratislava – Trnava: IURA EDITION, spol. s r.o., 2009, s. 240 a nasl., ISBN 978 – 80 – 8078 – 307 – 5

ovplyvnilo právny poriadok platný na Slovensku aj počas trvania prvej a druhej Česko-Slovenskej republiky, teda v období rokov 1918 až marec 1939.

Po druhé, po vzniku československej štátnosti v období roku 1918 sa buduje jednotný (unifikovaný) československý právny poriadok s tým, že so zreteľom na recepcnú normu (prvý československý zákon – zákon č. 11/1918 Sb. zo dňa 28. októbra 1918) ponechal doterajšie zemské a ríšske zákony v dočasnej platnosti („zůstávají prozatím v platnosti“). Inými slovami povedané: popri zdedenom právnom dualizme Rakúsko-Uhorskeho mocnárstva („sústátia“) sa postupne vytvára jednotná československá legislatíva, a to aj v oblasti súkromného práva.²²

V súvislosti s tým, že fenomén kódexu v stredoeurópskom priestore má svoje dlhodobé, dokonca stáročné tradície nie je možné, účelné, ba ani slušné, aby význam a funkcia kódexu (ako takého) v súkromnom práve ktokoľvek spochybňoval. Lenže tu ide o to, aký má byť kódex, a to čo do obsahu, štruktúry, sféry (re)kodifikovanej matérie, metódy právnej úpravy (pomer kogentných a dispozitívnych noriem) etc. Už v minulosti viacerí významní právnici poukazovali na to, že je neudržateľné z funkčného hľadiska konštruovať veľký kódex, tzv. megakódex (t.j. „všeobsahující“).

Pri týchto úvahách je vhodné uviesť niektoré historické paralely. Konkrétne napríklad už v období prípravy kodifikácie súkromného práva v Rakúsku, keď tzv. Kompilačná komisia pripravovala CODEX THERESIANUS, panovníčka (1770) návrh vrátila na prepracovanie a tým, že je veľmi rozvláchny, kauzistický a pôsobí skôr ako učený traktát.²³

Kódex, ktorý by praskal „vo švíkoch“ bude zdrojom permanentných novelizácií, čím sa jeho historická váha ako kódexu bude znižovať. Dnes sa vžila predstava akoby legislatíva mala favorizovať tzv. unionistickú koncepciu a nie dualistickú. Viacerí právnici si myslia, že tzv. dualistická koncepcia sa redukuje výlučne na ponechanie Obchodného zákonníka v jeho terajšej podobe. Pritom sa zabúda na to, že veci možno riešiť aj inak. Širšie chápaná dualistická koncepcia, tzv. otvorená, flexibilnejšia koncepcia, ktorá podľa môjho názoru plne korešponduje s objektívnymi

²² Porovnaj SKALOŠ, M.: Formovanie a genéza obchodného a hospodárskeho práva v právnom poriadku ČSR. In: BUBELOVÁ, K. (ed.): 150 let Všeobecného Obchodního zákoníku. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci – Právnická fakulta, 2012, s. 65 a nasl., ISBN 978 – 80 – 244 – 3421 – 6

²³ Píše o tom prof. Jan KRČMÁŘ (Právo občanské. I. Výklady úvodní a část všeobecná. III. doplněné vydání. Praha: Nákladem Spolku československých právníků „Všehrd“, 1936, s. 12 a nasl.)

Podľa Zásad, sankcionovaných panovníčkou sa má v ďalších legislatívnych prácach postupovať takto:

- zo Zákonníka vypustiť všetko, čo patrí do učebnice („co náleží ad cathedram a nikoli do úst zákonodarcových“);
- je nutné sa vyjadrovať krátko, stručne, zbytočné podrobnosti vynechať;
- je nutné vystríhať sa dvojzmyselnosti, nejasnosti, zbytočného opakovania a rozvláchnosti v nariadeniach, o ktorých žiadny rozumný človek nepochybuje;
- nie je treba sa viazať na rímske právo, ale naopak sa opierať o prirodzenú slušnosť;
- nie je nutné sa púšťať do subtilnosti, ale naopak treba sa usilovať o jednoduchosť.

Podobne KADLECOVÁ, M. – SCHELLE, K. – VESELÁ, R. – VLČEK, E.: Vývoj českého soukromého práva. Praha: Eurolex Bohemia s.r.o., 2004, s. 78 a nasl., ISBN 80 – 86432 – 83 – 1

potrebami a požiadavkami efektívnej právnej regulácie navzájom súvisiacich súkromnoprávných, vrátane obchodných, prípadne hospodárskych, v určitom zmysle aj verejnoprávných vzťahov, vytvára **právny rámec pre prehľadnú úpravu vzťahov súvisiacich s podnikaním**.

Už samotné klasické vymedzenie obchodného práva, ako odvetvia obsahujúceho ako prvky súkromného práva tak aj práva verejného (napr. Randa, Malovský-Wenig a ďalší) nás oprávňuje k úvahám, že dualita (dualizmus) je vlastnou podstatou (esenciálnou stránkou) tohto právneho odvetvia.²⁴

Dodnes sa diskutuje o tom, akú formu, funkciu a vecný rozsah úpravy by bolo treba zvoliť (vymedziť) so zreteľom na dekodifikovanú materiu, ktorá neprejde do pripravovaného Občianskeho zákonníka. V tejto súvislosti sa tu ponúka klasická možnosť, t.j. vydať nový Obchodný zákonník (prípadne Obchodný zákon), ktorého predmetom by bola úprava obchodných spoločností a družstiev, keďže oblasť záväzkových (vrátane zmluvných) vzťahov by bolo možné (za určitých okolností a výhrad) integrovať v prospech nového Občianskeho zákonníka. Širším variantom riešenia verejnoprávných otázok obchodného práva je však vydanie **Zákona o podnikaní**.²⁵

Náčrt našej koncepcie **Obchodného zákonníka** (prípadne Obchodného zákona), eventuálne **Zákona o podnikaní** v Slovenskej republike som prezentoval v štúdiu „Obchodná zmluva z aspektu ekonomicko-regulačných funkcií ...“.²⁶

²⁴ Porovnaj RANDA, A.: Soukromé obchodní právo rakouské. Díl I. a II. Praha: Nákladem J. OTTY, 1908, s. 2 a nasl. Profesor Antonín Randa v tejto súvislosti vymedzuje obchodné právo v dvoch rovinách, a to ako „súkromé právo obchodní“, ktoré je časťou súkromného (civilného) práva a ďalej ako „státní právo obchodní, které pořadá pomery státu k obchodu ve směru administracním, finančním a procesualním ...“ So zreteľom na to možno vlastne hovoriť o **verejnom** obchodnom práve.

Pozri tiež MALOVSKÝ-WENIG, A.: Příručka obchodního práva. Praha: Československý kompas v Praze, 1947, s. 1 a nasl.

Porovnaj ďalej PATAKYOVÁ, M.: Koncepcia nového slovenského obchodného zákonníka (Rekodifikácia alebo dekodifikácia obchodného práva v SR ?). In: LAZAR, J. (ed.): Reforma súkromného práva v strednej a východnej Európe. X. Lubyho právnické dni. Bratislava – Trnava: IURA EDITION, 2009, s. 402 a nasl., ISBN 978 – 80 – 8078 – 307 – 5

Prof. W. KATNER (Prawo cywilne i handlowe w zaryse. ZAKAMYCZE: Kantor Wydawniczy, 2004, s. 23 a n., ISBN: 83 – 7444 – 000 – 7) považuje **prawo handlowe** (obchodné) z aspektu **prawa gospodarczego prywatnego**, pričom ho odlišuje od **prawa gospodarczego publicznego**.

²⁵ O takejto možnosti sa diskutovalo napr. v Maďarsku v rámci koncepčných úvah k novému Občianskemu zákonníku.

Porovnaj VÉKÁS, L.: O návrhu nového maďarského občianskeho zákoníka. In: J. ŠVESTKA, J. DVORÁK, L. TICHÝ (eds.), Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občianskeho práva. Praha: ASPI, 2006, s. 101 a nasl., ISBN 80 – 7357 – 207 – 9

Uvedené diskusie v určitom slova zmysle možno chápať v kontexte s **koncepciou prof. T. Sarközyho** o súkromnom práve podniku. Pozri jeho štúdiu „A Kereskedelmi Törvény esetleges koncepciója“, Gazdaság és Jog 1999, 36.

Prof. T. Sarközy už v dávnejšej minulosti zastával **koncepciu tzv. podnikového práva** vo svojej knižnej publikácii „Zu rechtswissenschaftlichen Grundlagen der sozialistischen Unternehmensrechtstheorie“. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1987, s. 304 a nasl.

²⁶ In: J. SUCHOŽA – J. HUSÁR (eds.). Právo – Obchod – Ekonomika II. Zborník vedeckých prác. Praha: Leges, 2012, s. 544 a nasl., ISBN 978 – 80 – 87576 – 33 – 5

Kontakt

jozef.suchoza@upjs.sk

JUDr. Miroslav Štrkolec, PhD.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach
Katedra finančného práva a daňového práva

Intrakomunitárne a „extrakomunitárne“ obchody a daň z pridanej hodnoty

Abstrakt

Daň z pridanej hodnoty ako všeobecná nepriama daň spotrebného charakteru je základom daňovej sústavy nielen v Slovenskej republike ale aj v ostatných členských štátoch Európskej únie. Neutralita dane sa prejavuje v tom, že sa vzťahuje v zásade na všetky podnikateľské činnosti a zťažuje až na malé výnimky všetkých podnikateľov. V súčasnosti uplatňovaný princíp štátu určenia znamená, že daň z pridanej hodnoty sa vyberá v štáte, v ktorom dochádza k spotrebe tovaru prípadne služieb. Internacionalizácia a globalizácia medzinárodného obchodu spojená s obchodnou výmenou medzi podnikateľmi v rámci členských štátov Európskej únie a rovnako tak s podnikateľmi z nečlenských štátov, vedie k mnohým právno-aplikačným problémom týkajúcim sa uplatňovania systému dane z pridanej hodnoty. Jadrom predkladaného príspevku bude na vybraných prípadoch posúdenie daňového rizika, ktoré aj vo svetle recentnej judikatúry súdov prinášajú tieto obchody.

Abstract

Value-added tax as a general indirect tax on consumption is the basis of the tax system, not only in Slovakia but also in the other member states of the European Union. Value-added tax neutrality is reflected in the fact that it applies in general to all business activities and with few exceptions burdens all entrepreneurs. Principle of destination currently applied in EU means that value added tax is levied in the country where such consumption of goods or services takes its place. Internationalization and globalization of international trade coupled with the trade exchange among the entrepreneurs in the European Union member states as well as with entrepreneurs from non member states of European Union, leading to many legal - application problems with the application of the value added tax. The core of this paper is to assess on selected cases of tax risk, which also in the light of recent case law of the courts bring these trade.

Podnikateľské riziko

Podnikanie ako sústavná činnosť vykonávaná podnikateľom vo vlastnom mene, na vlastnú zodpovednosť a za účelom dosiahnutia zisku, v sebe prirodzene inkorporuje aj prvok rizika. Pojem riziko je v ekonomickej teórii používaný v súvislosti s nejednoznačnosťou priebehu reálnych ekonomických procesov a nejednoznačnosťou ich výsledkov¹. Riziko v podnikaní má (môže mať) mnoho podôb, pričom niektoré riziká vykazujú objektívny, iné subjektívny charakter. Niektoré riziká majú ekonomickú podstatu (napr. podnikateľ nakúpi tovar za účelom ďalšieho predaja, avšak pre nedostatok dopytu k predaju tovaru nedôjde), niektoré právnu podstatu (k obchodu síce dôjde avšak k splneniu záväzku z neho vyplývajúceho, napr. k zaplateniu kúpnej ceny už nie)². Predmetom záujmu ekonomickej teórie však už nie sú otázky prinášajúce prvok daňového rizika do obchodov, ktoré nie sú teritoriálne obmedzené územím jedného štátu, ale tieto hranice prekračujú³. Predmetom nášho záujmu je nielen právna regulácia zdanenia týchto obchodov a ich oslobodenia od dane z pridanej hodnoty (DPH) ale aj otázka daňového rizika, ktoré potenciálne môže viesť k dodaniu takých obchodov, ktoré ich účastníci (na rozdiel od správcov dane) považovali za oslobodené od dane⁴.

Daň z pridanej hodnoty – všeobecné východiská

Daň z pridanej hodnoty ako všeobecná nepriama daň spotrebného charakteru je základom daňovej sústavy nielen v Slovenskej republike ale aj v ostatných členských štátoch Európskej únie. Jej význam umocňuje aj jej rozpočtová dôležitosť, keď v podmienkach Slovenskej republiky je najvýnosnejšou daňou vôbec. Štátny rozpočet na rok 2013 prijatý ako zákon č. 438/2012 Z. z. vychádza z predpokladu, že v tomto roku budú daňové príjmy predstavovať cca 64 % všetkých príjmov štátneho rozpočtu a výnos z dane z pridanej hodnoty bude predstavovať cca 50% všetkých daňových príjmov štátneho rozpočtu⁵. Typickou črtou DPH je jej neutralita, ktorá sa prejavuje v tom, že sa vzťahuje v zásade na všetky podnikateľské činnosti (s výnimkou oslobodených), zaťažuje až na malé výnimky všetkých podnikateľov, a v konečnom dôsledku smeruje k vytvoreniu

¹ ŽÁK, M.: a kol.: Velká ekonomická encyklopedie, 2. rozšírené vydání, LINDE, Praha, 2002, s. 664

² K rôznym formám komerčného (podnikateľského), kurzového či teritoriálneho rizika pozri tamtiež, s. 665 - 667

³ K medzinárodnému podnikaniu v ére globalizácie pozri napr. ČERVENÁ, K.: Globalizácia a medzinárodné podnikanie, In: Trvalo udržateľný rozvoj a globalizácia: zborník vedeckých prác: medzinárodná vedecká konferencia organizovaná pri príležitosti osláv 70. výročia vzniku STU, Bratislava, Slovenská technická univerzita, 2007

⁴ Pohľad obchodníka (podnikateľa) obohatený aj o pokus o interpretáciu relevantných noriem prináša napr. MICHEL, J.: Dodávate tovar do tretích krajín – viete aké máte povinnosti?, In: DPH v praxi č. 2/2013, IURA EDITION, s. 11 a nasl.

⁵ V porovnaní s rokom 2012 ide o mierny pokles významu daňových príjmov pre štátny rozpočet. Štátny rozpočet na rok 2012 prijatý ako zákon č. 511/2011 Z. z. vychádzal z predpokladu, že v tomto roku budú daňové príjmy predstavovať cca 68 % všetkých príjmov štátneho rozpočtu a výnos z dane z pridanej hodnoty bude predstavovať cca 52% všetkých daňových príjmov štátneho rozpočtu.

rovnakých podmienok na podnikanie pre všetky relevantné podnikateľské subjekty na jednotnom trhu.

Daň z pridanej hodnoty má charakter harmonizovanej dane, keďže platná právna úprava obsiahnutá v zákona č. 222/2004 Z.z. o dani z pridanej hodnoty (ďalej len „zákon o DPH“) bola dôsledkom implementácie tzv. šiestej smernice Rady 77/388/EHS zo 17.5.1977 o zosúladiení právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa daní z obratu – spoločný systém dane z pridanej hodnoty: jednotný základ jej stanovenia. Táto smernica bola neskôr nahradená bez ďalších zásadných vecných zmien⁶ smernicou Rady 2006/112/ES o spoločnom systéme dane z pridanej hodnoty (ďalej len „smernica“), ktorá má však stále len prechodný charakter a do budúcnosti sa na európskej úrovni počíta s novou, koncepcie odlišnou úpravou.

Dosiahnutie cieľa vytvorenia vnútorného trhu predpokladá, že sa vo všetkých členských štátoch budú uplatňovať právne predpisy týkajúce sa daní z obratu tak, aby nenarušili podmienky hospodárskej súťaže a nebránili voľnému pohybu tovaru a služieb. Je preto nevyhnutné dosiahnuť harmonizáciu právnych predpisov týkajúcich sa daní z obratu za pomoci systému DPH, aby sa v maximálnej možnej miere odstránili faktory, ktoré by mohli narušiť podmienky hospodárskej súťaže, či už na vnútroštátnej úrovni alebo na úrovni Spoločenstva (dnes únie, pozn.)⁷.

V súčasnosti uplatňovaný princíp štátu určenia znamená, že daň z pridanej hodnoty sa vyberá v štáte, v ktorom dochádza k spotrebe tovaru prípadne služieb. Samotná smernica však uvádza, že ide o prechodný stav a v konečnom dôsledku sa predpokladá, že tento bude nahradený novou úpravou, ktorá bude v zásade vychádzať zo zdaňovania dodaného tovaru a poskytnutých služieb v členskom štáte pôvodu⁸.

Intrakomunitárne obchody

O intrakomunitárnych obchodoch hovoríme v prípade obchodovania medzi zdaniiteľnými osobami v rôznych štátoch Európskej únie. Vzhľadom na zmeny vyvolané Zmluvou o Európskej únii v znení Lisabonskej zmluvy, kde podľa čl. 1 Európska únia nahradila Európske spoločenstvo a stala sa jeho nástupkyňou, by možno bolo správnejšie používať pojem intraunijné obchody. Vzhľadom na zaužívanú terminológiu tak v daňovej teórii ako aj daňovej a súdnej praxi budeme pre účely tohto príspevku používať pojem intrakomunitárne obchody⁹. O intrakomunitárne dodanie tovaru a nadobudnutie tovaru pôjde vtedy ak je tovar vyvezený z jedného členského štátu do iného členského štátu. Vychádzajúc zo v súčasnosti uplatňovaného princípu štátu určenia platí, že vývoz tovaru je za splnenia zákonom stanovených podmienok od DPH oslobodený a naopak

⁶ Pozri ŠIROKÝ, J.: Daně v Evropské unii, 3. aktualizované a přepracované vydání, LINDE, Praha, 2009, s. 128

⁷ Pozri bod 4. preambuly smernice

⁸ Pozri čl. 402 ods. 1 smernice

⁹ Pozri napr. NATHOENI, S., de WIT, W.: VAT Exemption of intra-community Supplies of Goods: State of play after VSTR, In: EC Tax review, volume 22, issue 2, apríl 2013, s. 100 a nasl.

nadobudnutie tovaru v štáte určenia sa považuje za zdaniteľný (teda dani podliehajúci) obchod. Zákonné vyjadrenie uvedeného je obsiahnuté v zákone o DPH.

Podľa § 2 ods. 1 písm. c) zákona o DPH predmetom dane je nadobudnutie tovaru za protihodnotu v tuzemsku z iného členského štátu Európskej únie, pričom podľa § 11 ods. 1 zákona o DPH nadobudnutím tovaru v tuzemsku z iného členského štátu sa rozumie nadobudnutie práva nakladať ako vlastník s hnutelným hmotným majetkom odoslaným alebo prepraveným nadobúdateľovi dodávateľom alebo nadobúdateľom alebo na ich účet do tuzemska z iného členského štátu. Nadobudnutie tovaru v tuzemsku z iného členského štátu je predmetom dane len za kumulatívneho splnenia nasledovných podmienok:

- nadobúdateľom je zdaniteľná osoba konajúca v postavení zdaniteľnej osoby, právnická osoba, ktorá nie je zdaniteľnou osobou, alebo zahraničná osoba, ktorá je identifikovaná pre daň v inom členskom štáte, a
- dodávateľom je osoba identifikovaná pre daň v inom členskom štáte, ktorá dodala tovar za protihodnotu, okrem dodania tovaru s inštaláciou alebo montážou dodávateľom alebo na jeho účet a okrem dodania tovaru formou zásielkového predaja.

Na strane druhej platí, že dodanie tovaru, ktorý je odoslaný alebo prepravený z tuzemska do iného členského štátu predávajúcim alebo nadobúdateľom tovaru alebo na ich účet, ak nadobúdateľ je osobou identifikovanou pre daň v inom členskom štáte, je od DPH oslobodené (§ 43 ods. 1 zákona o DPH). Osobou identifikovanou pre daň v inom členskom štáte je osoba, ktorej je v inom členskom štáte pridelené identifikačné číslo pre daň, pomocou ktorého je možné identifikovať členský štát, ktorý toto identifikačné číslo vydal (§ 11 ods. 13 zákona o DPH).

V zásade teda platí, že obchod spočívajúci v dodaní tovaru realizovaný medzi zdaniteľnými osobami (zjednodušene povedané medzi podnikateľmi) sa za plnenia zákonných podmienok zdaňuje v štáte nadobúdateľa tovaru a jeho dodanie na strane dodávateľa dani nepodlieha. Ako však bude načrtnuté nižšie, takéto obchodovanie môže so sebou prinášať aj riziká spočívajúce v nesprávnom internom výklade relevantných daňovo-právnych noriem podnikateľom s reálnou možnosťou následného dorubenia DPH. Tieto súvislosti je vhodné demonštrovať na konkrétnom prípade.

Slovenská obchodná spoločnosť vyviezla tovar do Maďarska, tento tovar bol riadne prepravený a za protihodnotu dodaný osobe identifikovanej pre DPH v Maďarsku. Slovenská obchodná spoločnosť v tejto súvislosti postupujúc podľa § 43 ods. 1 zákona o DPH dodanie tohto tovaru oslobodila od dane - t.j. jeho cenu nadobúdateľovi v Maďarsku fakturovala bez DPH. Tomuto postupu malo korešpondovať následné samozdanenie nadobudnutia tohto tovaru z iného členského štátu maďarským odberateľom. Ako sa však ukázalo neskôr, k tomuto samozdaneniu zo strany maďarského odberateľa nedošlo a navyše maďarská daňová správa v odpovedi na dožiadanie slovenskej strany uviedla, že maďarský odberateľ síce bol v rozhodnom čase osobou identifikovanou pre DPH avšak len pre vnútroštátne obchody. Maďarská právna úprava totiž zakotvuje tzv. dvojitú registráciu – pre vnútroštátne a pre cezhraničné obchody. Jadrom posudzovaného intrakomunitárneho obchodu tak ostala otázka, či maďarský odberateľ bol „osobou identifikovanou pre daň“, a či v dôsledku uvedeného tento obchod na strane slovenského dodávateľa tovaru bol alebo nebol oslobodený od dane.

Slovenské daňové orgány následne slovenskej obchodnej spoločnosti dorubili DPH prislúchajúcu k základu dane (cene tovaru). Tento postup odobrili aj správne súdy¹⁰. Sťažovateľka sa následne so sťažnosťou obrátila na Ústavný súd Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“), ktorý po troch rokoch (!) od doručenia sťažnosti nálezom sp. zn. II. ÚS 440/2011 z 11. októbra 2012 rozhodol tak, že sťažnosti nevyhovel.

Na odôvodnenie nevyhovujúceho nálezu ústavný súd v podstatnom uviedol: *„Zo skutkového hľadiska vec nie je sporná. Tovar odberateľovi dodaný bol. Maďarská spoločnosť mala len vnútroštátne identifikačné číslo pre daň a DPH v Maďarsku neodviedla. Sťažovateľka teda nenamieta otázky skutkové, ale nesprávny výklad zákona o DPH daňovou správou a súdmi. Ide teda o otázku quid iuris. Sťažovateľka pritom tvrdí, že ustanovenie § 11 ods. 13 zákona o DPH vyžaduje len to, aby mala osoba identifikovaná pre daň (akékoľvek) identifikačné číslo pre daň z pridanej hodnoty v inom členskom štáte. Osoba, ktorej sťažovateľka dodala tovar, (nejaké) identifikačné číslo mala, a preto nebol dôvod sťažovateľke dorubiť daň.... Argumentácia krajského súdu i najvyššieho súdu rešpektuje zmysel úpravy zdaňovania intrakomunitárnych obchodov, ktorý má zabezpečiť, aby dodávky tovaru v rámci územia EÚ podliehali dani z pridanej hodnoty len v štáte určenia (spotreby). Súdny dvor v tejto súvislosti považuje princíp neutrality za hlavný princíp spoločnému systému dane z pridanej hodnoty, z ktorého vyplýva i právo na odpočet daňového zaťaženia na predchádzajúcom produkčnom stupni ... V tomto zmysle potom predstavuje úprava v § 11, podľa ktorej zdaniteľným obchodom je a dani z pridanej hodnoty podlieha nadobudnutie tovaru v tuzemsku z iného členského štátu od osoby identifikovanej na daň, a úprava v § 43, ktorá naopak takéto dodanie do iného členského štátu osobe identifikovanej pre daň od dane oslobodzuje, vzájomne sa dopĺňajúce (komplementárne) právne úpravy, ktoré prakticky zabezpečujú realizáciu princípu neutrality v spojení s princípom zdanenia v štáte určenia. Z toho plynie, že predpokladom oslobodenia od dane upraveného v § 43 zákona o DPH je to, aby zdaniteľný obchod mal charakter „nadobudnutia tovaru z iného členského štátu“ v členskom štáte určenia. Potom ale je plne udržateľný výklad krajského súdu i najvyššieho súdu, že za osobu identifikovanú pre daň v zmysle § 11 ods. 13 zákona o DPH možno na účely § 43 zákona o DPH považovať jedine takú osobu, ktorej v danom členskom štáte určenia vznikne podľa národného právneho predpisu upravujúceho daň z pridanej hodnoty, ktorý je obdobný ustanoveniu § 11 zákona o DPH, zdaniteľný obchod podliehajúci dani z pridanej hodnoty v danom členskom štáte....*

V ďalšom ústavný súd odkázal na dôvody rozsudku krajského súdu, z ktorých je zjavné, že daňové orgány vykonali dožiadanie na príslušné daňové orgány Maďarskej republiky na účely zistenia nielen toho, či maďarská spoločnosť mala pridelené identifikačné číslo podľa normy ISO na intrakomunitárne obchody, ale či táto spoločnosť aj skutočne bola zdaniteľnou osobou v Maďarsku na účely intrakomunitárnych obchodov, teda či intrakomunitárny obchod so sťažovateľkou priznala ako nadobudnutie tovaru z iného členského štátu. Z údajov zistených z

¹⁰ Krajský súd v Košiciach (krajský súd) rozsudkom sp. zn. 6 S 8/07 z 30. októbra 2008 žalobu tejto spoločnosti na preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného daňového orgánu zamietol a Najvyšší súd Slovenskej republiky (najvyšší súd) rozsudkom sp. zn. 3 Sžf 17/09 zo 14. mája 2009 rozsudok krajského súdu potvrdil.

odpovede na dožiadanie vyplynulo, že za sporné obdobie neboli evidované žiadne priznania nadobudnutia tovaru zo strany tejto spoločnosti. Ak z týchto okolností, v spojení s neprideleným identifikačným číslom pre daň v určenom formáte, daňové orgány i sudy vyvodili, že maďarská spoločnosť nebola osobou identifikovanou pre daň v inom členskom štáte (v Maďarsku) v takom zmysle, v akom to vyplýva z § 11 ods. 13 zákona o DPH, neboli tieto závery podľa ústavného súdu arbitrárne.

Podporne ústavný súd uviedol, že sťažovateľka mala k dispozícii na overení správnosti daného identifikačného čísla systém VIES prístupný na internetovej adrese <http://ec.europa.eu/taxation_customs/vies/>. Od podnikateľa obchodujúceho v prostredí EU možno rozumne očakávať, že si overí správnosť identifikačného čísla, ktoré mu predloží jeho odberateľ. Ak sa sťažovateľka bez takéhoto overenia spoľahla na to, že spoločnosť S. je osobou identifikovanou pre daň v inom členskom štáte v takom zmysle, v akom to vyplýva z § 11 ods. 13 zákona o DPH, konala na vlastné riziko a musí ho znášať.

Odôvodnenie nevyhovujúceho nálezu ústavný súd uzavrel tým, že argumentácia sťažovateľky mohla mať v danej veci relevanciu, pretože mohla preukázať, že i keď maďarská spoločnosť nemala pridelené príslušné identifikačné číslo vo formáte predpokladanom Šiestou smernicou, bola osobou identifikovanou pre daň (porov. rozsudok Súdného dvora vo veci C-587/10). Podľa § 29 ods. 8 zákona č. 511/1992 Zb. mal však daňový subjekt preukazovať skutočnosti, ktoré majú vplyv na správne určenie dane. Uvedené bolo o to viac povinnosťou daňového subjektu, keď bolo zrejmé, že dôkazy obstarané daňovými orgánmi svedčia *prima facie* v prospech záveru, že maďarská spoločnosť takouto osobou nebola. I keď je zrejmé, že sťažovateľka vo svojom postoji v daňovom konaní vychádzala z nesprávnej interpretácie § 11 ods. 13 zákona o DPH, mohla pri poznaní argumentácie daňového úradu navrhnúť iné dôkazy na preukázanie, že maďarská spoločnosť bola osobou identifikovanou pre daň, aj keď nemala pridelené identifikačné číslo pre daň v normalizovanom formáte, a preto bola povinná považovať nadobudnutie tovaru od sťažovateľky za nadobudnutie tovaru z iného členského štátu a zdaníť ho podľa maďarských predpisov (napríklad vyhlásenie danej spoločnosti, odkazy na príslušné maďarské predpisy a pod.)....

V mnohom možno s odôvodnením nálezu ústavného súdu súhlasiť. Princíp neutrality dane z pridanej hodnoty, v zmysle ktorého jej podlieha v zásade každý obchod vyžaduje, aby obchod, ktorý je na strane jedného podnikateľa (vývozcu) od dane oslobodený bol riadne zdanený na strane nadobúdateľa. K tomuto zo strany predmetnej maďarskej spoločnosti preukázateľne nedošlo.

Na strane druhej, uplatňovaný a právne zakotvený princíp štátu určenia predpokladá zdanenie tohto obchodu v štáte nadobudnutia tovaru. Možno súhlasiť aj so závermi ústavného súdu, v zmysle ktorých je povinnosťou vývozcu preukázať splnenie zákonných podmienok pre oslobodenie od dane z pridanej hodnoty.

Ústavný súd však opomenul zohľadniť viaceré dôležité skutočnosti, ktoré podľa nášho názoru v súhrne nerobia jeho závery tak jednoznačné, ako sa môžu z odôvodnenia citovaného nálezu javiť. Za rozhodujúce považujeme to, že maďarská spoločnosť ako nadobúdateľ bola identifikovaná pre daň z pridanej hodnoty a mala maďarskými daňovými orgánmi pridelené IČ DPH, pričom túto skutočnosť ako podmienku pre oslobodenie vývozu tovaru od dane mala za preukázanú aj slovenská spoločnosť. Odvolávka ústavného súdu na možnosť overenia správnosti jej

identifikačného čísla prostredníctvom systému VIES neobstojí, keďže maďarská spoločnosť preukázateľne identifikovaná bola a z odôvodnenia nálezu ústavného súdu nemožno vyvodit', či systém VIES v rozhodnom čase (rok 2005) rozlišoval pri maďarských subjektoch identifikačné číslo pre vnútroštátne a pre cezhraničné obchody. Ak by tomu tak bolo, argumentácia ústavného súdu by bola prijateľná, v opačnom prípade však nie je pre vec rozhodujúca.

Ak uvedené zhrnieme, dostaneme sa k nasledovným záverom (i) slovenská spoločnosť vyviezla tovar do maďarska, (ii) v dobrej viere, že sú splnené všetky zákonné podmienky, na vývoz tovaru vzťahla oslobodenie od dane a výsledkom je (iii) dorubenie dane, keďže maďarská spoločnosť bola identifikovaná iba pre vnútroštátne obchody a tento intrakomunitárny obchod nezdaniť.

Javí sa nám preto, že v konečnom dôsledku nejde o nič iné, ako o prenos daňovej zodpovednosti z daňovo povinnej osoby (nadobúdateľa tovaru), na osobu, ktorá bola od dane oslobodená (vývozca tovaru). Vo svetle vyššie uvedeného možno takýto postup považovať aj za prísne formalistický, ktorý nerešpektuje požiadavku na prednostné posudzovanie splnenia materiálnych požiadaviek na oslobodenie od dane pred formálnymi (rozsudok Európskeho súdneho dvora C-146/05 Albert Collé).

Je totiž otázne, či systém maďarskej dvojitej registrácie a jeho neznalosť zo strany slovenského vývozcu, možno za súčasnej preukázateľne existujúcej identifikácie maďarskej spoločnosti pre daň, vykladať na ťarchu slovenského vývozcu tak, ako to učinili všeobecné správne súdy a neskôr aj ústavný súd.

„Extrakomunitárne“ obchody

O extrakomunitárnych obchodoch¹¹ hovoríme v prípade obchodovania medzi zdaniteľnými osobami, z ktorých jedna pôsobí v členskom štáte Európskej únie a druhá na území tretieho štátu (teda mimo územia Európskej únie). O extrakomunitárne dodanie tovaru pôjde vtedy ak je tovar vyvezený z jedného členského štátu do miesta určenia na území tretieho štátu. Princíp zdanenia v štáte určenia bráni tomu, aby tieto obchody boli zdaňované v štáte vývozcu a preto sú za splnenia zákonných podmienok od dane oslobodené.

Podľa § 47 ods. 1, 2 a 3 zákona o DPH oslobodené od dane je dodanie tovaru, ktorý je odoslaný alebo prepravený predávajúcim alebo na jeho účet do miesta určenia na území tretieho štátu. Oslobodené od dane je dodanie tovaru, ktorý je odoslaný alebo prepravený kupujúcim alebo na jeho účet do miesta určenia na území tretieho štátu, ak kupujúci nemá v tuzemsku sídlo, miesto podnikania, prevádzkareň ani bydlisko, s výnimkou dodania tovaru, ktorý prepravil kupujúci na účely vybavenia, zásobenia pohonnými látkami a potravinami výletných lodí, súkromných lietadiel alebo akýchkoľvek dopravných prostriedkov na súkromné použitie. Odoslanie alebo prepravenie tovaru do miesta určenia na území tretieho štátu podľa odsekov 1 a 2 je platiteľ povinný preukázať colným vyhlásením, v ktorom je colným orgánom potvrdený výstup tovaru z územia Európskej únie, a dokladom o odoslaní alebo preprave tovaru; platiteľ musí mať colné vyhlásenie, v ktorom je potvrdený výstup tovaru z územia Európskej únie, najneskôr do konca

¹¹ Aj v tomto smere budeme vychádzať zo staršej terminológie a obchody medzi podnikateľmi z členských štátov a nečlenských štátov EÚ budeme zjednodušene označovať ako „extrakomunitárne“.

šiesteho kalendárneho mesiaca nasledujúceho po skončení zdaňovacieho obdobia, v ktorom uplatnil oslobodenie od dane.

Účinná zákonná úprava teda vyžaduje od vývozcu, aby odoslanie alebo prepravu tovaru preukázal dvoma dokladmi, a to colným vyhlásením¹² s potvrdeným výstupom tovaru z územia EÚ a dokladom o odoslaní alebo preprave tovaru¹³. Z uvedenej úpravy by sa mohlo javiť, že vývozcovia tovaru zo Slovenska (resp. iného členského štátu EÚ) do tretích štátov nemajú zásadnejšie problémy pri preukazovaní splnenia zákonných podmienok pre oslobodenie od DPH.

Skúsenosti daňovej správy z minulých rokov, ktoré bolo možné v konečnom dôsledku klasifikovať ako daňové podvody (fiktívne vývozy, fiktívni odberatelia), vedú v súčasnosti k tomu, že v rámci daňových kontrol sa v prípade vývozu tovaru do tretích štátov realizujú takmer obligatórne tzv. medzinárodné dožiadania. Orgány daňovej správy za týmto účelom prerušujú daňovú kontrolu podľa § 46 ods. 10 v spojení s § 61 ods. 1 písm. b) daňového poriadku s cieľom získať od príslušného orgánu tretieho štátu informácie podľa zákona č. 442/2012 Z.z. o medzinárodnej pomoci a spolupráci pri správe daní. Takýmto spôsobom overujú najmä právnu subjektivitu (resp. existenciu vôbec) na strane deklarovaného odberateľa tovaru, skutočnosť či došlo k dovozu tovaru a či deklarovaný príjemca tovar prevzal.

Takýto postup je sám osebe determinovaný snahou o čo najúplnejšie a nepresnejšie zistenie skutkového stavu veci a korešponduje so zásadou neformálnosti, v zmysle ktorej v správe daní sa berie do úvahy vždy skutočný obsah právneho úkonu alebo inej skutočnosti rozhodujúcej pre vyrubenie alebo vybratie dane (§ 3 ods. 6 daňového poriadku). Zároveň však prináša viaceré riziká spočívajúce napr.:

- v neúmernom predĺžení trvania daňovej kontroly, keďže počas jej prerušenia za účelom medzinárodnej výmeny informácií lehoty na jej ukončenie neplynú. Nie je ťažké predstaviť si, ako dlho bude trvať medzinárodná výmena medzi slovenskými orgánmi a orgánmi daňovej správy napr. v Kazachstane, Moldavsku či iných štátoch mimo EÚ, a nie je výnimočné ak sa v dôsledku uvedeného predĺži daňová kontrola nie o mesiace, ale o roky.
- nemožnosti dožiadaného orgánu vyhovieť dožiadaniu v celom rozsahu a objektívne zodpovedať položené otázky napr. v dôsledku, že príjemca tovaru nespolupracuje s príslušným orgánom tretieho štátu, prípadne dôjde k tzv. predaju tovaru na ceste a teda dovozcom tovaru do tretieho štátu je osoba odlišná od vývozcu tovaru z členského štátu EÚ. Následná dezinterpretácia týchto skutočností na linke dožadujúci – dožiadaný daňový orgán potom môže na strane slovenských orgánov viesť k podozreniu na podvodné konanie a dorubeniu dane pre nesplnenie zákonných podmienok pre oslobodenie od dane.

¹² Do 1. júla 2009 sa používal JCD (jednotný colný doklad) ako písomné colné vyhlásenie, od tohto dátumu je povinnosť podávať colné vyhlásenia na režim vývoz v elektronickej forme (EAD – vývozný sprievodný dokument), čím sa nahrádza podanie písomného colného vyhlásenia JCD.

¹³ Nákladný list CMR

Splnenie zákonných podmienok pre oslobodenie od DPH pri vývoze tovaru do tretích štátov, býva predmetom posudzovania nielen daňových orgánov ale s pravidelnosťou aj správnych súdov, ktoré preskúmajú zákonnosť rozhodnutí daňových orgánov o vyrubení dane, resp. rozdielu na dani. Aj v tomto smere poukážeme na závery rozsudku najvyššieho súdu sp. zn. 4 Sžf 4/2012 z 29. mája 2012, ktorý sa zaoberal okrem iného rozsahom dôkaznej povinnosti vývozcu a spôsobom preukazovania splnenia zákonných podmienok pre oslobodenie od DPH pri vývoze podľa § 47 zákona o DPH.

V uvedenom rozsudku najvyšší súd skonštatoval, že aj napriek existencii JCD a CMR ako hmotnoprávných podmienok na uplatnenie oslobodenia od DPH, boli zistené skutočnosti, ktoré svedčia o nenaplnení materiálnej stránky vývozu tovaru daňovým subjektom a že na CMR absentovalo miesto dodania na území tretieho štátu a podpis osoby, ktorá tovar prevzala. Z odôvodnenia tohto rozsudku možno vyvodíť, že skutkový stav bol taký, že daňový subjekt po tom, čo mal potvrdený vývoz tovaru colnými orgánmi a doklad o preprave tovaru, tento tovar predal tretím osobám (predaj na ceste), ktoré následne pred príslušnými colnými orgánmi tretích štátov vystupovali ako odosieltelia tovaru, čo tieto orgány v odpovedi na dožiadanie aj potvrdili. V dôsledku uvedeného sa najvyšší súd stotožnil so závermi daňových orgánov že vývozcom tovaru nebol daňový subjekt ale uvedené tretie osoby.

V otázke oslobodenia od DPH pri vývoze najvyšší súd konštatoval nenaplnenie materiálnych požiadaviek vývozu tovaru a absenciu určenia miesta dodania v treťom štáte a podpisu osoby, ktorá tovar o úpadcu prevzala.

Z takéhoto výkladu sa však môže zdať, že najvyšší súd účelovo zamenil podmienky oslobodenia od dane pri vývoze tovaru z tuzemska do iného členského štátu (upravené v § 43 zákona o DPH) a podmienky oslobodenia od dane pri vývoze tovaru do miesta určenia na území tretieho štátu (upravené v § 47 zákona o DPH), pričom predpoklady, ktoré zákon vyžaduje iba pri intrakomunitárnych obchodoch medzi členskými štátmi (§ 43) bez zákonného dôvodu aplikoval aj pri vývoze do tretích štátov.

Vyššie citované ustanovenia zákona o DPH upravujúce podmienky pre oslobodenie od dane pri vývoze tovaru do tretích štátov vychádzajú z čl. 146 ods. 1 písm. a) a b) smernice, podľa ktorého členské štáty oslobodia od dane tieto transakcie: a) dodanie tovaru, ktorý je zaslaný alebo prepravený predávajúcim alebo na jeho účet do miesta určenia mimo Spoločenstva. b) dodanie tovaru, ktorý je zaslaný alebo prepravený nadobúdateľom alebo na jeho účet do miesta určenia mimo Spoločenstva.

Žiadne zákonné ustanovenie neupravuje povinnosť vývozcu preukazovať v daňovom konaní aj dovoz tovaru v treťom štáte a ani deklarovať konkrétne miesto určenia na území tretieho štátu. Na daňové účely by preto malo stačiť, ak je nesporné, že miesto určenia sa nachádza mimo územia EÚ a na území tretieho štátu.

Naviac vyžadovanie podpisu osoby, ktorá tovar v treťom štáte prevzala, zákon o DPH spája výlučne s oslobodením od dane pri dodaní tovaru z tuzemska do iného členského štátu (intrakomunitárne obchody) podľa § 43 ods. 5 písm. b) a c), kde platiteľ dane musí oslobodenie od dane preukázať o. i. aj písomným potvrdením prijatia tovaru, resp. písomným vyhlásením odberateľa alebo ním poverenej osoby, že tovar bol prepravený do iného členského štátu. Daňový subjekt, ktorého sa týkala

predmetná vec však realizoval vývoz mimo EÚ, a teda oslobodenie od dane sa uplatňovalo v režime § 47 zákona DPH, kde žiadne z ustanovení v ňom obsiahnuté nevyžaduje na splnenie podmienok oslobodenia písomný doklad o prijatí (prevzatí) tovaru v treťom štáte.

Pokiaľ najvyšší súd uvádza, že z odpovede colnej správy tretieho štátu vyplýva dovoz tovaru na jeho územie inými osobami ako je úpadca, a z toho vyvodzuje, že úpadca nebol skutočným vývozcom, tento názor možno ľahko spochybniť. Vývoz tovaru mimo EÚ nie je predmetom dane (§ 2 ods. 1 zákona o DPH a *conctrario*), a primárne nie je upravený daňovými predpismi ale colnými predpismi (najmä Colný kódex prijatý ako nariadenie Rady č. 2913/92). V súlade s čl.162 Colného kódexu colný úrad prepustí tovar do režimu vývozu za podmienky, že predmetný tovar opustí colné územie spoločenstva v rovnakom stave, v akom sa nachádzal v okamihu prijatia vývozného colného vyhlásenia¹⁴. Predmetom úpravy colných predpisov EÚ je pohyb tovaru medzi EÚ a tretími krajinami a colné orgány preto nemôžu brániť daňovým subjektom v prevode a nadobúdaní vlastníckeho práva k tovaru počas colných režimov. Z uvedeného je zrejmé, že z pohľadu Colného kódexu je právne irelevantné, ktorá osoba vyvezie tovar. V medzinárodnom obchode je bežné, že pri vývoze tovaru dôjde k jeho predaju (k zmene vlastníctva), a teda pri dovoze tovaru v treťom štáte mimo EÚ je tento tovar prepúšťaný do režimu voľný obeh už s novým vlastníkom tovaru. Keďže v tomto prípade vystupuje ako dovozca nový vlastník tovaru, informácia o preverovaní dovozu tovaru v tretích štátoch vývozcom nemala byť v súdnej veci relevantná.

Práve z toho dôvodu zodpovedá filozofii colno-právnych vzťahov aj ustanovenie § 47 ods. 1 a 3 zákona o DPH, ktoré na účely oslobodenia od dane nevyžaduje preukazovanie prevzatia tovaru v treťom štáte. Keďže colné predpisy umožňujú meniť vlastníctvo k tovaru počas colných režimov, nemala by byť táto skutočnosť na ujmu daňových subjektov, vrátane sankcie zániku nároku na oslobodenie od DPH pri vývoze tovaru. Podstatou je, aby bol tovar vyvezený, čo v prípade úpadcu príslušné colné orgány potvrdili¹⁵. Povinnosťou vývozcu je preukázať, že tovar bol odoslaný a prepravený zo SR na územie tretích štátov tak potvrdeným JCD (EAD) ako aj CMR a tým uniesť dôkazné bremeno v daňovom konaní (§ 47 ods. 1 a 3 zákona o DPH v spojení s § 24 ods. 1 zákona č. 563/2009 Z. z. daňový poriadok). Preukazovanie ďalšieho právneho a faktického osudu vyvezeného tovaru je spravidla objektívne mimo rámca možností daňového subjektu a preto vyžadovanie dokladovania iných skutočností najvyšším súdom ide nad rámec platných daňovo-právnych noriem.

¹⁴ pozri aj PRIEVOZNÍKOVÁ, K.: Colné právo, Knížné centrum, ŽILINA, 2008, s. 47

¹⁵ K významu JCD z pohľadu splnenia zákonných podmienok pre oslobodenie od dane pri vývoze tovaru sa vyjadril aj český Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 5 Afs 58/2006 zo 7.2.2007, kde konštatoval, že „.... *právní moc rozhodnutí celních orgánů je důležitým prvkem stability a právní jistoty jak pro celní orgán, který rozhodnutí vydal, tak i pro účastníky řízení (deklaranty, dlužníky, ...); pravomocné rozhodnutí musí být respektováno a lze jej zrušit či změnit pouze způsoby a postupy stanovenými v zákoně.*“

Daňové riziko v medzinárodnom obchode (alebo ako interpretovať názory súdov?)

Označené situácie primeraným spôsobom ilustrujú antagonistický pohľad daňových subjektov a správcov dane na interpretáciu relevantných daňovo-právnych noriem upravujúcich podmienky pre oslobodenie od dane pri vývoze tovaru do zahraničia. Bez ohľadu na to, či išlo o vývoz do štátu EÚ alebo mimo EÚ je zrejmé, že príslušní správcovia dane poňali splnenie zákonných podmienok pre oslobodenie od dane extenzívnym spôsobom a od daňových subjektov požadovali preukázanie niečoho, čo im zákon o DPH explicitne neukladal.

Na strane daňových orgánov je takýto postoj prirodzený, keďže ich hlavnou úlohou je v správe daní chrániť záujmy štátu. Štát sa prostredníctvom svojich orgánov bude vždy snažiť, aby vybraná daň predstavujúca jeho rozpočtový príjem bola čo najvyššia, naopak daňové subjekty budú vždy prejavovať snahu daň znížiť, pretože táto je z ekonomického pohľadu ich nutným výdavkom¹⁶.

Pokiaľ však ide o správne súdy, tieto by nemali v správnom súdnictve chrániť fiskálne záujmy štátu, ale naopak majú iba preskúmať zákonnosť rozhodnutí a postupov orgánov verejnej správy, a to vrátane daňovej správy. Správne súdnictvo totiž patrí medzi najdôležitejšie formy vonkajšej kontroly verejnej správy a zároveň je zárukou jej legality¹⁷. Predmetom súdneho prieskumu je teda zákonnosť skúmaného správneho aktu – in concreto súlad rozhodnutia daňového orgánu so zákonom. Správny súd teda nemá (a nesmie) dotvárať text zákona svojim výkladom, a to ani v prípade, ak by sa to malo pozitívne prejaviť na príjmovej strane verejných financií. Vo vyššie skúmaných prípadoch bolo jeho úlohou výlučne posúdiť, či dotknuté daňové subjekty splnili alebo nespĺnili zákonné podmienky pre oslobodenie od dane pri vývoze tovaru. Ako sme však vyššie uviedli, zdá sa nám, že správne súdy (resp. v prvom prípade aj ústavný súd) išli nad rámec prieskumu zákonnosti rozhodnutí daňových orgánov, keď pre účely splnenia podmienok oslobodenia od dane vyžadovali od daňových subjektov preukázanie takých skutočností, ktoré idú nad rámec zákona.

Iste, aj v správnom súdnictve súdy interpretujú relevantné daňovo-právne normy a aplikujú pritom viaceré výkladové metódy, nemali by však zabúdať na východiská, ktoré výstižne formuloval Ústavný súd Českej republiky takto: „..... *za situácie, kde právo umožňuje dvojaký výklad, nemožno pri riešení prípadu obísť fakt, že na poli verejného práva štátne orgány môžu konať len to, čo im zákon výslovne umožňuje (na rozdiel od občanov, ktorý môžu konať všetko, čo nie je zakázané). Z tejto maximy potom vyplýva, že pri ukladaní a vymáhaní daní podľa zákona, teda pri de facto odnímaní časti nadobudnutého vlastníctva sú orgány verejnej moci povinné v zmysle Listiny základných práv a slobôd šetriť podstatu a zmysel základných práv a slobôd. Inak povedané, v prípade pochybností sú povinné (orgány verejnej moci) postupovať miernejšie (in dubio mitius).*“¹⁸

¹⁶ Porovnaj BABČÁK, V.: Slovenské daňové právo, EPOS, Bratislava, 2012, s. 372

¹⁷ MACHAJOVÁ, J. a kol. : Všeobecné správne právo, 5. aktualizované vydanie, EUROKÓDEX, Bratislava, 2010, s. 329

¹⁸ Ústavný súd Českej republiky nález sp. zn. IV. ÚS 666/02.

Kontakt

miroslav.strkolec@upjs.sk

Prof. Dr. Miroslav VITÉZ
Riadny profesor obchodného práva

Ekonomická fakulta v Subotici, Univerzita v Novom Sade
Srbsko (Vojvodina)

K NIEKTORÝM OTÁZKAM AKREDITÍVU

On Some Letter of Credit Questions

Abstrakt

Akreditív (L/C, letter of credit) vznikol v polovici 19. storočia ako dielo bankovej praxe. V súčasnosti je najfrekvencovanejším platobným, zabezpečovacím nástrojom prevažne v medzinárodnom obchode. Upravujú ho pramene autonómneho medzinárodného obchodného práva ale i niektoré národné práva. I napriek tomu o pojme, vnútornej skladbe, právnej povahe akreditíva nie sú jednoznačné názory v komparatívnej právnej teórii ani jednotné pravidlá v komparatívnom práve. Niektoré z nich sme podrobnejšie, širšie osvetlili, dospeli k mienke, že akreditív nemožno rozumieť ani ako zložitú ani ako zmiešanú zmluvu, ale ako súbor dvoch právnych úkonov - dvojstranného a jednostranného právneho úkonu, čo determinuje profilovanie jeho pojmu ale i jeho právnej povahy.

Kľúčové slová: *pojmem akreditívu, vnútorná skladba akreditívu, právna povaha akreditívu.*

Abstract

Letter of credit (L/C) originates from the banking practice of the 19th century. Currently it is the most frequently used payment, hedging instrument prevailing in international trade. It is being regulated by the sources of autonomous international trade law as well as by certain national laws. However the notion, internal composition as well as the legal nature of the letter of credit differ across views in comparative law theory and across standpoints in comparative law. Having analyzed some of them in more detail, we conclude that letter of credit cannot be understood as a composed or as a mixed agreement, but as a collection of two legal acts – bilateral and unilateral legal act, thus determine its notion as well as legal nature profile.

Key words: *notion of letter of credit, internal composition of letter of credit, legal nature of letter of credit.*

Úvod

Akreditív (*L/C, letter of credit*) je dielom autonómneho obchodného (bankového) práva. Podľa jedného názoru vytvorila ho anglická banková prax v 19. storočí¹ na čo sa nadväzuje aj ďalšia mienka, že jeho predchodcom je úverový list (*Kreditbrief*), ktorý ako platobný nástroj taktiež vznikol v anglickej obchodnej praxi.² Medzitým v právnej literatúre zastáva sa aj názor, že sa tento inštitút vyvinul z obchodníckej (kupeckej) poukážky (*kaufmännische Orderanweisung*) – cenného papiera, ktorý vytvorilo nemecké, rakúske čiastočne i anglické obchodné právo a prevzalo francúzske právo.³

Ako užitočný právny inštitút rýchle sa rozšíril v medzinárodných podnikateľských vzťahoch, takže sa v súčasnosti značná časť celkových platieb v medzinárodnom obchode robí na podklade akreditívu.⁴ I keď sa zdá, že patrí medzi úplne prepracované inštitúty bankového práva, niektoré otázky ešte stále nie sú dostatočne objasnené. Medzi ne patrí aj vymedzenie pojmu a právnej povahy akreditívu predovšetkým dokumentárneho akreditívu o čom sa zmienime v tomto príspevku.

1. Význam a pojem akreditívu

V obchodnom styku najväčší význam má akreditív dokumentárnej povahy. Tento akreditív vznikol výlučne z praktických dôvodov a to v dištančnom predovšetkým v zámorskom obchode. Totiž, pri kúpnej zmluve, keď tovar bolo treba prepraviť kupujúcemu a strany nedojednali platbu vopred alebo po prevzatí dodávky tovaru, tak zostala iba možnosť zaplatiť cenu proti dodávke („z ruky do ruky“). Tento spôsob splnenia záväzkov tzv. „dodávka za hotovosť“ (*cash on delivery – C/D*) koná sa podľa pravidla súčasného plnenia záväzkov z dvojstrannezaväzujúcich zmlúv⁵ (tzv. vzájomná podmienenosť plnenia alebo v širšom zmysle ako *synallagma*).

V podmienkach priestorovej a časovej vzdialenosti predavajúceho a kupujúceho taký spôsob splnenia ich záväzkov by nebol možný. Uvedený problém prekonáva akreditív zabezpečujúci prostredníctvom banky na symbolický spôsob previazanie splnenia nepeňažného záväzku jednej zmluvnej strany so splnením peňažného záväzku druhej zmluvnej strany.

¹ Goleva, P., Trgovsko právo, kniha druga, Feneja, Sofija, 2002, s. 378;

² Velimirović, M., Bankarski poslovi i hartije od vrijednosti, Sinex, Beograd, 1996; s. 174;

³ Antonijević, Z., v rámci Antonijević, Z., Petrović, Lj.M., Pavićević, B., Bankarsko právo, Savremena administracija, Beograd, 1982, s. 432 – 433; Podľa neho mnohé úverové ako aj inkasné nástroje vznikli a vyvinuli sa práve z tejto poukážky, medzi nimi aj cudzia zmenka, s tým, že ona v systéme *civil law* môže znieť iba na určitý peňažný obnos.

⁴ V niektorých obdobiach akreditívne platby vynášali až 80% z celkových medzinárodných platieb. V celkovom svetovom dovoze a vývoze v r. 2009 podiel dokumentárneho akreditívu v celkových nástrojoch medzinárodného platobného styku vynášal v dovoze okolo 40%, a vývoze okolo 45%. Podľa ICC Banking Commission (2009, Rethinking Trade Finance 2009: An ICC Global Survey, s. 35);

⁵ Čl.122. ods.1 srbského Zákona o záväzkových vzťahoch z 1978; grécke slovo *synallagma* v prvotnom význame sa prekladá ako výmena, v ďalšom význame aj ako vzájomnosť.

V tom zmysle dokumentárny akreditív plní funkciu *platobného a zabezpečovacieho nástroja*.

Okrem uvedených základných funkcií, akreditív v obchodnom styku môže mať aj vedľajšie funkcie nadväzujúce na uvedené základné funkcie, keď sa používa ako:

- *nástroj na výmenu peňazí* v medzinárodných platobných vzťahoch, keď sa v dôsledku rozdielnych devízových predpisov akreditívna suma čerpá v mene rozdielnej od meny krajiny príkazcu;

- *nástroj na obchodnícky (kupecký) kliring*, keď je akreditív výslovne označený ako prevoditeľný alebo deliteľný oprávňujúci oprávneného tzv. beneficianta previesť akreditívne plnenie na jedného alebo súčasne (radiálne) na viacerých nových beneficiantov. Tým spôsobom im umožňuje vykonať vzájomné platby vrátane i kliring vzájomných pohľadávok;

- *úverový nástroj* vzhľadom na skutočnosť, že sú právne úkony dodávky tovaru a zaplataenia ceny fakticky časove a priestorove oddelené, takže si vskutku pri akreditíve navzájom poskytujú úver: kupujúci - predávajúcemu vo forme akreditívnej sumy od okamihu vystavenia akreditívu po okamih jej odčerpania a predávajúci - kupujúcemu dodávkou tovaru pred zaplatením jeho ceny.

Okrem uvedených vedľajších funkcií v obchodnej praxi akreditív môže mať aj iné vedľajšie funkcie, ktoré determinuje súčasný hospodársky rozvoj.

Slovo *akreditív* má pôvod z latinského slova *accreditivum*, čo znamená plnomoc, oprávnenie a ktoré je asi odvodené z latinského slovesa *credo, credere*, čo zase znamená dôverovať, mať dôveru.

Pojem akreditívu sa rozdielne vymedzuje v komparatívnej právnej teórii a komparatívnom práve, takže sa rozoznávajú pojmy akreditívu, ktoré formuluje právna teória t.j. „*teoretické pojmy akreditívu*“ a pojmy akreditívu, ktoré formulujú národní zákonodarcovia t.j. „*zákonné pojmy akreditívu*“.

V komparatívnej právnej teórii sa používajú rozličné metodologické prístupy k pojmovému vymedzeniu akreditívu: *prvý*, ktorého podstata je v tom, že sa pojem akreditívu formuluje doslova interpretáciou jeho „*zákonného*“ pojmu; *druhý*, podľa ktorého pojem akreditívu sa formuluje nezávisle od zákonných pravidiel na základe stanovísk právnej teórie („*teoretický*“ pojem akreditívu); *tretí*, ktorý spočíva v tom, že sa fragmentárnou metódou objasňuje podstata tohto inštitútu, bez ohľadu či sa terminologicky profiluje v užšom alebo širšom zmysle atď.

Ak sú termíny funkčne a vzájomne späté s obsahom, štruktúrou pojmov a jedným z hlavných meradiel na dôslednú kategorizáciu pojmov, tak už odlišné terminologické organizovanie akreditívneho inštitútu naznačuje rozdielne prístupy k vymedzeniu jeho podstaty. Tomu nasvedčujú početné rozdielne dilemy či akreditív nazvať zmluvou, úkonom, právnym úkonom alebo nejakým tretím znakom, čo odráža rozdielne názory aj k vnútornej skladbe podstaty pojmu akreditívu.

Mnohí právni teoretici, už či interpretujú „*zákonné*“ pojmy akreditívu, alebo dospeli k vlastnému záveru, objasňujú akreditív ako určitý druh zmluvy pričom ju vymedzujú užšie ako právny vzťah medzi príkazcom a akreditívnou bankou, alebo širšie, keď do nej začleňujú aj beneficianta akreditívu.

Iní zase mienia, že je akreditív úkonom, bankovým úkonom resp. právnym úkonom:

Tak Mann a Roberts, ktorí sú názoru, že je „...akreditív sľub banky kupujúceho, že vyplatí predavajúceho, ak sa splnia určené podmienky. Do akreditívnej transakcie sa začleňujú tri alebo štyri rozličné strany a obsahuje tri východiskové zmluvy.“⁶

Bukljaš a Vizner mienia, že je „...akreditív príkaz akreditívnej banke aby otvorila akreditív a beneficiantovi zaplatila určitú peňažnú čiastku ak v určenej dobe splní podmienky z príkazu.“⁷ Atd’.

Asi podstate akreditívu sú najbližšie mienky niektorých právnych teoretikov, podľa ktorých akreditív nie je úkonom, ani právnym úkonom, ani zmluvou. Medzi nich patria:

Jankovec, ktorý pod akreditívom rozumie...„súbor právnych vzťahov, v ktorých banka na príkaz svojho komitenta a v súlade s jeho pokynmi, urobí platbu tretej osobe (beneficiantovi), bez žiadnych podmienok alebo ak beneficiant splní určené podmienky.“⁸

Vučković, ktorý zdôrazňuje, že je „dokumentárny akreditív platobný nástroj, ktorý v najjednoduchšej forme funguje tým spôsobom, že kupujúci – dovozca prenechá určitej banke k disponovaniu sumu kúpnej ceny, s tým že ju ona priamo alebo prostredníctvom nejakej tretej banky vyplatí predavajúcemu – vývozcovi za podmienky, že tento v rámci určenej lehoty odovzdá v správe o otvorení akreditívu určené a presne napočítané doklady o odoslaní tovaru a iné tovarové doklady.“⁹

Singer, ktorý objasňuje dokumentárny akreditív ako „platební metódu“ pri dištančných obchodných vzťahoch medzi predavajúcim a kupujúcim, s tým, že pertraktuje jeho význam, ale nerozoberá jeho pojem i keď presne interpretuje zákonné pravidlá o akreditíve.¹⁰

Chuah, ktorý pod dokumentárnym akreditívom rozumie určitý „systém“ osobitne užitočný, keď si je predavajúci nie celkom istý v úverovú spôsobilosť a finančný stav kupujúceho a ktorý si vyžaduje „vmešovanie banky“, ktorá je pripravená garantovať, že predaj bude zaplatený po dodávke a prezentovaní zodpovedajúcich dokladov.¹¹

Nepochybne, táto „pestrosť“ metodologických stanovísk k vymedzeniu pojmu akreditívu je, okrem iného, determinovaná zložitou právnymi vzťahmi, ktoré pritom vznikajú, ich rozdielnou právnou povahou, špecifickými znakmi jednotlivých národných práv a i.

V tej súvislosti je zaujímavé zdôrazniť, že akreditív pozná i angloamerické právo (*systém common law*) i keď nie je v súlade s klasickou teóriou o *consideration* ako podmienkou pre vznik a platnosť zmluvy.¹²

⁶ Mann, R.A., Roberts, B.S., Business Law, Fourteenth Edition, Smith & Roberson's, 2009, s. 1017;

⁷ Bukljaš, I., Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Posebni dio, Ugovori, 4. knjiga, Zagreb, 1979, s. 2885;

⁸ Jankovec, I., Privredno pravo, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, s. 621;

⁹ Vučković, M., Bankarstvo i platni promet sa inostranstvom, Beograd, 1963, s. 108;

¹⁰ Singer, E., Právo v zahraničím obchodu, Orbis, Praha, 1966, s. 329 - 332;

¹¹ Chuah, J., Law of International Trade, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 470;

¹² Podľa jednej definície *consideration* je to čo sa skutočne poskytuje alebo prijíma ako protihodnota záväzku. „Stručne povedané musí byť *consideration* alebo výhodou pre dlžníka

V tom zmysle beneficent by nemohol získať právo aby niečo pohľadával od dlžníka ktorý získal *consideration* od veriteľa. Predsa, v anglickom práve urobili výnimku pri dokumentárnom akreditíve, kým v americkom práve túto teóriu značne zjemnili a zmluvy v prospech tretieho sú dovolené.¹³

V srbskom práve pojem akreditívu vymedzuje sa v čl. 1072. **Zákona o záväzkových vzťahoch z 1978** (ďalej: ZZV) takto:

(1) „*Prijatím žiadosti príkazcu o otvorenie akreditívu, akreditívna banka sa zaväzuje beneficentovi zaplatiť určitú peňažnú sumu ak v určitej dobe budú splnené podmienky označené v príkaze na otvorenie akreditívu.*“

(2) „*Akreditív sa musí zhotoviť v písomnej forme.*“

V článku 2. ods. 9 **Jednotných zvyklostí a pravidiel pre dokumentárne akreditívy Medzinárodnej obchodnej komory (revízia z 2007)** vymedzuje sa pojem akreditívu:

„**Akreditív znamená:** každú dohodu, bez ohľadu na výzvu alebo opis, ktorá je neodvolateľná a ktorou sa konštituuje definitívny záväzok akreditívnej banky honorovať súladnú prezentáciu.“

V § 682 **Obchodného zákonníka z 1991** (ďalej: OZ) vymedzuje sa všeobecný pojem zmluvy o otvorení akreditívu:

(1) *Zmluvou o otvorení akreditívu sa zaväzuje banka príkazcovi, že na základe jeho žiadosti poskytne určitej osobe (oprávnenému) na účet príkazcu určité plnenie, ak oprávnený splní do určitej doby určené podmienky, a príkazca sa zaväzuje zaplatiť banke odplatu.*

(2) *Zmluva vyžaduje písomnú formu“*

Z rozboru textu ust. § 682 ods. 1. OZ možno usúdiť, že ide o všeobecný pojem akreditívnej zmluvy dvojfázovej skladby. Totiž uzatvorením tejto zmluvy banka prevzala dvojdielny, sukcesívny a podmienený organizovaný záväzok:

- *po prvé*, otvoriť akreditív,

- *po druhé*, na žiadosť príkazcu poskytnúť určitej osobe (oprávnenému) určité plnenie ak tento do určitej doby splní určené podmienky;

Z logického výkladu ust. § 682 ods.1 OZ *po prvé* možno usúdiť, že sa banka príkazcovi na základe uzatvorenej zmluvy o otvorení akreditívu zaviazala *otvoriť akreditív*. Záväzok banky v tejto fáze je nepriamo vymedzený, lebo z uvedeného zákonného pravidla jasne nevidieť jej základnú, hlavnú povinnosť zabezpečiť disponovateľnosť plnenia v prospech oprávneného, čo je prvou fázou jej povinnosti „*otvoriť akreditív*“ ako to napovedá názov tejto zmluvy.

Po druhé, z toho vyplýva, že v okamihu uzatvorenia zmluvy o otvorení akreditívu príkazca v banke má mať na účte zabezpečené krytie na toto plnenie už či z vlastných alebo požičaných peňažných prostriedkov,¹⁴ aby banka zabezpečila disponovateľnosť akreditívneho plnenia t.j. aby *otvorila akreditív*.

Splnenie záväzku banky poskytnúť určité plnenie oprávnenému je dvojako podmienené:

alebo nevýhodou pre veriteľa“ a musia byť k tomu splnené určité podmienky. Tak *Singer, E.*, op. cit., s. 120 – 122;

¹³ „*Žiadna úhrada sa nevyžaduje pre otvorenie akreditívu, resp. pre derogáciu alebo hociktoré iné zmeny jeho ustanovení.*“ Článok 5 – 105. Jednotného obchodného zákonníka USA z 1962;

¹⁴ Viac *Suchoza, J. a kolektív*, Obchodný zákonník a súvisiace predpisy, Komentár, Eurounion, Bratislava, 1997, s. 637 - 638;

- *po prvé* žiadosťou príkazcu, keď sa skôr prevzatý záväzok banky zabezpečiť disponovateľnosť akreditívneho plnenia (t. j. „otvoriť akreditív“) zmení v záväzok poskytnúť toto plnenie v určitej resp. vymedzenej podobe čo do obsahu, obnosu, subjektu, spôsobu, času, miesta a i. Vonkajším prejavom tohto záväzku v operatívnej forme je písomné oznámenie oprávnenému vo forme akreditívnej listiny, že v jeho prospech otvorila akreditív. Tým spôsobom banka urobila *adresovaný jednostranný právny úkon* voči beneficiantovi akreditívu a umožnila mu, aby ho vzal na vedomie. Bez žiadosti príkazcu tento úkon a tým aj záväzok banky voči oprávnenému nevzniknu, zostane iba jej sľub voči príkazcovi;

- *po druhé* uplatnením nároku a splnením určených podmienok oprávneným, keď sa táto povinnosť stane efektívnou (zročnou); ak tento nesplní určené podmienky v určenej dobe, tak banka prevzatú povinnosť poskytnúť akreditívne plnenie – nevykoná;¹⁵

Zdá sa, že je v OZ koncepcia zmluvy o otvorení akreditívu ako aj úverovej zmluvy čiastočne pod „skrytým“ vplyvom pravidiel zmluvy o pôžičke z § 983. *rakúskeho Všeobecného občianskeho zákonníka z 1811* založených na kompromisnej väzbe reálnosti zmluvy o pôžičke s predchádzajúcim konsenzuálnym *pactum de contrahendo*, resp. na subtilnom rozoznávaní týchto dvoch úkonov.¹⁶

V čl. 435.(1) **Obchodného zákonníka Bulharska z 1991** (ďalej: OZB) vymedzuje sa pojem a forma akreditívu takto:

„Akreditív je jednostranná písomná vyhláška banky, ktorou sa ona zaväzuje zaplatiť v akreditíve určenej osobe akreditívnu sumu, ak táto odovzdá banke v lehote v akreditíve opísané doklady a splní iné jeho podmienky. Akreditív nadobudne účinnosť oznámením osobe.“

V čl. 5 – 103. ods. 1 **Jednotného obchodného zákonníka USA z 1962** pojem akreditívu znie:

„(1) Ak z významu nevyplýva inak, v tomto Dieľi

a) „Akreditív“ alebo „úverový list“ znamená záväzok z čl. 5 – 102¹⁷, ktorý banka alebo iná osoba prevezme na žiadosť komitenta, že vystaviteľ, keď sa splnia podmienky označené v akreditíve, honoruje zmenky alebo iné platobné príkazy. Akreditív môže byť odvolateľný a neodvolateľný. Záväzok môže byť alebo vo forme

¹⁵ Vzhľadom na to, že sú pravidlá o tejto zmluve dispozitívnej právnej povahy, zmluvné strany môžu svoje vzťahy inak upraviť.

¹⁶ Podľa Buklajaša a Viznera pri zmluve o pôžičke v zmysle § 983. *rakúskeho Všeobecného občianskeho zákonníka z 1811* „...jeden ten istý majetkovoprávny vzťah vyplývajúci z jedného právneho dôvodu sa rozčlenil na dva oddelené právne úkony: ten reálny „*mutui datio*“ a konsenzuálny „*pactum de mutuo dando*“. Buklajaš, I., Vizner, B., Komentár Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Posebni dio, Ugovori, 3. knjiga, Zagreb, 1979, s. 1804; Tiež Perović, S., Obligaciono pravo, knjiga prva, VII. izdanje, Beograd, 1990, s. 628; Viacej o úverovej zmluve Vitéz, M., K některým otázkám smlouvy o úvěru, v rámci Ptašnik, A., a i., Interakce ekonomiky a práva, KEY Publishing, Ostrava, 2011, s. 95 – 102;

¹⁷ Na základe čl. 5 – 102. ods.1 UCC tento záväzok sa vzťahuje na: „a) úver, ktorý otvára banka, ak sa zaň vyžaduje tovarová zmenka alebo dokumentárny platobný príkaz; a b) na úver, ktorý otvára niekto iný ako je banka, ak sa zaň vyžaduje vedľa zmenky alebo platobného príkazu priložiť nejaký vecnoprávny cenný papier; a c) na úver, ktorý otvára banka alebo iná osoba, ak sa tento nezaraďuje medzi tie uvedené pod a) a b), ale jasne naznačuje, že je akreditív alebo je očividne tak pomenovaný.“

dohody, že sa urobí honorovanie, alebo vo forme vyhlášky, že je banka alebo iná osoba oprávnená honorovať.“

Nesporne akreditív znamená osobitný, samostatný právno - finančný celok tvoriaci súbor právnych vzťahov, v ktorých sa banka príkazcovi zaviazala, že poskytne určité plnenie beneficiantovi akreditívu ak on o to požiada, alebo ak o to požiada a splní určené podmienky.

2. Právna povaha akreditívu

Právna povaha akreditívu nie je jednoznačne objasnená v domácej a komparatívnej právnej teórii. Riešenie tejto dilemy je úzko späté s pojmovým vymedzením tohto inštitútu. Nespornou skutočnosťou je, že je akreditív dvojdielne usporiadaný: skladá sa z právneho vzťahu medzi príkazcom a akreditívnou bankou a právneho vzťahu medzi akreditívnou bankou a beneficiantom akreditívu. Táto zložitosť akreditívu sťažuje organizovanie jeho pojmu ale i objasnenie jeho právnej povahy.

V právnej teórii sa zastávajú rozdielne názory k pojmovému organizovaniu akreditívu, bez ohľadu či ide o „teoretické pojmy“ alebo interpretácie zákonných pojmov akreditívu.

Ako sme už uviedli, niektorí právni teoretikovia akreditív pojmove organizujú ako *zmluvu o akreditíve* alebo *zmluvu o otvorení akreditívu*.¹⁸

Tým spôsobom ho zúžene a neúplne určujú, lebo sa jeho zmluvná dimenzia vzťahuje len na jeho prvú, začiatočnú časť (právny vzťah medzi príkazcom a bankou), kým druhá, realizačná časť - právny vzťah medzi akreditívnou bankou a beneficiantom, o ktorom vzťahu je spor či je zmluvnej právnej povahy alebo jednostranným právnym úkonom, uvedeným pojmom nie je podchytený.

Podľa niektorých teoretikov, ktorí akreditív rozumejú širšie a do jeho pojmu začleňujú obidve jeho zložky, akreditív je *zmiešanou zmluvou*. K tejto mienke máme základnú pripomienku, ak sa zhodneme, že sa jeho druhá časť zakladá na jednostrannom právnom úkone, že akreditív nemá zmiešanú povahu, lebo sa dvostranný a jednostranný právny úkon nemôžu miešať, aby vznikol nový celok.¹⁹

Naproti uvedeným mienkam o zmluvnom pojme akreditívu, v právnej literatúre sa zastávajú názory, podľa ktorých je akreditív *úkon* alebo *právny úkon* resp. *bankový úkon (obchod)* alebo aj *zložitý právny úkon*.²⁰ V tom zmysle, sa

¹⁸ Eliáš, K. a kol., Kurs obchodného práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, C.H. Beck, Praha, 1996, s. 342 - 343;

Suchoža, J. a kolektív, op. cit., s. 637;

Taktiež Gorenc, ktorý, rozoberajúc pravidlá o akreditíve z domáceho zákona, konštatuje, že je definícia akreditívu úzka, neúplná, obmedzujúca jeho vývoj. Gorenc, V., Trgovačko pravo – ugovori, Školska knjiga, Zagreb, 2000, s. 236 - 238;

Antonijević je názoru, že bankové úkony prevažne patria medzi zmluvy hospodárskeho práva ale čiastočne aj do oblasti verejného práva. Antonijević, Z., v rámci Antonijević, Z., op. cit., s. 272;

¹⁹ Viacej o zmiešaných a zložitých zmluvách Perović, S., op. cit., s. 213 - 214;

²⁰ Đurović, R., Međunarodno privredno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1994, s. 399; Velimirović, M., op. cit., s. 33; Carić, S., Bankarski poslovi i hartije od vrednosti, Centar za privredni consalting, Novi Sad, 2000, s. 38; Vasiljević, M., Trgovinsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2006, s. 315; Šogorov zdôrazňuje, že je akreditív „zložitý“

akreditív rozumie ako *právny úkon* už či ako *jednotný* alebo *zložitý*, s tým, že tento jeho posledný znak je protiklad sám o sebe (*error in negotio*), lebo akreditív nie je ani jednotný (celostný) ani zložitý právny úkon, keď ho tvorí spojenie dvoch alebo viacerých rozdielnych právnych úkonov (dvojstranných a jednostranného).

Ako sme už uviedli v právnej teórii sú aj autori, ktorí podstatu akreditívu chápu širšie a to ako *súbor* resp. *systém právnych vzťahov*, v ktorých sa zúčastňujú príkazca, banka, resp. banky a beneficiet akreditívu.²¹ Tiež je i názor, v ktorom sa pojem akreditívu vymedzuje jednodielne a v užšom význame („z konca“ akreditívneho vzťahu) a obmedzuje iba na právny vzťah medzi akreditívnou bankou a beneficietom akreditívu.²²

V domácej a komparatívnej právnej teórii právna povaha akreditívu nie je jednoznačne objasnená. Bez ohľadu či sa akreditív vysvetľuje jednotným alebo fragmentárnym spôsobom a jeho podstata organizuje vo forme zmluvy alebo úkonu, nesporné je, že sa právne vzťahy medzi príkazcom a akreditívnou bankou, ako aj medzi akreditívnou a inou bankou resp. viacerými bankami ak sú tieto zapojené do realizácie akreditívu – zakladajú na zmluvách. Tiež je nesporné, že sú právne vzťahy medzi týmito účastníkmi, ako aj medzi bankou a beneficietom navzájom oddelené, nezávislé, samostatné a odpojené od základného právneho úkonu. Taktiež je zhoda i na tzv. zásadách dokumentárneho akreditívu.²³

Medzitým, k právnej povahe týchto vzťahov ako i k určeniu právnej povahy vzťahu medzi akreditívnou bankou a beneficietom akreditívu nie sú jednoznačné stanoviská v právnej literatúre.

Otvorenie akreditívu vyplýva z akreditívnej doložky zo základnej zmluvy, najčastejšie zo zmluvy o predaji,²⁴ ktorou sa kupujúci zaviazal, že predajnú cenu predavajúcemu zaplatí akreditívom, t.j., že v jeho prospech otvorí akreditív v určenej banke, v určenej dobe a v určenom plnení.

Na základe tejto doložky zaviazaná strana (dlžník peňažného plnenia) spĺňajúc tento svoj záväzok uzatvorí zmluvu o otvorení akreditívu s určenou bankou. Zdá sa, že je prijateľný názor, podľa ktorého táto zmluva podľa svojej právnej povahy je *mandátnou zmluvou*.²⁵

V medzinárodnom obchode sa spravidla do právnych vzťahov z akreditívu na základe osobitnej, samostatnej zmluvy s akreditívnou bankou zapojí cudzia banka (jedna alebo viacej) v krajine beneficieta akreditívu. Táto banka *tzv. korešpondentná banka* môže mať rozdielne právne postavenie.

bankový úkon“ ktorý sa skladá z viacerých oddelených právnych vzťahov. Viac Šogorov, S., Bankarsko pravo, Poslovni biro SB, Novi Sad, 2004, s. 213;

²¹ Jankovec, I., op. cit., s. 621; Chuah, J., op. cit., s. 470;

²² Goleva, P., op. cit., s. 378; Bukljaš, I., Vizner, B., op. cit., s. 2885;

²³ To sú zásada oddelenosti („odpojenosti“) dokumentárneho akreditívu od základného právneho úkonu (základnej zmluvy medzi príkazcom a beneficietom, ktorá je dôvodom na platbu prostredníctvom akreditívu), zásada vzájomnej nezávislosti, samostatnosti, oddelenosti právnych vzťahov vzniknutých medzi účastníkmi akreditívu (príkazcom, bankou resp. bankami a beneficietom), zásada podľa ktorej sa banka resp. banky zaoberajú len dokumentmi a nie tovarom (tzv. podnikanie s dokladmi a nie s tovarom);

²⁴ Tak sa táto zmluva terminologicky organizuje v čl. 454. ZZV;

²⁵ Antonijević, Z., v rámci Antonijević, Z., ..., op. cit., s. 272; Gorenc, V., op. cit., s. 238; Goleva, P., op. cit., s. 379; Vasiljević, M., op. cit., s. 319;

Môže byť v polohe tzv. *nominovanej banky (nominated bank)*, pod ktorou sa rozumie banka v krajine beneficianta, ktorá mu je *k dispozícii (available)*²⁶ a na základe zmluvy o zastúpení s akreditívnou bankou je oprávnená poskytnúť akreditívne plnenie.

Potom ako *notifikačná, avizujúca (oznamovacia) banka (advising bank)* sa rozumie banka, ktorou povinnosťou je beneficiantovi iba správne oznámiť otvorenie akreditívu v jeho prospech. Pritom môže byť oprávnená v mene a na účet akreditívnej banky urobiť aj výplatu akreditívneho plnenia keď bude *avizujúca, výplatná banka (paying bank)*. V oboch prípadoch avizujúca banka nezakladá samostatný právny vzťah s beneficiantom a sa nezaväzuje voči beneficiantovi, ale koná v mene a na účet akreditívnej banky. Prevládol názor, že zmluva medzi uvedenými bankami podľa svojej právnej povahy, v podstate je *zmluvou o zastúpení*.

Pokiaľ korešpondentná banka z príkazu akreditívnej banky potvrdí akreditív tak voči beneficiantovi preberie osobitný, samostatný záväzok poskytnúť určené plnenie z akreditívnej listiny a sa stane *potvrdzujúca, konfirmujúca banka (confirming bank)*. Pritom koná z polohy komisionára, ktorého angažovala akreditívna banka ako komitent. Beneficiant v tom prípade bude oprávnený uplatniť svoj nárok na akreditívne plnenie tak voči akreditívnej ako i konfirmujúcej banke, ktoré za splnenie tohto záväzku zodpovedajú spoločne a nerozdielne. Avšak ak svoj nárok splní voči jednej banke, záväzok druhej banky zanikne. Aj k právnemu charakteru tejto zmluvy v právnej teórii prevládla mienka, že ide o *komisionársku zmluvu* medzi akreditívnou a konfirmujúcou bankou.

Právne vzťahy medzi bankami upravujú ich zmluvy, ktoré sú navzájom nezávislé, oddelené. Fakticky mali by vyplývať jedna z druhej, posledná (pokiaľ je v polohe korešpondentnej banky iba jedna banka) zo zmluvy o otvorení akreditívu a táto z akreditívnej doložky pojataj do základného právneho úkonu.

Samozrejme, ich zodpovednosť sa posudzuje nezávisle, oddelene iba z hľadiska konkrétnej zmluvy, ktorú uzatvorili.

Primárnou funkciou akreditívu je poskytnúť beneficiantovi akreditív určité plnenie: vyplatiť určenú peňažnú čiastku, alebo honorovať, alebo negociovať zmenku alebo iný tovarový doklad.

Avšak, tento záverečný, realizačný právny vzťah medzi bankou a beneficiantom je najzaujímavejším, najzložitejším a najspornejším segmentom akreditívu, ktorý sťažuje určenie právnej povahy akreditívu. Kým sa právne vzťahy medzi bankami zakladajú na zmluvách, právny vzťah medzi akreditívnou bankou a beneficiantom vznikne keď mu banka písomne oznámi otvorenie akreditívu v jeho prospech²⁷, teda v okamihu keď beneficiant prijme toto oznámenie resp. akreditívnu listinu.

Nesporne právny vzťah medzi akreditívnou bankou a beneficiantom je úplne samostatný, oddelený od iných právnych vzťahov a „...*má abstraktnú povahu i keď*“

²⁶ Čl. 2. Jednotných zvyklostí a pravidiel pre dokumentárne akreditívy – revízia 2007: „*Nominovaná banka znamená banku u ktorej je akreditív k dispozícii alebo hociktorú banku v prípade keď je akreditív disponovateľný u hociktorej banky.*“

²⁷ Pozri § 683 ods. (3) OZ z 1991, tiež čl.1073. ods. (1) ZZV z 1978, čl. 435.(1) OZB;

je akreditív obmedzene abstraktný záväzok, t.j. vzhľadom na základný právny úkon.“²⁸

Totíž abstraktnosť záväzku akreditívnej banky nie je absolútne neobmedzená, lebo je akreditívna banka oprávnená za určitých podmienok odmietnuť honorovanie prezentovaných dokladov, pokiaľ by šlo o jasné zneužitie práva, očividne svojvôľnú a zlomyseľnú požiadavku alebo o vady akreditívneho príkazu (keby bol ovplyvnený klamom, podvodom beneficenta).²⁹

Predsa z uhla beneficenta záväzok banky poskytnuť akreditívne plnenie je absolútne abstraktný, priamy záväzok banky,³⁰ lebo beneficiant predkladajúci požadované doklady to koná „...s istotou, že ho nič neznemožní, aby prijal kúpnu cenu ba i vtedy ak sa príkazca stane insolventným.“³¹

Abstraktnosť záväzku banky poskytnuť akreditívne plnenie významne posilňuje postavenie veriteľa zo základného právneho úkonu t.j. beneficenta akreditívu. Zabezpečuje mu istotu odčerpania akreditívneho plnenia. Tiež nezávislosť, samostatnosť a abstraktnosť záväzku akreditívnej banky vylučuje jej možnosť uplatňovať námietky, nároky voči beneficentovi zo základného právneho úkonu, ktoré by mohol použiť príkazca voči beneficentovi z tohto právneho dôvodu.

Mienime, že beneficentovo právo na akreditívne plnenie vyplýva z jednostranného prejavu vôle banky, ktorý je pojatý do písomného oznámenia, resp. akreditívnej listiny.³² Banka dlhuje akreditívne plnenie a beneficiant má právo toto plnenie od nej požadovať preto „lebo je to tak zapísané v akreditívnej listine“ a nie preto, že sú účastníci určitých zmluvných vzťahov.³³ Teda, ide o abstraktný záväzok banky, avšak táto listina, i keď sa zakladá na abstraktnom záväzku akreditívnej banky, nemá náležitosti cenného papiera.

V právnej literatúre sú i mienky podľa ktorých právny vzťah medzi akreditívnou bankou a beneficentom má zmluvnú povahu predovšetkým znaky jednostrannezaväzujúcej zmluvy, pričom beneficiant svoju súhlasnú vôľu vyjadril konkludentným spôsobom - splnením požadovaných podmienok z akreditívu.

Tento názor nie je správny, lebo beneficiant nie je účastníkom tejto zmluvy pretože uplatnením svojho nároku na akreditívne plnenie voči akreditívnej banke a splnením určených podmienok neurobil *akceptovanie* jej návrhu na uzatvorenie tejto zmluvy, ak ním rozumieme oznámenie alebo akreditívnu listinu, lebo neprejavil *animus contrahendi*. Naopak, spĺňajúc uvedené podmienky prejavil svoju *animus*

²⁸ *Eisemann, F.*, Recht und Praxis des Dokumenten – Akkreditives, Heidelberg, 1963, s. 23; In: *Goldštajn, A.*, Privredno ugovorno pravo, Informator, Zagreb, 1974, s. 336;

²⁹ Porovnaj *Draškić, M.*, Akreditivi (odrednica), Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redaktori: Blagojević, B. i Krulj, V.), II., Savremena administracija, Beograd, 1980, s. 657; *Antonijević, Z.*, u okviru *Antonijević, Z. i dr.*, op. cit., s. 288 - 290;

³⁰ *Schmitthoff, C.M.*, Das neue Recht des Welthandels, in *RabelsZ* 1/1964, s. 57; *Gierke, J.*, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin, 1958, s. 506; In: *Goldštajn, A.*, Privredno ugovorno pravo, Informator, Zagreb, 1974, s. 336;

³¹ *Schmitthoff, C.M.*, The Export Trade, London, 1962, s. 224; In: *Goldštajn, A.*, Privredno ugovorno pravo, Informator, Zagreb, 1974, s. 336;

³² Podľa čl.7. ods.b. Jednotných zvyklostí a pravidiel pre dokumentárne akreditívy (revízia 2007): „Akreditívna banka má neodvolateľný záväzok honorovať od okamihu keď vydá akreditív.“

³³ *Vitéz, M.*, Bankarsko pravo..., op. cit., s. 202;

solvendi obmedzenú na splnenie podmienok (a nie záväzku) vyplývajúcich z akreditívnej listiny.

Sú aj iné mienky. Tak podľa jednej právny vzťah medzi akreditívnou bankou a beneficiantom je zmluvnej povahy lebo je on účastníkom zmluvy o otvorení akreditívu a podľa druhej mienky zmluva o otvorení akreditívu je v skutku zmluvou v prospech tretieho t.j. beneficianta.

Obidva názory sú nesprávne: keď ide o prvý názor, beneficiant nie je účastníkom zmluvy o otvorení akreditívu. Druhý názor tiež nie je správny, lebo beneficiant akreditívu svoje právo na akreditívne plnenie nezakladá na zmluve o otvorení akreditívu ale na akreditívnej listine.

Väčšinový názor v právnej teórii je, že právny vzťah medzi akreditívnou bankou a beneficiantom vznikne jednostranným prejavom vôle akreditívnej banky.³⁴

Teda, beneficiant akreditívu nadobudne právo na akreditívne plnenie keď sa s ustanoveniami oznamovacej resp. akreditívnej listiny, ktorá obsahuje prejav vôle akreditívnej banky t.j. jej záväzok poskytnúť toto plnenie – zhodne. On to urobí svojím prejavom vôle v konkludentnej podobe keď splní podmienky z akreditívnej listiny. Tým spôsobom sa začlení do právneho vzťahu s akreditívnou bankou a stane sa jej veriteľom.

Zložitosť právnych vzťahov, „šmykľavosť“ niektorých aspektov akreditívu naviedli viacerých právnych teoretikov nevysloviť sa o pojme a právnej povahe akreditívu.

Iní, zase, aby sa vyhli týmto „úskaliam“ osvetľujú akreditív fragmentárne, v užšom význame ako zmluvu medzi príkazcom a bankou, čo je nesprávny a neúplný pohľad na akreditív, lebo nezachytáva jeho záverečný segment týkajúci sa vzťahu medzi bankou a beneficiantom.

V právnej literatúre sa najčastejšie akreditív pozoruje v širšom, jednotnom a zovšeobecnenom význame ako celok (bez segmentov), pričom mienky o jeho právnej povahe znovu sú rozdielne.

Po prvé, sú to názory označujúce akreditív za zmluvu v prospech tretieho (*contractus in favorem tertii*).³⁵ Proti tomuto chápaniu základná námietka je, že táto osoba t.j. beneficiant akreditívu nenadobudne svoje oprávnenie na plnenie zo zmluvy o otvorení akreditívu, ale jeho nárok vyplýva z písomného oznámenia o otvorení akreditívu resp. akreditívnej listiny, ktoré listiny obsahujú jednostranný prejav vôle akreditívnej banky t.j. jej záväzok poskytnúť plnenie - ale nie sú cennými papiermi.

Po druhé, sú to názory označujúce akreditív za mandátnu zmluvu.³⁶

Po tretie, sú to mienky charakterizujúce akreditív ako jeden druh poukážky (asignácie).³⁷

³⁴ Vasiljević, M., op. cit., s. 321; Antonijević, Z., v rámci Antonijević, Z., ..., op. cit., s. 288; Jankovec, I., op. cit., s. 627; Vukadinović, R., Pravni odnosi iz međunarodnog dokumentarnog akreditiva, Naučna knjiga, Beograd, 1989, s. 108; Vitéz, M., Bankarsko pravo..., op. cit., s. 201 a i.;

³⁵ Gorenc, V., op. cit., s. 237; Antonijević, Z., Bankarski poslovi, (odrednica) u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, tom prvi, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978. s. 75;

³⁶ Antonijević, Z., v rámci Antonijević, Z., ..., op. cit., s. 272; Gorenc, V., op. cit., s. 238; Goleva, P., op. cit., s. 379; Vasiljević, M., op. cit., s. 319;

Po štvrté, sú to názory označujúce akreditív za zmiešanú zmluvu založenú na väzbe poukážky s mandátnou zmluvou.³⁸

Podľa našej mienky základnú matricu akreditívu tvorí atypická asignácia obsahujúca i prvky mandátnej zmluvy. Prímery mandátnej právnej povahy umožňujú účastníkom akreditívu, aby do určitej miery spravovali právne vzťahy v rámci asignácie, modelovali ich podľa svojich záujmov zmäkčujúc jej prísnu povahu a tým spôsobom profilovali morfológiu akreditívu.

Pravidlá o asignácii spolu s pravidlami o cesii majú kľúčový význam pri úprave mnohých bankových úkonov, tiež pri základných právnych konštrukciách cenných papierov.³⁹

Pojem *zmluvy o asignácii* vymedzuje sa v čl.1020. ZZV: „*Poukážkou (asignáciou) jedna osoba, poukazca (asignant) oprávňuje druhú osobu, poukázanca (asignáta), aby na jeho účet niečo splnil tretej osobe, prijímateľovi (poukazníkovi, asignatárovi) a tohto oprávňuje aby toto plnenie prijal vo svojom mene.*“⁴⁰

Medzi týmito osobami vzniknu samostatné, oddelené právne vzťahy záväzkovoprávnej povahy.

Keď ide o právne vzťahy z akreditívu, tak príkazca by mal postavenie asignanta, akreditívna banka postavenie asignáta a beneficiant akreditívu – asignatára.

I keď sa prevažne zakladá na asignácii medzi akreditívom a asignáciou sú aj rozdielnosti. Tak predmetom poukážky môže byť akékoľvek plnenie, cenné papiere alebo zastupiteľné plnenie, kým predmetom akreditívu môže byť iba peňažné plnenie, akceptovanie alebo negociovanie zmenky, pri asignácii sa vyžaduje súhlas asignáta, ktorým prijíma asignáciu, kým pri cesii stačí dlžníka (cessusa) iba upovedomiť o postúpení pohľadávky atď.

Sme názoru, že koncepcia akreditívu ako osobitného druhu poukážky prevládla aj pri formulovaní jeho pojmu v srbskom Zákone o záväzkových vzťahoch z 1978.

K záveru

Akreditív je osobitným, samostatným inštitútom bankového práva. V obchodných stykoch plní prednostne platobnú a zabezpečovaciu funkciu. Patrí medzi nové právne inštitúty utvorené autonómnym obchodným právom.

³⁷ Đurović, R., op. cit., s. 404; Jankovec, I., op. cit., s. 622; Velimirović, M., op. cit., s. 35; Eliáš, K. a kol., op. cit., s. 342; Bystrický, R., Základy mezinárodního práva soukromého, Orbis, Praha, 1958, s. 300;

³⁸ Singer, E., op. cit., s. 330;

³⁹ Bez ich poznania ťažko by sa mohli objasniť početné bankové obchody, cenné papiere. Viacj Carić, S., Upućivanje (asignacija), odrednica, Komentar Zakona o obligacionim odnosima (red. Blagojević, B., Krulj, V.), Savremena administracija, Beograd, II tom, 1980, s. 600 - 601;

⁴⁰ Z názvu tohto právneho inštitútu „*zmluva o asignácii*“ vidno, že sa jeho podstata nepresne, neúplne terminologicky pomenúva, lebo asignácia nie je jednotná zmluva, ale ju charakterizuje súbor právnych vzťahov vyplývajúcich z dvojstranných právnych úkonov (zmlúv) a jednostranného právneho úkonu. Viacj Carić, S., Upućivanje (asignacija), ...op. cit., s. 600 – 610;

V právnej teórii je nedostatočne prepracovaný zvlášť keď ide o jeho pojmové vymedzenie a určenie právnej povahy. Jedným z dôvodov toho je aj rozdielna úprava akreditívu národnými právami, čo skameňuje jeho vývoj a spôsobuje ťažkosti v jeho objasňovaní.

Preto sa nám zdá, že pre jeho afirmáciu v praxi východiskovým smerom bude odporúčanie zákonodarcovi, aby úpravu akreditívu mimo minimálneho rámca zabezpečujúceho právnu istotu – prenechal prameňom autonómneho obchodného (bankového) práva akými sú Jednotné zvyklosti a pravidlá pre dokumentárne akreditívy Medzinárodnej obchodnej komory.⁴¹

Literatúra

1. *Antonijević, Z., Petrović, M., Pavićević, B.*, Bankarsko pravo, Savremena administracija, Beograd, 1982,
2. *Antonijević, Z.*, Bankarski poslovi, (odrednica) u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, tom prvi, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978,
3. *Bystrický, R.*, Základy mezinárodního práva soukromého, Orbis, Praha, 1958,
4. *Bukljaš, I., Vizner, B.*, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Posebni dio, Ugovori, 3. i 4. knjiga, Zagreb, 1979,
5. *Carić, S.*, Bankarski poslovi i hartije od vrednosti, Centar za privredni consalting, Novi Sad, 2000,
6. *Carić, S.*, Upućivanje (asignacija), odrednica, Komentar Zakona o obligacionim odnosima (red. Blagojević, B., Krulj, V.), Savremena administracija, Beograd, II tom, 1980,
7. *Draškić, M.*, Akreditivi (odrednica), Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redaktori: Blagojević, B. i Krulj, V.), II.tom, Savremena administracija, Beograd, 1980,
8. *Đurović, R.*, Međunarodno privredno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1994,
9. *Eliáš, K. a kol.*, Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, C.H. Beck, Praha, 1996,
10. *Goldštajn, A.*, (Uvod), Postupan razvoj međunarodnog trgovačkog prava - zveštaj Generalnog sekretara OUN. Clive M. Schmitthoff, Međunarodno trgovačko pravo - njegov razvoj, formuliranje i funkcioniranje, Informator, Zagreb, 1972,
11. *Goldštajn, A.*, Privredno ugovorno pravo, Informator, Zagreb, 1974,
12. *Goleva, P.*, Trgovsko pravo, knjiga druga, Feneja, Sofija, 2002,
13. *Chuah, J.*, Law of International Trade, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 2005,
14. *Jankovec, I.*, Privredno pravo, Službeni list SRJ, Beograd, 1999,
15. *Mann, R.A., Roberts, B.S.*, Business Law, Fourteenth Edition, Smith & Roberson's, 2009,

⁴¹ Viacej o tvorbe právnych inštitútov v medzinárodnej obchodnej praxi, ktorým sa nedostalo „uznanie“ národných zákonodarcov pozri *Goldštajn, A.*, (Uvod), Postupan razvoj međunarodnog trgovačkog prava - izveštaj Generalnog sekretara OUN. Clive M. Schmitthoff, Međunarodno trgovačko pravo - njegov razvoj, formuliranje i funkcioniranje, Informator, Zagreb, 1972, s. 11;

16. *Perović, S.*, Obligaciono pravo, knjiga prva, VII. izdanje, Beograd, 1990,
17. *Singer, E.*, Právo v zahraničním obchodu, Orbis, Praha, 1966,
18. *Suchoža, J. a kolektiv*, Obchodný zákonník a súvisiace predpisy, Komentár, Eurounion, Bratislava, 1997,
19. *Šogorov, S.*, Bankarsko pravo, Poslovni biro SB, Novi Sad, 2004,
20. *Vasiljević, M.*, Trgovinsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2006,
21. *Velimirović, M.*, Bankarski poslovi i hartije od vrednosti, Sinex, Beograd, 1996,
22. *Vítěz, M.*, K některým otázkám smlouvy o úvěru, v rámci *Ptašník, A.* a i., Interakce ekonomiky a práva, KEY Publishing, Ostrava, 2011,
23. *Vítěz, M.*, Bankarsko pravo, Ekonomski fakultet u Subotici i dr., 2011,
24. *Vučković, M.*, Bankarstvo i platni promet sa inostranstvom, Beograd, 1963,
25. *Vukadinović, R.*, Pravni odnosi iz međunarodnog dokumentarnog akreditiva, Naučna knjiga, Beograd, 1989,

Kontakt

Prof.Dr. Miroslav VITÉZ,
Riadený profesor obchodného práva
Ekonomická fakulta v Subotici Univerzity v Novom Sade
Segedinski put 9 - 11
24000 Subotica
Srbsko (Vojvodina)
.....
Bytom: ul. Brezova č. 2
21470 Bácsky Petrovec
Srbsko (Vojvodina)
Tel.: 021/780-453
Mob.: 064/171 63 24
E-mail: mvit@ptt.rs

JUDr. Ing. Radka Zahradníková, PhD., LL.M.

Fakulta právnická, Západočeská univerzita

Některé změny právní úpravy civilního procesu vyplývající z rekodifikace soukromého práva v ČR

Abstrakt

Dne 1. 1. 2014 nabude účinnosti novela občanského soudního řádu, zákon č. 293/2013 Sb., která má harmonizovat právní úpravu civilního soudního řízení s novými předpisy soukromého práva, především pak s novým občanským zákoníkem. Novela spolu s novým zákonem o zvláštních řízeních soudních, zákon č. 292/2013 Sb. reaguje na komplexní rekodifikaci soukromého práva na území České republiky, která byla dokončena vyhlášením občanského zákoníku, zákona o obchodních korporacích a zákona o mezinárodním právu soukromém ve Sbírce zákonů České republiky. Novela zároveň reaguje však i na již zmíněný nový zákon o zvláštních řízeních soudních, když ruší všechna ustanovení, která bude nově upravovat zákon o zvláštních řízeních soudních. Nově tak občanský soudní řád bude upravovat pouze řízení sporná a nový zákon o zvláštních řízeních soudních řízení nesporná a jiná zvláštní řízení.

Abstract

On 1st January 2014, the amendment to the Civil Procedure Code, Act No. 293/2013 Coll. will become effective. It shall harmonize the rules of civil court proceedings with the new rules of private law, especially with the new Civil Code, Act No. 89/2012 Coll. The amendment together with the new law on special judicial proceedings, Act No. 292/2013 Coll. responds to complex re-codification of private law in the Czech Republic, which was completed by publication of the Civil Code, the Act on Business Corporations and the Private International Law in the Collection of Laws of the Czech Republic. The amendment also responds to the already mentioned new law on special judicial proceedings when deleting all the provisions which will now regulate the law on special judicial proceedings. Newly, Civil Procedure Code will only regulate contentious proceedings and the new law on special judicial proceedings will regulate the non- contentious proceedings and other special procedures.

Dne 1. 1. 2014 nabude účinnosti novela občanského soudního řádu, zákon č. 293/2013 Sb., která má harmonizovat právní úpravu civilního soudního řízení s novými předpisy soukromého práva, především pak s novým občanským zákoníkem. Novela spolu s novým zákonem o zvláštních řízeních soudních, zákon č. 292/2013 Sb. reaguje na komplexní rekodifikaci soukromého práva na území České republiky, která byla dokončena vyhlášením občanského zákoníku, zákona o obchodních korporacích a zákona o mezinárodním právu soukromém ve Sbírce zákonů České republiky. Novela zároveň reaguje však i na již zmíněný nový zákon o zvláštních řízeních soudních, když ruší všechna ustanovení, která bude nově upravovat zákon o zvláštních řízeních soudních. Nově tak občanský soudní řád bude upravovat pouze řízení sporná a nový zákon o zvláštních řízeních soudních řízení nesporná a jiná zvláštní řízení.

Změny související s přijetím zákona o zvláštních řízeních soudních

Cílem každého soudního procesu je zajistit realizaci práva, přičemž obsah toho, co má být realizováno, je určován právě právem hmotným. V rámci civilního soudního řízení lze přitom rozlišovat řízení sporné, ve kterém soud řeší reálný rozpor mezi hmotněprávními zájmy účastníků stojícími proti sobě v postavení žalobce a žalovaného, proto se hovoří se reparační funkcí sporného řízení. Naproti tomu v řízení nesporném soud zpravidla žádný rozpor mezi hmotněprávními zájmy účastníků neřeší, proto má řízení spíše preventivní funkci tím, že se právní vztahy postaví na pevný základ, a předejde se tak vzniku možných budoucích sporů. V řízení nesporném jde přednostně o to upravit postavení účastníků řízení, a které většinou sleduje nejen soukromé zájmy účastníků, ale především zájmy celospolečenské.¹ Zatímco v řízení sporném jsou zpravidla vydávána zpravidla rozhodnutí deklaratorní povahy, v řízení nesporném jsou vydávána rozhodnutí konstitutivní.² Nesporná řízení přitom nejsou homogenním celkem, nýbrž jsou spíše konglomerátem zvláštních typů řízení³ obsažených v současné době v § 175a a násl. OSŘ. Platné procesní právo přitom odlišuje sporná a nesporná řízení především z hlediska zásad civilního procesu a potažmo z hlediska toho, kdo nese odpovědnost za zjištění skutkového stavu; zda to jsou účastníci či soud (§ 120 odst. 2 OSŘ).

Věcné důvody rozdílnosti řízení sporného a nesporného vychází z právní teorie. Sporné řízení je ovládáno především zásadou dispoziční a projednací, zato nesporná a jiná zvláštní řízení jsou ovládána především zásadou oficiality a zásadou vyhledávací, což se projevuje v mnoha rozdílnostech, které se s dosavadním společenským vývojem po roce 1989 stále více prohlubují.

Dosavadní koncepce rozdílů mezi sporným a nesporným řízením lze rozdělit do několika skupin, podle toho, z jakého úhlu pohledu se rozdílům mezi sporným a nesporným řízením věnují.

První z nich je koncepce vycházející z pozitivního procesního práva. Do této skupiny patří například pojetí prof. Zoulíka, podle něhož řízení, které končí vydáním

¹ Drápal, L., Bureš, J., a kol: Občanský soudní řád I. §1 až 200za. Komentář. 1 vydání, Praha: C.H.Beck, 2009, str. 5

² blíže viz. Zoulík, F. Řízení sporné a nesporné jako druhy civilního procesu. Praha: Academia, 1969.

³ Ott, E. Řízení nesporné. Praha: Všehrd, 1905

konstitutivního rozhodnutí, je nesporné, a řízení, které je ukončeno rozhodnutím deklaratorním, je řízením sporným. Z platného procesního práva vychází i koncepce, že v nesporných řízeních má na rozdíl od sporných odpovědnost za zjištění pravého stavu věci soud, ve sporných účastníci. Oběma těmito koncepcím je společné, že soudu dávají jistou míru panství nad řízením, ale každá jiným způsobem. První koncepce umožňuje soudu nastolovat zcela nové vztahy mezi účastníky (v podstatě vytvářet hmotněprávní vztah), druhá soud opravňuje zasahovat do režimu dokazování (a tím ovlivňovat nikoli hmotněprávní, ale procesní práva a povinnosti stran řízení).

Jiný typ koncepcí vychází z hmotného práva. Někteří odborníci dospívají k závěru, že ve sporném řízení soudy řeší reálný rozpor mezi hmotněprávními zájmy účastníků, v nesporných řízeních k takové hmotněprávní neshodě během řízení nedochází.⁴

Nesporná řízení lze vymezit i pohledu zvenčí (koncepce mimoprávní). Tyto koncepce vycházejí z předpokladu, že existují společenské vztahy, které mají požívat vyšší míry ochrany než jiné vztahy mezi subjekty práva. Právní vztahy s vyšší mírou ochrany musí být chráněny i preventivně, tedy ještě předtím, než dojde k jejich porušení. Naopak právní vztahy s nižší mírou právní ochrany nemají takovou důležitost, aby jim byla poskytována předběžná ochrana. Proto subjekty, které do těchto méně podstatných vztahů zasáhnou, mohou být postiženy až následně. Procesněprávní prostředky, kterak dosáhnout předběžné ochrany privilegovaných právních vztahů jsou pro tuto koncepci v prvním plánu vedlejší. Pro určení, zda řízení má povahu spornou nebo nespornou, je zájem společnosti na úpravě či správném rozřešení projednávané věci.

Již za první republiky byla právní úprava soudního řízení sporného a nesporného oddělena. Sporné řízení upravoval zákon č. 113/1895 ř.z., o soudním řízení v občanských rozepřích právních, a nesporné řízení bylo upraveno dvěma kodexy. Jednotlivá nesporná řízení, jakož i jejich hmotněprávní aspekty, upravoval tzv. nesporný patent č. 208/1854 ř.z. a procesní stránku nesporných řízení upravoval komplexně zákon č. 100/1931 Sb., o základních ustanoveních soudního řízení nesporného.

I v některých evropských státech, se kterými nás pojí historické souvislosti v oblasti práva a právní vědy, je oddělena právní úprava sporného a nesporného řízení. Takovými státy jsou především Rakouská republika a Spolková republika Německo. Právní úprava sporného řízení v Rakouské republice je obsažena v Občanském soudním řádu (Zivilprozessordnung - ZPO) a nesporné řízení je upraveno zvláštním zákonem o nesporném řízení (Außerstreitgesetz - AußStrG). Německo přijalo v roce 2008 speciální zákon o nesporném řízení (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit), který nahradil dřívější zákon Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG). Tento speciální zákon o nesporném řízení přitom na mnoha místech odkazuje na přiměřené použití konkrétních ustanovení Občanského soudního řádu (Zivilprozessordnung).

⁴ Viz Štajgr, F., Některé teoretické otázky civilního práva procesního. ACTA UNIVERSITATIS CAROLINAE. PFUK Praha, 1969, s. 47-48.

Ze všech shora uvedených důvodů se zákonodárce odklání od původní totalitní koncepce jednotného nalézacího řízení a navrácí se k rozdělení nalézacího procesu na dva od sebe formálně oddělené typy řízení – na řízení sporné a řízení nesporné ovládané zcela jinými zásadami a směřující k jinému cíli.

I když se nový zákon o zvláštních řízeních soudních, zákon č. 292/2013 Sb. výslovně neztotožnil s žádným z výše uvedených přístupů a ponechává tak základní teoretickou otázku, jaký je rozdíl mezi sporným a tzv. nesporným řízením bez výslovné odpovědi, čemuž se nelze divit za situace, kdy u nás nepanuje jasná shoda na vymezení hranic sporného a nesporného řízení ani v teorii,⁵ vychází přitom především ze shora nastíněné první koncepce. Zvláštní řízení soudní budou ovládána především zásadou vyšetřovací (§ 20 odst. 1 a § 21 zákona o zvláštních řízeních soudních), oficiality (§ 13 zákona o zvláštních řízeních soudních), arbitrárního pořádku a úplné apelace (§ 20 odst. 2 zákona o zvláštních řízeních soudních). Navíc rozhodnutí ve statusových věcech fyzických nebo právnických osob bude mít nadále konstitutivní povahu a bude závazný pro každého (§ 27 zákona o zvláštních řízeních soudních).

Zákon o zvláštních řízeních soudních obsahuje taxativní výčet všech nesporných a jiných zvláštních řízení a úpravu jejich zvláštností oproti řízení spornému (§ 2 zákona o zvláštních řízeních soudních). Mezi řízení převzatá z občanského soudního řádu, které upravuje nový zákon o zvláštních řízeních soudních, patří řízení o svéprávnosti (dřívější řízení o způsobilosti k právním úkonům), řízení ve věcech opatrovnických, řízení o prohlášení člověka za mrtvého (dřívější řízení o prohlášení za mrtvého), řízení o určení data smrti (z dřívějšího řízení o určení data narození nebo úmrtí zákon vyděluje určení data smrti, přičemž řízení o určení data narození nezletilého dítěte upravuje v rámci řízení ve věcech péče soudu o nezletilé), řízení ve věcech vyslovení přípustnosti převzetí nebo držení v ústavu zdravotnické péče, řízení o některých otázkách týkajících se právnických osob, řízení o pozůstalosti (dosavadní dědické řízení), řízení o úschovách, řízení o umoření listin, řízení ve věcech kapitálového trhu, řízení o předběžném souhlasu s provedením šetření v jiných než obchodních prostorách ve věcech ochrany hospodářské soutěže, řízení o nahrazení souhlasu zástupce České advokátní komory k seznámení se s obsahem listin, které mohou obsahovat skutečnosti, na něž se vztahuje povinnost mlčenlivosti advokáta, řízení o plnění povinností z předběžného opatření Evropského soudu pro lidská práva, řízení ve věcech voleb do rady zaměstnanců, voleb zástupců pro oblast bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a voleb členů zvláštního vyjednávacího výboru evropské družstevní společnosti, řízení o soudním prodeji zástavy, řízení o povolení uzavřít manželství, řízení ve věcech osvojení (zákon o zvláštních řízeních soudních řízení ve věcech osvojení nově rozděluje na řízení ve věcech osvojení nezletilého a řízení o osvojení zletilého) a péče soudu o nezletilé. Novou právní úpravou dochází k tomu, že mezi ustanovení o péči soudu o nezletilé je zařazena právní úprava předběžného opatření, které je v současném občanském soudním řádu upravena ustanovením § 76a OSŘ, a rovněž právní úprava řízení o navrácení nezletilého dítěte ve věcech mezinárodních únosů dětí, která je v současnosti upravena jako zvláštní řízení v § 193a a násl. OSŘ. Nový

⁵ Svoboda, K. Nový občanský zákoník a jeho vliv na koncepční změny v civilním procesu, *Jurisprudence*, 2/2013

zákon o zvláštních řízeních soudních pak obsahuje rovněž zvláštní ustanovení o výkonu rozhodnutí ve věcech péče soudu o nezletilé a ve věcech výživného.

Mezi nová řízení, která zavádí nový zákon o zvláštních řízeních soudních patří řízení o některých podpůrných opatřeních (nový občanský zákoník zavádí instituty předběžného prohlášení, nápomoci při rozhodování a zastoupení členem domácnosti a v souvislosti s nimi předpokládá určitou ingerenci soudu), řízení o prohlášení člověka za nezvěstného (nový občanský zákoník zavádí pojem institut nezvěstnosti a prohlášení člověka za nezvěstného), řízení o přivolení k zásahu do integrity (zařazení tohoto zvláštního nesporného řízení do taxativního výčtu řízení upravených zákonem o zvláštních řízeních soudních si vyžádala úprava práva na duševní a tělesnou integritu a zásahu do integrity obsažená v novém občanském zákoníku), řízení ve věcech svěřenského fondu (toto řízení je procesní reflexí hmotněprávního institutu svěřenského fondu), řízení ve statusových věcech manželských (řízení, zda tu manželství je či není, řízení o neplatnost manželství a řízení o rozvod manželství), řízení ve statusových věcech partnerských (o určení, zda tu partnerství je či není, o neplatnost partnerství, o zrušení partnerství), řízení ve věcech ochrany proti domácímu násilí (toto řízení bude zahrnovat nejen současné předběžné opatření ve věci ochrany proti domácímu násilí upravené v § 76b OSŘ, ale i zvláštní řízení ve věcech ochrany proti domácímu násilí ve věci samé a rovněž úpravu výkonu rozhodnutí ve věcech domácího násilí), řízení o určení a popření rodičovství (v rámci tohoto řízení je upraveno určení otcovství souhlasným prohlášením rodičů upravené v současném § 73 OSŘ v rámci předběžných řízení, dále řízení o určení a popření otcovství a řízení o určení a popření mateřství) a řízení ve věcech výživného pro zletilé nezaopatřené děti (jedná se o řízení o výživě zletilého dítěte, které je považováno za nezaopatřené).

Nový zákon o zvláštních řízeních je systematicky rozvržen do pěti částí. Samotná systematika zákona vychází ze systematiky nového občanského zákoníku a tuto kopíruje. Část první upravuje obecná ustanovení zákona, která jsou všem řízením upraveným v zákoně společná. Jedná se o vymezení příslušnosti soudů, účastníků řízení, zahájení řízení, specifika průběhu řízení (subsidiárně se použije občanský soudní řád), rozhodování, užití opravných prostředků atd.

Část druhá zákona se věnuje nesporným řízením a jiným zvláštním řízením s výjimkou rodinněprávních věcí, které jsou upraveny ve třetí části zákona. Součástí této části je i rozsáhlá hlava III zcela věnovaná řízení o pozůstalosti. Dle přechodných ustanovení zákona č. 293/2013 Sb. bude platit, že řízení o dědictví upravené v zákoně č. 99/1963 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se použije na projednání dědictví v případech, kdy smrt zůstavitele nastala do 31. prosince 2013.

Část třetí návrhu zákona upravuje řízení ve věcech rodinněprávních s výjimkou řízení ve věcech manželského majetkového práva a výživného mezi zletilými osobami. Část čtvrtá návrhu zákona upravuje závěrečná ustanovení.

V souvislosti s přijatou koncepcí, kdy z občanského soudního řádu budou vyňata všechna řízení, která jsou odchylkou od sporného řízení, bylo nezbytné provést rozsáhlé změny, které reflektují novou úpravu v samostatném zákoně. V první řadě se jedná o zakotvení zvláštní úpravy místní příslušnosti reagující na oddělení sporných řízení od nesporných a jiných zvláštních řízení (§ 4 zákona o zvláštních řízeních soudních). Zrušením ustanovení §175a až § 200za OSŘ, která

upravovala nesporná a jiná zvláštní řízení v občanském soudním řádu, resp. přenesením těchto řízení do nového zákona o zvláštních řízeních soudních jsou dále odstraněna všechna navazující ustanovení, která se týkají řízení v nesporných a jiných věcech. Jedná se především o možnost zahájení řízení bez návrhu (§ 81 OSŘ), dále vymezení účastníků řízení pro nesporná a jiná zvláštní řízení (tzv. druhá a třetí definice účastníků řízení) v § 94 OSŘ; nově bude občanský soudní řád obsahovat vymezení účastníků pouze pro řízení sporné, v němž jsou účastníky žalobce a žalovaný (tzv. první definice účastníků řízení). Zrušeno bude rovněž ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ zakotvující vyšetřovací zásadu při dokazování, která je imanentní nesporným a jiným zvláštním řízením, kde je společenský zájem, aby dokazování probíhalo v intencích této zásady. Veškerá ustanovení upravující rodinněprávní oblast v OSŘ budou zrušena s výjimkou řízení ve věcech manželského majetkového práva a výživného mezi zletilými osobami, která budou i nadále probíhat podle pravidel soudního řízení sporného. Dojde ke zrušení ustanovení upravujících výjimky pro řízení o rozvod, neplatnost manželství nebo určení, zda tu manželství je či není, anebo o zpětvzetí návrhu na zrušení, neplatnost nebo neexistenci partnerství.

Kromě řízení, která jsou jednoznačně nesporné povahy nebo řízení ve zvláštních případech, obsahuje nový zákon také řízení, která jsou považována za sporná, ale pro která platí určité výjimky z pravidel soudního řízení sporného. Jedná se například o již zmíněné řízení o rozvod manželství. Řízení o rozvod manželství přitom bude vyňato z úpravy sporného řízení upraveného napříště občanským soudním řádem a začleněno do zákona o zvláštních řízeních soudních, nicméně podle § 390 a násl. zákona o zvláštních řízeních soudních pro něj bude i nadále platit zásada projednací, tedy, že v řízení může soud provést jiné než účastníky navržené důkazy, jen je-li to třeba ke zjištění skutkového stavu a vyplývají-li z obsahu spisu, jako tomu bylo doposud (současný § 120 odst. 3 OSŘ) nebo je-li toho třeba ke zjištění zájmů nezletilých účastníků, pro něž nemůže být manželství rozvedeno, ačkoli je rozvráceno. Zásada vyšetřovací stanovená v § 20 odst. 1 a § 21 zákona o zvláštních řízeních soudních se přitom nepoužije. Totéž bude platit i v řízení o určení, zda tu manželství je či není, a o neplatnost manželství. Řízení bude možné zahájit jen na návrh jednoho z manželů nebo společným návrhem obou manželů, navrhuji-li rozvod bez zjišťování příčin rozvratu manželství. Soud bude muset vždy nařídít ústní jednání, na kterém vyslechnе účastníky (§ 389 zákona o zvláštních řízeních soudních). Rovněž bude platit, že pokud se nedostaví navrhovatel nebo oba navrhovatelé k jednání bez řádné a včasné omluvy, soud řízení zastaví (§ 391 zákona o zvláštních řízeních soudních). Toto pravidlo se však neuplatní, pokud druhý z manželů, který se k jednání dostavil, výslovně prohlásí, že na projednání věci trvá. Pro řízení ve statusových věcech partnerských (o určení, zda tu partnerství je či není, o neplatnost partnerství, o zrušení partnerství) se přiměřeně použijí ustanovení o řízení ve statusových věcech manželských (§ 399 zákona o zvláštních řízeních soudních).

Dle přechodných ustanovení zákona č. 293/2013 Sb. se pro řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se použije zákon č. 99/1963 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Dále stanoví, že dovolávají-li se právní předpisy ustanovení, která se tímto zákonem zrušují, vstupují na jejich místo jim odpovídající ustanovení zákona o zvláštních řízeních soudních (článek II bod 1 zákona č. 293/2013).

Změny související s přijetím nového občanského zákoníku

Nový občanský zákoník nepřináší jen řadu zcela konkrétních změn v hmotném právu, ale primárně s sebou nese i změnu pohledu na občanské právo jako celek. Již z úvodních ustanovení je zcela zřejmé, že dochází k naprosté změně chápání soukromého práva tak, aby toto bylo odrazem doby současné, a nikoli dob minulých. Nový občanský zákoník navazuje na tuzemské právní tradice, jak se vyvíjely do roku 1948, a stejně tak i na standard států, jejichž právní řády náležejí do oblasti kontinentální právní kultury. Dochází k obnovení občanského zákoníku jako kodexu soukromého práva, opouští se pojetí, že ze vzájemného soukromého styku osob vznikají také jejich práva a povinnosti vůči společnosti (státu), a účelem občanského zákoníku je upravit soukromá práva osob vzniklá z jejich vzájemného styku mezi sebou.

Konkrétní promítnutí nového přístupu do civilního procesního práva se nejvíce odráží v nové úpravě základních ustanovení občanského soudního řádu. Tato ustanovení nově reflektují zejména soukromoprávní pojetí úpravy hmotného práva, jsou promítnutím základních zásad a kladou větší důraz na vyjádření ochrany soukromých práv. Základní zásady hmotněprávní úpravy jsou nově promítnuty do úvodních šesti ustanovení občanského soudního řádu za účelem eliminace deficitu vyjádření základního smyslu soudního řízení v soukromoprávních věcech.⁶

Odpovídající promítnutí těchto zásad soukromého práva reflektuje novelizovaný § 1 OSŘ, který zdůrazňuje zásadu pacta sunt servanda a dále § 3 OSŘ, který zdůrazňuje princip spravedlnosti a práva. Dále novelizovaný § 3 OSŘ vyzdvihuje, že občanské soudní řízení slouží upevňování a rozvíjení i dalších zásad soukromého práva.

Požadavek nového občanského zákoníku na ohled k legitimnímu očekávání účastníka (§ 13 NOZ), že jeho právní věc bude posouzena obdobně jako jiné typově shodné a již rozhodnuté případy a že případné odlišné rozhodnutí bude náležitě odůvodněno, bylo třeba promítnout též do základních ustanovení občanského soudního řádu. I tím se projevuje princip rychlé a účinné ochrany subjektivních práv a zřetelně se formuluje požadavek na funkčnost soudní soustavy v protikladu s projevy soudní libovůle.⁷

V souvislosti s tímto ustanovením však nelze přejít otázku týkající se povahy rozhodnutí, s nímž má být další (ve smyslu pozdější) rozhodnutí v obdobné věci v souladu, tj. o jaká rozhodnutí půjde. Zda uvedené dopadá na všechna rozhodnutí všech soudů, nebo jen instančně vyšších, tj. odvolacích soudů, či dokonce zda se tímto rozhodnutím rozumí jen rozhodnutí Nejvyššího soudu. Důvodová zpráva k tomuto pouze uvádí, že „ten, kdo se dovolává ochrany svého oprávnění založeného hmotným právem, má legitimní právní důvod očekávat, že jeho právní případ bude posouzen obdobně jako jiné typově shodné a již rozhodnuté právní případy, protože

⁶ Důvodová zpráva k zákonu č. 293/2013 Sb., str. 49

⁷ V nálezu Ústavního soudu ze dne 25. listopadu 1999, sp. zn. III. ÚS 470/97 Ústavní soud vyslovil závěr, že rozhodování dle ustálené judikatury je naplněním práva na spravedlivý proces a zásady právní jistoty a její opomenutí naopak může mít za určitých podmínek rysy jurisdikční libovůle.

má právní důvod spoléhat na to, že ustanovení hmotného práva budou vyložena shodně s dosavadní uзуální rozhodovací praxí“.⁸

Legitimní očekávání v současné době stále v převážné většině případů vychází jen ze znalosti judikatury Nejvyššího soudu, jehož rozhodnutí jsou veřejnosti přístupná z internetových stránek tohoto soudu, sbírek rozhodnutí i právnických databází, což klade zvýšené nároky nejen na její kvalitu, ale především na její stabilitu. Z § 13 NOZ však nevyplývá omezení spojitosti legitimního očekávání pouze ve vztahu k rozhodnutím Nejvyššího soudu. V rozhodovací činnosti soudů první instance a odvolacích soudů lze nalézt množství zajímavých a zásadních rozhodnutí, řešících i velmi komplikované právní otázky. To, že se taková věc následně nedostane před Nejvyšší soud, může mít vedle omezení přípustnosti dovolání i zcela prozaické vysvětlení, a to, že uvedené rozhodnutí je natolik kvalitní a přesvědčivé, že jej účastníci daného řízení přijmou a respektují, aniž by se proti němu bránili opravnými prostředky.⁹ Publikace rozhodnutí vrchních, krajských a okresních soudů stále zůstává omezena na nahodilou a relativně malou aktivitu právnických časopisů soukromých internetových portálů. Velká část zajímavých rozhodnutí těchto soudů zůstává nepublikována“.¹⁰

Požadavek na poskytnutí spravedlivé, rychlé a účinné ochrany práv může být naplněn tehdy, jestliže soud podřídí vedení řízení respektu k možnému právnímu posouzení uplatněného nároku nebo obrany proti němu a jestliže účastníky, kteří k řízení aktivně a řádně přistupují, vede ke splnění jejich procesních práv a povinností a upozorňuje je na nebezpečí pro ně vyplývající z neunášení povinností odpovídajících břemen ve sporném řízení. Tím soud naplňuje požadavek předvídatelnosti svého postupu a rozhodování jako atributu efektivně vedeného procesu, neboť usměrňuje jeho zaměření na identifikaci právně významných skutečností, a to zřetelným způsobem a včas, ještě před vydáním pro účastníky nepříznivého rozhodnutí ve věci samé.¹¹ Ke splnění procesních povinností, především povinnosti tvrzení a důkazní povinnosti přitom soud vede účastníky svou poučovací povinností stanovenou v § 118a odst. 1 až 3 OSŘ.

Nepředvídatelným, resp. překvapivým je přitom dle judikatury Nejvyššího soudu takové rozhodnutí, které nebylo možno na základě zjištěného skutkového stavu věci, postupu odvolacího soudu a dosud přednesených tvrzení účastníků řízení předvídat. Předvídatelnost rozhodnutí odvolacího soudu lze docílit i tím, že odvolací soud seznámí účastníky se svým odlišným právním názorem a dá jim možnost se k tomu názoru vyjádřit. Účastník tak ví, že odvolací soud na věc nahlíží jinak, a může tomu přizpůsobit své právní a skutkové námitky“.¹²

Z hlediska předvídatelnosti soudního rozhodnutí podle § 13 NOZ vyvstává otázka, zda situací odůvodňující uplatnění § 118a odst. 2 o. s. ř. je jen ta, kdy soud

⁸ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu občanského zákoníku, Sněmovní tisk 362/0, část 1/2. Zvláštní část, k § 13.

⁹ Kriváčková, J. Vliv § 13 navrhovaného občanského zákoníku na soudní rozhodování v civilním soudním řízení, Právní fórum, 8/2011

¹⁰ KÜHN, Zdeněk, BAŇOUCH, Hynek. O publikaci a citaci judikatury aneb proč je někdy judikatura jako císařovy nové šaty. Právní rozhledy, 2005, roč. 13, č. 13, s. 486.

¹¹ Důvodová zpráva k zákonu č. 293/2013 Sb., str. 53

¹² Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. března 2010, sp. zn. 32 Cdo 1019/2009, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. října 2010, sp. zn. 30 Cdo 2750/2009.

právně posuzuje věc odlišně od účastníka (tj. např. ve smyslu aplikace jiného ustanovení hmotného práva – tj. účastník posuzuje projednávanou věc jako nárok na zaplacení nájemného, ovšem soud pro absolutní neplatnost nájemní smlouvy na věc nazírá jako na nárok vyplývající z bezdůvodného obohacení) nebo i situace, kdy tato odlišnost spočívá v odlišném právním názoru soudu oproti názoru obsaženému v rozhodnutí vydaném dříve v obdobné věci, z něžž účastník vychází. Vzhledem k zřejmé podobnosti obou situací se lze domnívat, že aplikace § 118a odst. 2 o. s. ř. je i tady možná a vhodná.

Ustanovení § 118a odst. 2 OSŘ tedy lze použít i ve vztahu k poučení o odchýlení se od stávající judikatury, nicméně to za předpokladu, že uvedeného ustanovení bude užíváno ve smyslu pouze signalizačního poučení, jehož účelem je sice umožnit účastníkům reagovat na odlišné právní posouzení věci právními námitkami, nicméně vždy v souvislosti s nutností získání dalších potřebných skutečností pro rozhodnutí ze strany účastníka řízení. Postup podle ustanovení § 118a odst. 2 OSŘ totiž přichází v úvahu jen tehdy, jestliže účastníky dosud uvedená tvrzení nedostačují k tomu, aby skutkový stav věci mohl být objasněn, a jestliže soud má proto rozhodnout podle pravidla o neunesení břemene tvrzení; postačují-li v řízení uskutečněná tvrzení pro objasnění skutkové stránky věci i při případném jiném právním názoru soudu, není třeba k poučení podle ustanovení § 118a odst. 2 OSŘ přistupovat.¹³

Novela OSŘ dále zdůrazňuje **kontradiktorní povahu** řízení, která vyžaduje, aby se povinnost postupovat ve vzájemné součinnosti nevztahovala výlučně na soud, ale vedle něj rovněž na účastníky řízení. Výsledek řízení je totiž závislý též na míře účasti subjektů soukromoprávních vztahů; tato podstata sporu není dosud v občanském soudním řádu vyjádřena a takový deficit vede k interpretačním nejasnostem. Pojistkou proti zneužití procesních pravidel je pak nový výkladový návod zabráňující hrozbě takového postupu. Nový § 6 OSŘ proto stanoví, že v řízení postupuje soud předvídatelně a v součinnosti s účastníky řízení tak, aby ochrana práv byla rychlá a účinná a aby skutečnosti, které jsou mezi účastníky sporné, byly podle míry jejich účasti spolehlivě zjištěny.

Změna související se sjednocením soukromoprávní úpravy a promítající se do procesněprávních předpisů spočívá v tom, že občanský soudní řád již napříště nebude rozlišovat „občanskoprávní, pracovní, rodinné a obchodní vztahy“, ale reflektuje koncepci jednotného rekonstruovaného soukromého práva rovněž v právní úpravě občanského soudního řízení, jehož primárním účelem je právě řešení sporů z něj vyplývajících. Nově tak bude civilní pravomoc vymezena v § 7 OSŘ tak, že soudy rozhodují v občanském soudním řízení spory a jiné právní věci vyplývající z poměrů soukromého práva, pokud je podle zákona neprojednávají a nerozhodují o nich jiné orgány.

Další podstatnou změnou reflektující zrušení duality soukromého práva, tj. paralelní úpravy občanského a obchodního práva, je změna **úpravy věcné příslušnosti**. V této souvislosti bylo nutné upravit zejména určování věcné příslušnosti soudů, která se pro jednotlivá odvětví dosud značně lišila. Napříště tak budou krajské soudy rozhodovat jako soudy prvního stupně pouze ve sporech o vzájemné vypořádání úhrady přeplatku na dávce důchodového pojištění,

¹³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. května 2006, sp. zn. 21 Cdo 1006/2005.

nemocenského pojištění, státní sociální podpory a pomoci v hmotné nouzi a ve sporech o vzájemné vypořádání regresní náhrady zaplacené v důsledku vzniku nároku na dávku nemocenského pojištění, dále ve sporech o určení nezákonnosti stávky nebo výluky, dále ve sporech týkajících se cizího státu nebo osob požívajících diplomatických imunit a výsad, jestliže tyto spory patří do pravomoci soudů České republiky, dále ve sporech o zrušení rozhodnutí rozhodce o plnění závazků z kolektivní smlouvy, dále ve věcech vyplývajících z právních poměrů, které souvisejí se zakládáním obchodních korporací, ústavů, nadací a nadačních fondů, a ve sporech mezi obchodními korporacemi, jejich společníky nebo členy, jakož i mezi společníky nebo členy navzájem, vyplývají-li z účasti na obchodní korporaci, dále ve sporech mezi obchodními korporacemi, jejich společníky nebo členy a členy jejich orgánů nebo likvidátory, jde-li o vztahy týkající se výkonu funkce členů orgánů nebo likvidace, dále ve sporech vyplývajících z práva duševního vlastnictví, dále ve sporech o ochranu práv porušených nebo ohrožených nekalým soutěžním jednáním nebo nedovoleným omezením soutěže, dále ve věcech ochrany názvu a pověsti právnické osoby, dále ve sporech z finančního zajištění a sporech týkajících se směnek, šeků a investičních nástrojů, dále ve sporech z obchodů na komoditní burze, dále ve věcech jednání shromáždění společenství vlastníků a sporů z toho vzniklých, dále ve věcech přeměn obchodních společností a družstev, včetně všech řízení o náhradě podle zvláštního právního předpisu, dále ve sporech z koupě závodu, pachtu závodu nebo jeho části a konečně ve sporech ze smluv na stavební práce, které jsou nadlimitními veřejnými zakázkami, včetně dodávek nezbytných k provedení těchto smluv.

Zákonodárce se tak navrácí ke koncepci platné do roku 1991 (do nabytí účinnosti zákon č. 519/1991 Sb.) vycházející z jednotné věcné příslušnosti, podle které k řízení v prvním stupni byly příslušné výhradně okresní soudy. Bude tak opuštěno hledisko hodnoty sporu při určování věcné příslušnosti a jednotícím dělicím kritériem bude výlučně **povaha věci**. Zúžení věcné příslušnosti krajských soudů navíc omezí možnost vzniku sporů o věcnou příslušnost, které mohou vyplývat právě z povahy projednávané věci. Krajské soudy tak budou napříště rozhodovat jako soudy prvního stupně pouze v těch případech, kdy to nezbytně vyžaduje potřeba úzké specializace pro daný druh sporů, nebo kdy se to jeví jako účelné s ohledem na rozhodování krajských soudů jako soudů rejstříkových. Na základě této legislativní změny lze očekávat přenesení podstatné části agendy krajských soudů jako soudů prvního stupně na okresní soudy.

Rekodifikace soukromého práva s sebou přinesla mimo jiné také **změnu názvosloví** (např. právní osobnost – namísto dříve používaného termínu způsobilost k právům a povinnostem, svéprávnost – namísto dřívějšího pojmu způsobilost k právním úkonům, právní jednání – namísto dřívějšího pojmu právní úkon). Toto nové názvosloví reflektuje i nová úprava občanského soudního řízení. Způsobilost být účastníkem řízení tak bude mít nově ten, kdo má právní osobnost; jinak ten, komu ji zákon přiznává (§ 19 OSŘ). Procesní způsobilosti přitom bude mít každý v rozsahu, v jakém je svéprávný (§ 20 OSŘ). Dále dochází ke změně pojmu právní úkon na právní jednání (§ 41 odst. 3 OSŘ). Dále dochází k nahrazení pojmu „místo podnikání“ pojmem „sídlo“ a pojem „podnik“ pojmem „obchodní závod“, který představuje organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle

slouží k provozování jeho činnosti. Konečně pojem nemovitost bude dle hmotněprávní úpravy nahrazen pojmem nemovitá věc.

Další změna procesněprávních předpisů souvisí s tím, že nový občanský zákoník umožňuje, aby člověk v očekávání vlastní nezpůsobilosti právně jednat mohl učinit tzv. **předběžné prohlášení**, kterým může určit, aby se určitá osoba stala jeho opatrovníkem (viz §38 NOZ). Jestliže tak již člověk projevil vůli takovým způsobem, že určitá osoba má být jmenována jeho (hmotněprávním) opatrovníkem v případě, stane-li se nezpůsobilým právně jednat, jeví se jako vhodné, aby soud vycházel primárně z takto projevené vůle i v případě rozhodování o jmenování opatrovníka pro řízení.

Další změnou související s přijetím nového občanského zákoníku, který bude umožňovat soudu zasahovat do právních vztahů v mnoha dalších případech, je vypuštění demonstrativního **výčtu druhů žalob**, kdy výčet druhů žalob v současném § 80 OSŘ již dnes není dostatečný a v souvislosti s přijetím nového občanského zákoníku by musel být ještě dále rozšířen o další druhy. Došlo by tak však pouze k rozšíření demonstrativního výčtu, které postrádá smysl. Z tohoto důvodu bude napříště upraven v tomto ustanovení pouze ten druh žaloby, který vyžaduje rovněž určitou odchylku od ostatních žalobních druhů a to konkrétně u určovací žaloby. Stanoví se, že žaloba na určení, zda tu právní vztah nebo právo je či není, je přípustná pouze tehdy, je-li na tom naléhavý právní zájem. Určovací žaloba totiž představuje subsidiární prostředek ochrany sporného právního vztahu nebo práva.

Dalším z institutů, které přináší nový občanský zákoník, a který bylo třeba promítnout do úpravy občanského soudního řízení, představuje institut **podpůrce**. Podpůrce je osoba, která má člověku, kterému v tom duševní porucha působí obtíže, poskytovat nápomoc při rozhodování, a to bez ohledu na to, jestli tato osoba je či není omezena ve svéprávnosti. Proto, aby poskytování podpory mohlo být efektivní, zakotvuje se v civilním procesu právo této osoby na konzultaci s podpůrcem během soudního jednání. Tím však není dotčena možnost soudu rozhodnout, že fyzická osoba, která není plně svéprávná, musí být v řízení zastoupena svým zákonným zástupcem. Jelikož podpůrců může být více a mohlo by tak docházet k nepřiměřenému prodlužování jednání a v konečném důsledku celého řízení, je stanoveno, že má-li účastník řízení podpůrců více, musí si zvolit pouze pro možnost konzultace jen jednu z nich (§ 116a OSŘ). Vzhledem k tomu, že podle § 47 odst. 2 NOZ může podpůrce namítat neplatnost právního jednání učiněného podporovaným, je stanoveno, že v případě, že podpůrce namítne neplatnost právního jednání učiněného podporovaným účastníkem v průběhu řízení, má soud povinnost k této námitce přihlídnout.

Konečně jednou z posledních změn je úprava zvláštního řízení o **žalobě z rušené držby** navazující na ochranu držby podle nového občanského zákoníku. Nový civilní kodex výslovně poskytuje právo domáhat se soudní ochrany držby nejen vlastníku, ale výslovně i držiteli věci (§ 1003 a násl., § 1043 násl. NOZ). Žaloba z rušené držby je žalobou, která směřuje pouze k ochraně posledního stavu držby a k jeho navrácení. Nejde tedy o žalobu o právu, jíž by se žalobce domáhal petitorní ochrany, nýbrž o žalobu o faktickém stavu, jíž se žalobce domáhá possessorní ochrany. V důsledku toho může být žalobci possessorní ochrana poskytnuta i tam, kde je zjevné, že mu žádné subjektivní právo nepřísluší a že tedy

např. držbu vlastnického práva vykonává jako nevlastník. Soud proto také není oprávněn zkoumat právní otázky, nýbrž omezí se jen na zjištění skutkového stavu.

Doposud je poskytována tato předběžná ochrana práva dle § 5 OZ a to u příslušného orgánu státní správy. Takové řízení je přitom zařazováno do tzv. předběžných řízení a zajišťovacích řízení v rámci civilního procesu, neboť tato ochrana je v řadě států poskytována soudy v rámci civilního procesu. I náš civilní řád soudní, zákon č. 113/1895 ř. z., obsahoval úpravu zvláštního řízení o žalobách z rušené držby.

Smyslem zvláštních ustanovení o žalobách z rušené držby je snaha o urychlené vyřízení věci, a zároveň o vyřízení prozatímní. Proto bude muset soud rozhodnout o žalobě do 15 dnů od zahájení řízení (§177 odst. 1 OSŘ). Při projednání věci se soud omezí jen na zjištění existence poslední držby a jejího svémocného rušení (§ 178 OSŘ). K rozhodnutí o žalobě z rušené držby nebude soud muset nařizovat ústní jednání. Pokud ho již nařídí, nebude mít možnost ho odročit podle § 156 odst. 2 OSŘ k vyhlášení rozhodnutí.

Usnesení ve sporu z rušené držby přitom nepředstavuje překážku věci pravomocně rozhodnuté (*rei iudicatae*) ve vztahu k pozdější petitorní žalobě (např. žalobě na vydání věci). Žalovaný, kterému bylo pravomocným rozhodnutím uloženo zdržet se zásahů do držby, resp. uvést žalobce zpět do držby, kterou mu předtím odňal, se může posléze domáhat po původním žalobci vydání věci z titulu žaloby na vydání věci. V tomto druhém (petitorním) řízení již bude otázka držby irelevantní. Žalobce bude muset prokázat své vlastnické právo a to, že věc mu je žalovaným bez právního důvodu zadržována.

Vzhledem k základnímu principu řízení o ochraně držby, jímž je rychlost poskytnutí ochrany, je výslovně vyloučeno zkoumat v řízení otázky újmy vzniklé rušením držby a rozhodovat o povinnosti k její případné náhradě (§ 179 OSŘ). Z § 1008 NOZ vyplývá, že žaloba musí být podána v hmotněprávní propadné (prekluzivní) lhůtě šesti týdnů, počítané od ode dne, kdy se žalobce dozvěděl o svém právu i o osobě, která držbu ohrožuje nebo ruší, nejdéle však do jednoho roku ode dne, kdy žalobce mohl své právo uplatnit poprvé.

Z nové úpravy provizorní ochrany držby není však zcela zřejmé, jaký je vztah mezi usnesením na ochranu držby a institutem předběžného opatření podle § 74 a násl. OSŘ. Institut předběžných opatření má výhodu v tom, že pokud soud předběžnému opatření vyhověl, zároveň musí žalobci uložit, aby v přiměřené lhůtě podal návrh na zahájení řízení ve věci samé (§ 76 odst. 3 OSŘ), jinak předběžné opatření *ex lege* zanikne [§ 77 odst. 1 písm. a) OSŘ]. Nový koncept provizorní ochrany držby žalobce nenutí zahájit meritorní řízení a tím rezignuje na princip, podle něhož soudy mají poskytovat ochranu jen takovému hmotnému právu, které během řízení vyšlo nepochybně najevo (§ 1 až § 6 OSŘ).¹⁴

Protože řízení o žalobách z rušené držby (§ 176 a násl. nového OSŘ) není procesem vedoucím k vydání rozhodnutí, které je předběžným opatřením, nelze na ně subsidiárně aplikovat ustanovení upravující obecná předběžná opatření (§ 74 a násl. OSŘ). Systematicky je totiž umístěno do tzv. zvláštních typů řízení a z tohoto zařazení je zřejmé, že se formálně (nikoliv však reálně) má jednat o meritorní, nikoliv prozatímní řízení. Jinak by ustanovení o ochraně držby bylo zařazeno do části

¹⁴ Svoboda, Karel. Žaloby na ochranu držby, Bulletin advokacie, 6/2013

druhé OSŘ. Zmíněný závěr lze podpořit i faktem, že zákon účinnost usnesení o ochraně držby nelimituje včasným zahájením meritorního řízení, které se zabývá spornou držbou v celém jejím komplexu. Tato spojitost s již probíhajícím nebo budoucím meritorním řízením, které musí být bezodkladně po vydání předběžného opatření zahájeno, je přitom nejzákladnějším znakem předběžného opatření (§ 76 odst. 3, §102 OSŘ).¹⁵

V této souvislosti bude nutné po nabytí účinnosti zákona 293/2013 Sb. vyřešit, zda bude při existenci provizorní žaloby z rušené držby možné podat návrh na vydání předběžného opatření téhož petitu, které by chránilo rušenou držbu až do doby rozhodnutí o definitivní žalobě na ochranu držby podané na základě § 1040 nebo § 1043 NOZ. Soudní praxe totiž v minulosti uzavřela, že předběžného opatření lze využít jen tehdy, když jeho navrhovatel nemá k dispozici jiný účinný procesní nástroj, který by mu umožnil dosáhnout téhož výsledku (princip subsidiarity předběžného opatření).¹⁶ Lze dospět k závěru, že by předběžné opatření nemělo být zapovězeno s odkazem na fakt, že vlastník může o urychlenou ochranu držby požádat v jiném typu řízení (§ 176 a násl. nového OSŘ), které procesní úprava pokládá za nezávislé (a formálně meritorní) řízení.

Někteří odborníci se proto domnívají, že prozatímní ochranu pokojné držbě, která byla narušena, i v právních poměrech do 31.12.2013 dostatečně zabezpečuje institut předběžného opatření (§ 74 a násl. OSŘ). Proto nebyl důvod zřizovat nový a obtížně zařaditelný institut, u kterého není zřetelné, do jaké míry se řídí obecnými ustanoveními OSŘ týkajícími se nalézacího řízení, případně ustanoveními upravujícími charakterově velmi podobné řízení o předběžném opatření. Zákonodárce se přitom měl a mohl poučit z obtíží, které obdobné hybridní instituty (např. soupis movitých věcí soudním vykonavatelem podle § 672 odst. 2 OZ¹⁷ nebo řízení o přiznání výživného a nákladů neprovdané matky podle § 95 odst. 1, 2 zákona o rodině¹⁸) v judikatuře vyvolaly.¹⁹

Lze však již nyní uzavřít, že řízení o žalobě z rušené držby je zvláštním postupem soudu, který je podobný řízení o předběžném opatření v tom, že se jedná o provizorní úpravu poměrů, že žalobce bude muset prokázat, že jde o svémocné rušení držby (shodně jako u nutnosti prokázat potřebu zatímně upravit poměry účastníků), že se jedná o naléhavou potřebu poskytnout ochranu rušené držbě, dále že soud bude muset rozhodnout v určitém krátkém časovém limitu (15 dní) a že soud bude rozhodovat usnesením a to i bez nařízení ústního jednání. U obou institutů však existují odlišnosti, např. v případě předběžného opatření je zpravidla nutné složit jistotu pro případné krytí škody, která by nařízeným předběžným opatřením mohla vzniknout, kdy v řízení o žalobě z rušené držby nelze zároveň rozhodnout o náhradě újmy vzniklé rušením držby

¹⁵ Svoboda, Karel. Žaloby na ochranu držby, Bulletin advokacie, 6/2013

¹⁶ Viz usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 12.11.1998, sp. zn. 3 Cmo 166/98.

¹⁷ Usnesení Městského soudu v Praze ze dne 14.4.1998, sp. zn. 62/98 a jemu oponující usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 18.8.2011, sp. zn. 21 Co 391/2011.

¹⁸ Soudní praxe se ujednotila na tom, že rozhodnutí o výživě a o nákladech neprovdané matky není rozhodnutím ve věci samé, ale specifickým typem předběžného opatření, stanovisko občanskoprávního kolegia Nejvyššího soudu České socialistické republiky z 18.12.1986, Cpj 306/84.

¹⁹ Svoboda, Karel. Žaloby na ochranu držby, Bulletin advokacie, 6/2013

Závěr:

Dne 1. 1. 2014 nabydou účinnosti podstatné legislativní změny v civilním procesu souvisejícím jednak s novou hmotněprávní úpravou, jednak s kodexem zvláštních soudních řízení, zákon č. 292/2013 Sb. Novela, kterou dojde k této změně právní úpravy, zákon č. 293/2013 Sb. však nepřispívá k celkovému zdokonalení právní úpravy jako takové. Některé nové instituty vyvolávají výkladové nejasnosti a pochybnosti o aplikaci (např. zmíněné řízení o žalobě z rušené držby). Navíc dosavadní novely občanského soudního řádu jsou natolik četné a nepřehledné, že znesnadňují orientaci nejenom právně neznalým osobám, ale i erudovaným právníkům. Civilní proces se stává natolik složitým, že mnohdy i po poučení soudem o nutnosti splnění nějaké procesní povinnosti zůstává účastníkům řízení nejasné, jaké všechny důsledky nesplnění této povinnosti, k jejímž splnění je soud vyzval, bude mít a kromě toho vede i ke značnému formalismu civilního řízení před soudy, a to především před soudy nalézacími. To má pak v konečném důsledku vliv na vymahatelnost práv, která může být kvůli tomu zeslabena. I když kvalita interpretační a aplikační praxe jistě hraje důležitou roli, nelze zakrývat, že velkou řadu potíží vyvolává samotná právní úprava.

Z tohoto důvodu se jeví jako nejvhodnější přijmout **zcela nový občanský soudní řád**, který bude přizpůsoben současným společenským, politickým i hospodářským poměrům a bude reagovat i na rekodifikaci hmotného práva. Nicméně tato vize zůstává zatím stále v nedohlednu. Současná legislativa se ubírá směrem dosavadním, tedy částečnými novelizacemi občanského soudního řádu.²⁰

Nově vytvořený kodex by mohl odstranit množství chyb, nepřehledností a nesystematičností, které vznikaly v průběhu let novelizacemi občanského soudního řádu. Současně by tento kodex již nadále nebyl poznamenán dobou a společenskými podmínkami, ve kterých vznikl občanský soudní řád. Je nepochybné, že nový kodex by přispěl k dokončení rekodifikace soukromého práva jako celku v širším slova smyslu. Avšak je třeba si uvědomit, že takovouto změnu není možné uskálit a učinit bez široké diskuze se všemi dotčenými subjekty a orgány. Navíc v situaci, kdy soudy, právníci i účastníci právních vztahů budou muset od 1.1.2014 uzpůsobovat a do praxe uvádět novou hmotněprávní úpravu, přispěla by úplně nová úprava procesního předpisu k daleko větší nestabilitě a nepředvídatelnosti. Nicméně nezbyvá doufat, že i v budoucnu bude přijat zcela nový kodex sporného řízení a tím bude splacen porevoluční dluh novodobému demokratickému právnímu řádu.

Kontakt

radka.zahradnik@gmail.com

²⁰ O čemž svědčí i poslední novela občanského soudního řádu provedená zákonem č. 293/2013 Sb.

II. ČASŤ
PROBLEMATIKA OBCHODNÝCH KORPORÁCIÍ, VRÁTANE
EURÓPSKÝCH KONTEXTOV

Company Law in the new Hungarian Civil Code

1. Introduction

Thank you very much for invitation to the fourth international symposium. I am sure that such symposiums and conferences have very important role. It is well known that former socialist, new EU member countries can learn a lot from Western countries. Lawyers eagerly research on English, German or French legal solutions, but our knowledge about legislation process in the neighbour countries sometime is very limited. It is shame because

- i. economics and legal traditions of our countries are very much alike,
- ii. the legal problems to solve are more or less the same.

Keeping an eye on the law-making process of the neighbour countries is very important since the results may serve as a good example, a model to follow. Meanwhile knowing the mistakes of the recodification in an other country is also useful. Avoiding similar mistakes give us a chance to achieve more and more reasonable solutions.

A famous Italian law professor, Roberto Sacco said: 'A Code is not a natural fruit of the law. The Code is a product of lawyers' and politicians' activity.' In my presentation I would like to introduce the background and result of Hungarian recodification, heavily concentrating to Company Law.

2. Codification of Commercial Law and Private Law in Hungary

2.1. Commercial Law codification

Hungary already enacted a Commercial Code in 1875 prior to having a Civil Code. This Commercial Code contained rules of commercial companies. The pattern was the German Commercial Code, but Hungarian Act did not regulated so called 'silent companies'.

List of regulated types of companies became longer with the company limited, in 1930. This type of company was similar to German GmbH.

During the socialist period from rules of commercial companies regulated in Commercial Code only rules of company limited by shares existed. Territorial scope of these rules was reduced to the international relations of Hungary.

¹ Professor of Law at the Károli University Budapest

2.2. Private Law codification

The Civil Code² was adopted in 1959 and has been in force since 1 May 1960. The adoption of the Civil Code was the result of a long evolution.³ The preparation of the Civil Code started in 1953, in a regime, which was based on the idea of the abolishment of private ownership. Instead of companies state owned enterprises became main actors of the economy. The Civil Code did not contain provisions on company law.

The Code intended to create a sophisticated regulation; it was not, however, to provide detailed, casuistic regulation, but merely to provide solutions for the typical cases, without using too many definitions and explanations. This regulatory technique is one of the main reasons why the code has managed to survive for more than 50 years, which also included the transformation from a centrally planned socialist economy to a multiparty democracy with market economy in 1989-1990.

The Parliament adopted the new Civil Code in February 2013.⁴ The new Hungarian Code will repeal Act IV of 1959, the Civil Code in force. The new Civil Code will be applied from 15th of March 2014.

2.3. Socialist forms of 'companies'

During the 60's more and more place were opened for the new types of 'companies'. These types were regulated outside of the Civil Code except a very short period in 1977-78. Not only names of 'companies' were different from the former commercial companies, but the establishing process also. Existence of a 'company' were depended from the political will.

2.4. Regulation of companies

The Hungarian Parliament adopted an Act on Companies in 1988. This Act regulated real companies. The establishing process was regulated normatively. The decision was made by courts (not ministries).

2.5. Reasons for creating a new Civil Code

The reason for adopting a new Civil Code is that the current Civil Code has been amended more than 150 times.

The new Code shall meet three requirements:

- i. it shall cover the most important parts of civil law,

² Act IV of 1959

³ The Austrian Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB) – with minor exceptions – was to be applied in Hungary between 1852-1861. A lot of drafts of a civil code were prepared (the first comprehensive draft of a civil code was published in 1900. this draft was later revised and presented to the Parliament in 1913. A new text was prepared and presented as a bill to the Parliament (Private Law Bill) in 1928, however this had never been adopted. In spite of this, the bill was widely applied and referred to by the courts.

⁴ Act V of 2013.

- ii. it shall give answers to newly emerged economic needs⁵, and finally,
- iii. it shall solve existing dogmatic problems.

Two of the above mentioned requirements are connected to the Company Law:

- i. In line with the first principle the new text broadens the scope of the Code by incorporating e.g. Company Law⁶.
- ii. In accordance with the third principle, the new Act creates common rules for all obligations, and common rules for all legal persons.

2.6. *Monist approach*

Besides the question whether the new Civil Code should cover business-to-consumer relationships, a decision was required whether the Code should also deal with business-to-business, i.e. commercial transactions. Missing a Commercial Code, with the adoption of the Civil Code in 1959 the dualist approach ceased to exist in Hungary. Civil law legislation in Hungary has followed a monist approach ever since, which will not be changed by the recodification either. The Conception made by the Codification Committee stated that the new Code shall be formulated in a way that fits professionals and non-professionals alike.⁷ The Codification Committee examined the foreign examples, and came to the conclusion that the distinction between classical private law and *lex mercatoria* leads to more problems than it solves. It causes parallel regimes and thus leads to difficult cases of distinction.

The monist or dualist approach – in my opinion – was a question only for the Law of Contract. There was no parallel regulation at the territory of companies in Hungary, so there were no legal problems whether rules of Civil Code or rules of Company Act must be used. In spite of this the monist approach was frequently used arguing against creating a new Commercial Code. This arguing helped the Codification Committee to create a wide-scope draft containing even the companies.

3. The scope of the Code

If one compares the current Code with the former Hungarian Civil Code, or with other civil codes on the Continent, one finds that scope of the new Code is surprisingly wide. There are rules on Family Law and – more importantly for the topic of this presentation – Company Law.

The Conception stated that the intention of the drafters was to extend the scope of the new Civil Code. The goal and purpose of all codification is that a code makes the application of the rules easier as it – by regulating homogenous norms in terminological consistency – leads to shorter rules. The guideline for such extension was the following. ‘Codifying rules in one code are preferable and practicable as long as these rules are methodologically consistent and the systematisation brings

⁵ The draft significantly modernises civil law: fundamentally amends the law of secured transactions.

⁶ Beside Company Law, the new Code incorporates Family Law, the law of negotiable instruments; however the Code does not contain rules on labour law and intellectual property law.

⁷ Conception, p. 22

with it the advantages of codification: i.e. systematic rationality, economic and coherent structure of law, certainty of terminology and clear results’.

4. The structure of the Code

The structure of the new Code is different from the current Code. Following the Dutch model the Code consists of books. After lengthy discussions the Code will be divided into eight books.

Book I (‘Introductory provisions’) contains the principles of Civil Law, i.e. principles that are equally applicable to the law of persons, family law, property law, contract law and the law of succession (e.g. the principle of good faith and fair dealing). This leads to the reduction in the number of general principles.⁸

Book II provides the rules on natural persons and the personality rights.

Book III provides for the rules on legal persons.⁹

Book IV deals with Family Law.¹⁰

Book V regulates Property Law.¹¹

Book VI contains law of obligation.¹²

Book VII deals with the law of succession.

Book VIII is the closing remarks.¹³

5. Company Law

5.1. Company Law in the Civil Code

Regulation of the Company Law was one of the most debated issues of the drafting process.

Dogmatically company law could have been incorporated into the Civil Code (as it had been done in Switzerland and the Netherlands), but a lot of lawyers were against company law regulation by the Civil Code. Incorporation was a heavily discussed topic, because of minimum two reasons. Some lawyers argued that company law included many elements of public law (especially the provisions on company limited by shares). Rules of a Civil Code must be stabile, but company law regulation has to be flexible, enough. Former company acts were modified or renewed in every 6-8 year after political changes. During the recodification process the Parliament

⁸ The principle of co-operation is not stated here, but in Book VI as a principle of the law of obligations.

⁹ F.e. foundation and association.

¹⁰ Five parts of the Book IV: basic principles (Part I), marriage (Part II), partnership (Part III), kinship (Part IV) and tutelage (Part V)

¹¹ Part I regulates possession, Part II ownership, Part III limited real rights, and Part IV contains the rules pertaining to land registry.

¹² Book VI consists of six parts: general rules of obligations (Part I), general part of contracts (Part II), specific contracts (Part III), tort liability (Part IV), rules on negotiable instruments, commercial papers (Part V) and, finally, other obligations (f. e. unjust enrichment) (Part VI).

¹³ The short last part of the Code divided into two parts: first part contains definitions and the second one regulates when and how the regulations of the Code enters into force.

promulgated a new Companies Act in January 2006. The Parliament also adopted a new act on Company Register and significantly amended Insolvency Act.

5.2. *Common rules of legal persons*

The new Code intends to systematise and generalise the provisions applicable to legal entities.

The Third Book contains a Chapter on the common rules of legal persons. This could help to create a common background for all types of legal entities. May I state that Company Law served as a pattern for general provisions of entities. This method has advantages and disadvantages. Rules belong to Company Law are divided. Practical lawyers have to look for three different places in the new Code: common rules of legal persons, general provisions of companies and norms of a certain kind of a company. Do not forget that some Acts, other than Civil Code also regulate companies.

5.3. *'Fracture' inside the civil law*

While rules of Company Law in the Civil Code get closer to other norms of the Civil Code, they get far from those rules with which they need to keep the real contact.

- i. Such rules can be found in the Company Registration Act, which beyond the procedural rules contains some material rules also. An example of this is the so called 'name reservation'. This is a possibility, that during the establishing process of the company but before the insertion all of the documents the lawyer can ask that the court reserve the chosen name of the company for the applicant.
- ii. Another example is the Insolvency Act. According to the new Civil Code the director of a legal person must act in favour of the legal person¹⁴. Similar requirement is used in the case of the companies, where directors have to act primarily on the base of the company's interest.¹⁵ In the case of a group of companies¹⁶ directors of member companies have to follow the whole groups' interest.¹⁷ The creditor's interest even does not mentioned in the Civil Code as an interest which must be kept in mind by directors, while in the case of the danger of company's illiquidity directors have to take care of the creditors' interest on the base of the Insolvency Act.
- iii. According to the public company limited by shares it can be dangerous, if the standards of the Civil Code henceforth get far from the rules of the stock exchange and from the rules of take over.

The recodification – because of the shortness of the time – does not attend enough attention to the rules of Company Law outside of the Civil Code. In the near future the most important task is to change this mentality. The legislator does not regard equally important rules in the Civil Code one hand with the rules of Company

¹⁴ 3:18. § (2) section

¹⁵ 3:96. § (2) section

¹⁶ In new Civil Code 'group of enterprises'

¹⁷ 3:367. § (4) section

Law outside of the Civil Code in other hand. In most cases the real legal requirement is that the rules outside of the Civil Code have to follow the Code. The recodification procedure – in my view – needs a second phase. In this second phase would be useful to make a consistent investigation of the given legal field, the elimination of the conflicts between the new Civil Code and rules of Company Law outside of the Civil Code. There are important legal instruments even in the separated Acts too (for example the above mentioned ‘name reservation’ and the priority of the creditor interest) –which must be preserved. The contradiction of the Company Law rules outside of the new Civil Code and in the Civil Code have to be stated and solved. This work probably needs in the near future to survey the rules of the Civil Code – and if it is necessary – modify some of them.

5.4. The aspect of the regulation

The new rules intend to create a flexible regime; most of the rules apply only if the members of a given legal entity do not otherwise agree. These rules serve, therefore, as models, which create a fair and balanced regime. This regime applies unless other laws or the bylaws of the legal entities not provide otherwise.

Company Law norms in the Civil Code as main rule are dispositive.¹⁸ Norms of the existing Company Act as main rule are binding. 15 of March of 2014 the relationship of the binding and dispositive standards will change, the binding rules count as exceptions in the Company law rules.¹⁹ The main rule-exception reversal is an acceptable solution for me. It is objectionable, that it is not always unambiguous that from a given rule the deed of association can differ or not.

5.5. The legal personality of companies

In the new Civil Code all type of companies counts as legal person. The previous non legal person companies – partnership and limited partnership – got legal person status, too. On the practical level this change does not have any bigger effects, because partnership and limited partnership exercised the same right as the legal person.

5.6. The changes of some standards’ content

- i. Rejection of the accepted standards of 1997 and after it and return to the previous standards can be mentioned as an individual group inside the changes. As an example I can mention the restoration of the former level of the minimum capital of a GmbH (company ltd.) to the minimum 3 million HUF (10.000 euro) level.
- ii. The main aim of the new rules is addition of the previous legal institutions and the identification of the standards, for example: the possibility of the decision-making without the real meeting of

¹⁸ 3:4. § (2) section

¹⁹ 3:4. § (3) section

- shareholders according to every case, where the old law mentioned only the summoning of the general meeting.
- iii. It appears as a tendency, that the rules of the GmbH (company ltd.) are counts as models. The new rules of the private company by shares are measurably, the rules of partnership and limited partnership are only in a manner converge to the rules of the GmbH (company ltd.).

6. Conclusion

The Hungarian legislation on Private Law – comparing with other Visegrad countries' legislation – has unique character.

- i. There is not any Commercial or Business Code. On the base of monist approach the Civil Code regulates even commercial contracts.
- ii. The scope of Civil Code is extremely wide (Family Law is part of the text – which is acceptable – and Company Law belongs to the Code).
- iii. Text of Civil Code creates general parts, such as general rules on legal persons (and general rules on obligations).

The famous writer Coelho said 'one chooses a certain way from more ones the other ways are gone'. The monist approach had chosen by the Hungarian legislator, so the adoption of a Commercial Code or a Business Act is no more a real option in Hungary.

As far as the wide scope of the Hungarian Civil Code is concerned I am a bit sceptical about the future of the Hungarian Company Law. Business keeps changing in the economy which should be followed by the Company Law immediately. Even the best piece of legislation will become old fashioned and less flexible in short term. I am not so optimistic about the future modifications of the new Civil Code. A pessimistic scenario is that in 15 years Code regulation will be still the same as today, which means business life will choose European company forms, or will establish companies outside Hungary choosing more flexible regulations.

As far as the third question is concerned I am favour the generalisation of rules. This method of legislation shows similarities of legal institutions, and able to avoid repetition of the text. But at the same time legal practice shall face more difficulties solving cases using rules of different levels in the Code, f.e. rules of a special kind of a company (open or close company limited by shares), rules of a company, general rules of companies and general rules of legal persons. Easy to forget some level of regulation especially if it is a brand new level (f.e. general rules of legal persons).

Recodification is an extremely huge task. The new Hungarian Civil Code opens a new period in developing of Hungarian Civil and Commercial Law, but this step won't be the last. So we lawyers have the possibility to exchange information about how our new codes are working in the practice, and learn from each other.

Thank you for your attention.

Contact

MISKOLCZI_BODNAR.Peter@gvh.hu

Policajný zbor Slovenskej republiky, Obvodné oddelenie Veľký Blh
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta
Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva – externý doktorand

Kolízia záujmov agenta a principála ako všeobecný dôvod pre vylúčenie účinkov zastúpenia

Abstrakt

Ústredným motívom príspevku je otázka kolízie záujmov agenta a principála pri výkone zastupiteľského oprávnenia agenta ako všeobecného dôvodu pre vylúčenie účinkov zastúpenia. Autor sa pokúša zadefinovať priestor, v ktorom uvedená kolízia v záujmoch nastáva, pričom svoje závery opiera o rozhodovaciu prax a o poznatky právnej teórie. Následne sa autor zaoberá otázkou, či a v akom rozsahu kolízia záujmov diskvalifikuje člena štatutárneho orgánu z možnosti konať menom obchodnej spoločnosti. Súčasne sa pokúša k rozoberanej problematike prezentovať námety de lege ferenda vo vzťahu k prípadnej zmene koncepcie priameho konania štatutárnym orgánom na nepriame konanie vo forme zastúpenia.

1. Úvod

Zastúpenie predstavuje všeobecný inštitút, ktorý nachádza uplatnenie vo viacerých sférach práva. **Zastúpenie tak ako každý iný právny inštitút je v skutočnosti súborom súvzťažných pravidiel.**¹ Zastúpenie predstavuje algoritmus dielčích pravidiel, ktoré zastúpeniu dávajú obsah. Zastúpenie ako také v objektívnej realite neexistuje, jeho existencia stojí a padá na jeho uznaní právnou normou, ktorá jeho existenciu resp. jeho účinky musí pripustiť. Právna norma, ako abstraktné pravidlo, ktoré je výplodom ľudského ducha (mysle), má práve vďaka tomuto svojmu pôvodu oproti norme (zákonitosti) prírody jednu veľkú výhodu. Tou je možnosť opustiť relatívne úzke mantinely fyzického (hmotne existujúceho) sveta a vkročiť do vlastného sveta abstraktného, nehmatateľného, virtuálneho, čisto formálneho, determinovaného len normami všeobecnej výrokovkej logiky a ich súsledností. Práve v takom svete je možné, aby sa právo so svojimi pravidlami obrátilo k niečomu, čo hmotne, vo vonkajšom svete, neexistuje.² Obsahovo zastúpenie ako inštitút predstavuje prevodný mechanizmus medzi konaním subjektu

¹ Pelikán, R. Právní subjektivita. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 188 s., str. 41.

² Frinta, O. Právnické osoby. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008, str. 67.

práva a pričítaním následkov tohto konania inému subjektu práva. **Zastúpenie svojou právnou konštrukciou umožňuje oddelenie právneho konania subjektu práva a jeho následku – umožňuje teda pričítanie účinkov konania pre subjekt práva odlišný od konajúceho subjektu.** Zastúpenie predstavuje dynamiku právnych vzťahov, pretože ich vznik, zmenu či zánik sprostredkúva. **Zastúpenie je jedným z mechanizmov, prostredníctvom ktorých človek prejavuje svoju spoločenskú tým, že multiplikuje jeho schopnosť vstupovať do vzťahov (spoločenských, právnych a iných) s inými členmi spoločnosti, čím v dôsledku vzájomnej interakcie s ostatnými členmi spoločnosti uspokojuje vlastné potreby.**

2. Východiská

Problém zastúpenia alebo lepšie povedané ťažkosti, ktoré sa spájajú s inštitútom zastúpenia pramenia zo skutočnosti, že pri zastúpení dochádza v právnom vzťahu medzi princípálom a tretími osobami k zapojeniu iného subjektu, z čoho plynú problémy rôzneho druhu predovšetkým vo vzťahu k právam a povinnostiam zainteresovaných strán. Konceptne sa vytvárajú problémy prameniace zo zapojenia tretej strany medzi toho, kto má prospech zo splnenia záväzku a toho, kto má záväzok splniť. Namiesto priameho spojenia týchto osôb jednostranným aktom jedného z nich alebo spoločným konaním oboch, zapojenie agenta do tohto vzťahu znamená zapojenie ďalšej osoby, ktorej správanie môže mať dopad na právne postavenie osoby, na ktorej účet agent koná, ale i osoby, s ktorou agent koná. Z toho vznikajúce komplikácie požadujú zvláštne pravidlá, ktoré tieto komplikácie upravujú a vyriešia.³ Pri zastúpení jedna osoba (zástupca, agent) koná za iného (zastúpeného, princípála), ktorý síce zostáva pánom právneho úkonu, ale z rôznych dôvodov nechce či nemôže uskutočniť úkon sám priamym konaním. Zástupca uskutočňuje právny úkon, ale nie ako právny úkon vlastný, ale ako právny úkon zastúpeného.⁴ Nato, aby mohla byť realizovaná podstata zastúpenia – konanie agenta s účinkami pre princípála – však právo musí požadovať istý titul, isté oprávnenie, plynúce zo zákona alebo z právneho úkonu, pretože inak by zastúpený nebol chránený pred nekontrolovateľným konaním cudzích osôb proti svojej vôli.⁵ **Predpokladom nato, aby sa zastúpenie mohlo realizovať, teda nato, aby účinky právnych úkonov z konania zástupcu boli pripisované zastúpenému, musí právo zastúpenie (resp. jeho účinky) uznať resp. aprobovať.** Právo musí jednoznačne stanoviť podmienky, za splnenia ktorých účinky zastúpenia nastanú a teda musí vymedziť predpoklady nato, aby mohol subjekt práva svojim konaním zasahovať do právneho stavu iného subjektu práva. Právna úprava stanoví celý rad pozitívnych predpokladov pre účinné zastupovanie (spôsobilosť princípála, spôsobilosť agenta, spôsobilosť úkonu uskutočneného v zastúpení, riadne založené zastupiteľské oprávnenie agenta a iné). Súčasne však stanoví i určité prekážky (ako pomyslené negatívne podmienky zastúpenia), ktoré účinky zastúpenia v konkrétnom prípade

³ Fridman, G. H. L. Fridman's law of agency. 7th Edition. LexisNexis, 1996, str. 4.

⁴ Tichý, L. Základní otázky smluvního zastoupení. Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva. Systém Aspi.

⁵ Tichý, L. Základní otázky smluvního zastoupení. Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva. Systém Aspi.

vylučujú. Z teoretického hľadiska možno hovoriť o **predpokladoch** či **prekážkach** pri zastúpení.

3. Rozpor záujmov agenta so záujmami principála ako prekážka pri zastúpení

Teoreticky možno prítomnosť kolízie záujmov v určitých situáciách z povahy veci predpokladať. V dôsledku účinkov zastúpenia dochádza k naplneniu starého rímskeho pravidla *Qui facit per alium facit per se*,⁶ čo sa odzrkadľuje v myšlienke, že **konanie agenta je chápané ako konanie principála**.⁷ **Agent v dôsledku zastúpenia vystupuje ako akési druhé ja (*alter ego*) principála**.⁸ Ak obe strany zastupiteľského právneho vzťahu maximalizujú svoj úžitok (či záujem), možno sa oprávnené domnievať, že agent nebude vždy konať v najlepšom záujme principála.⁹ Pri zastúpení platí, že pánom právneho úkonu zostáva principál. V prípade, že pri konaní agenta je prítomný iný než výlučný záujem principála, je jeho postavenie (ako pána právneho úkonu) ohrozené. Typickým príkladom, kedy nastáva problém dvoch pánov (tzv. sluha dvoch pánov) je **samokontrahovanie** (agent sa sám stáva zmluvnou stranou, tzv. samovstup agenta).¹⁰ Okrem samokontrahovania možno o probléme dvoch pánov hovoriť i v prípadoch kedy agent koná ako zástupca pre tretiu stranu (**súčasne zastupuje obe zmluvné strany**) alebo v prípade ak je **konanie agenta z rôznych príčin ovplyvnené záujmami tretej osoby** (s ktorou principál vstupuje do právneho vzťahu). V prípade samokontrahovania a prípadu, kedy agent zastupuje obe zmluvné strany môže agent spôsobiť právne účinky pre (a proti) principálovi prejavom vôle adresovaným sám sebe. Takéto konania sú vo všeobecnosti neprípustné, pretože osoba nie je spravidla schopná byť spravodlivá a spôsobilá riadne konať v prípade uzatvárania zmluvy za existencie protikladných záujmov viacerých osôb.¹¹

a. Rozpor záujmov agenta so záujmami principála v teoretickej rovine

Vecne právna regulácia konfliktu záujmov agenta a principála vychádza zo zásady, že jeden človek nemôže mať dvoch pánov. V situácii prítomného

⁶ Kto koná prostredníctvom druhého, koná sám. In Gregory, A. W. The law of agency and partnership. 3th Edition. St. Paul: West Group, 2001, str. 3.

⁷ Reynolds, F. M. B. Bowstead and Reynolds on agency. 18th Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006, str. 21.

⁸ Hay, P., Müller-Freienfels, W. Agency in the Conflict of Laws and The 1987 Hague Convention. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 27, no. 1/1979, str. 17.

⁹ Jensen M. C., Meckling W. H. Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure, str. 5. Dostupné na: <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>>.

¹⁰ Klunzinger, E. Einführung in das Bürgerliche Recht. 15., überarbeitete und erweiterte Auflage. München: Verlag Franz Vahlen München, 2011, str. 192.

¹¹ Tichý, L. Základní otázky smluvního zastoupení. Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva. Systém Aspi.

rozporu v záujmoch by zastúpenie nemohlo plniť svoju funkciu.¹² V prípade zastúpenia dochádza k tomu, že vôľa principála sa nahrádza vôľou (resp. jej prejavom) inej osoby – agenta. Vzniká tak nebezpečenstvo, že agent nebude využívať zastupiteľské oprávnenie k uspokojeniu záujmov principála, ale využije ho k uspokojeniu vlastných záujmov. Z tohto pohľadu právo musí principálovi pred neželanými dôsledkami konania zaujatého agenta poskytnúť určitý kontrolný mechanizmus. Nato, aby tento mechanizmus mohol fungovať, musí koncepčne existovať kritérium, podľa ktorého bude možné posúdiť, či agent využíval zastupiteľské oprávnenie v súlade s jeho účelom. Tam, kde je oprávnený zároveň vykonávateľom svojich práv, táto otázka nevzniká: je len na ňom, aby posúdil, či spôsob, akým so svojim právom naložil, mu bude k úžitku a jeho rozhodnutie v tomto smere nemá nikto právo preskúmať, hoci sa trebárs niektorého práva celkom vzdal. V prípade agenta je situácia celkom odlišná a je potrebné identifikovať účel, ktorému má výkon zverného (zastupiteľského) práva slúžiť. To je však nanajvýš zložité. **Ak je účelom subjektívnych práv zaistiť uspokojenie záujmu oprávneného, je potom potrebné určiť, čo je týmto záujmom. To však môže viesť len oprávnený, pretože týmto záujmom je v konečnom dôsledku uspokojenie vôle oprávneného.** Ak však táto vôľa chýba (napr. u zákonného zastúpenia alebo u členov orgánu zastúpenia pri koncepcii zastúpenia orgánmi spoločnosti v podobe tzv. *organschaftliche Vertretung*), nemožno ju nahradiť, možno len usudzovať, aká by táto vôľa nanajvýš bola.¹³ Pri analýze rozporu záujmov medzi agentom a principálom musí byť smerodajnou vôľa konajúceho agenta (a ňou sledovaný záujem) pomeriavaná s vôľou principála (a ňou sledovaný záujem). Vlastný záujem subjektu práva je nutnou pružinou jeho konania ako v pozitívnom, tak i v negatívnom zmysle. V pozitívnom zmysle je to práve snaha uspokojiť svoj záujem (nech je akýkoľvek), ktorá poháňa každú entitu k aktívnemu chovaniu, k aktívnemu, uvedomelému pôsobeniu na vonkajšiu realitu. Ak tu niet takého záujmu, bude pôsobenie entity na vonkajší svet celkom aleatórne, nedeterminované vnútornou príčinou, *causou finali*, a taká entita bude prostým neživým predmetom. V negatívnom zmysle je tak vlastný záujem limitom chovania subjektu, ktorý vedie subjekt k tomu, že sa určitým spôsobom nechová, aby neohrozil uspokojenie svojich záujmov.¹⁴ **Na základe vyššie uvedeného vyplýva, že jedným z kľúčových faktorov pri posudzovaní existencie rozporu v záujmoch agenta a principála, je otázka vôle principála.** Ak chápeme vôľu ako schopnosť vedomého smerovania k určitému cieľu, k naplneniu určitých záujmov, možno v teoretickej rovine uvažovať o troch alternatívach. **V prvom prípade** je subjekt práva nadaný vlastnou **slobodnou vôľou**, neutváranou z žiadnych iných vôlí. Tento prípad sa môže týkať len ľudských bytostí. **V druhom prípade** je vôľa subjektu vytváraná **z vôle iných osôb**, vplyvom rozličných mechanizmov však táto vôľa nie je vôľou žiadnej z týchto osôb a nie je ani ich súčtom. Medzi takéto mechanizmy patrí princíp väčšinového rozhodovania s meniacou sa väčšinou (kapitálové obchodné spoločnosti s rozdrobenou štruktúrou spoločníkov), princíp konsenzuálneho rozhodovania (tradične v malých obchodných spoločnostiach) alebo mechanizmus štruktúrovaného formovania vôle v subjektoch

¹² In Fekete, I. Občiansky zákonník. Veľký komentár. I. Diel § 1 - § 459. Bratislava: Eurokódex, 2011, str. 193.

¹³ Pelikán, R. Právní subjektivita. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 188 s., str. 28, 29.

¹⁴ Pelikán, R. Právní subjektivita. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 188 s., str. 58.

s viacerými orgánmi a deľbou moci medzi ne. **V treťom prípade** je vôľa subjektu celkom **nahradená vôľou náhradnou**, t. j. vôľou nejakého iného subjektu, ktorý potom svoju vôľu štiepi medzi seba samého a tento opatrovaný subjekt. Zatiaľ čo v prvom prípade je vôľa zviazaná so záujmovou sférou subjektu, je zo svojej prirodzenosti prostriedkom uspokojovania a ochrany týchto záujmov, pretože s nimi tvorí nerozlučnú jednotu, v obchodoch zvyšných prípadoch táto automatická väzba neplatí. Ak totiž bude vôľa určitého subjektu smerovať k naplneniu záujmov niekoho iného, nebude samozrejme smerovať k splneniu povinnosti tohto subjektu ani k vymoženiu jeho práva, okrem prípadov kedy by akcidentálne záujem, ktorý je takouto vôľou sledovaný, práve koincidoval so záujmom subjektu takejto povinnosti alebo práva. Najproblematickejšia situácia nastáva v prípadoch, kedy je subjekt práva vybavený náhradnou vôľou iného subjektu práva. V tomto prípade totiž autor tejto náhradnej vôle svoju vôľu len umelo štiepi medzi vlastnú záujmovú sféru a záujmovú sféru opatrovaného subjektu a s výnimkou jeho vlastného morálneho citu (a prípadných mechanizmov sociálnej kontroly) neexistuje nič, čo by mu mohlo zabrániť v preferencii vlastnej záujmovej sféry.¹⁵ Samotná skutočnosť, že v druhom a treťom prípade subjekt práva nie je nadaný vlastnou slobodou vôľou ešte neznamená, že by prípadný rozpor v záujmoch konajúceho agenta menom princípála spadajúceho do druhej či tretej skupiny bol právu indiferentný, ba naopak, právna úprava ho v určitých prípadoch *a priori* predpokladá a vytvára náhradné mechanizmy, ktorými poskytuje princípálovi ochranu. **Právo v týchto prípadoch vytvára náhradné mechanizmy majúce za cieľ prevenciu takého zneužitia vôle.** Buď sa jedná o kontrolu konania autora vôle ďalšími osobami alebo verejným orgánom (obec, súd), alebo právna úprava normuje všeobecný **zákaz konania v prípadoch stretu záujmov medzi autorom vôle a subjektom, ktorého vôľa je nahrádzovaná.**¹⁶ Právna úprava tak v teoretickej rovine dokáže princípálovi poskytnúť ochranu pred zaujatým výkonom zastupiteľského oprávnenia agenta tým, že ho *a priori* zakáže, prípadne účinky zastúpenia v týchto prípadoch nepripustí. Uvedená konštrukcia je problematická predovšetkým z hľadiska určenia podmienok či predpokladov, pri ktorých stav kolízie v záujmoch 1) nenastal, 2) nastal avšak nemal vplyv na výkon zastupiteľského oprávnenia a konečne 3) nastal, pričom mal negatívny vplyv na výkon zastupiteľského oprávnenia agenta.

b. Rozpor záujmov agenta so záujmami princípála z hľadiska platnej úpravy a rozhodovacej praxe

Platná právna úprava vo všeobecných ustanoveniach o zastúpení z možnosti zastupovať vylučuje osoby, ktorých záujmy sú v rozpore so záujmami zastúpeného. Podľa ustanovenia § 22 ods. 2 občianskeho zákonníka (zákona č. 40/1964 Zb., občiansky zákonník, v aktuálnom znení, ďalej len ObčZ), zastupovať iného nemôže ten, ktorého záujmy sú v rozpore so záujmami zastúpeného.¹⁷ Vzhľadom nato, že sa jedná o ustanovenie systematicky zaradené do všeobecných ustanovení o zastúpení,

¹⁵ Pelikán, R. Právní subjektivita. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 188 s., str. 71, 72 a 73.

¹⁶ Pelikán, R. Právní subjektivita. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 188 s., str. 73.

¹⁷ Ustanovenie § 22 ods. 2 ObčZ: *Zastupovať iného nemôže ten, kto sám nie je spôsobilý na právny úkon, o ktorý ide, ani ten, záujmy ktorého sú v rozpore so záujmami zastúpeného.*

možno dovodiť, že **uvedené pravidlo sa vzťahuje ako na zmluvné tak i na zákonné zastúpenie**. Z hľadiska konštrukcie právnej normy v ustanovení § 22 ods. 2 ObčZ možno konštatovať, že sa **jedná o ustanovenie kogentného charakteru**. Právna norma vyjadruje jeden z predpokladov spôsobilosti na zastupovanie, ktorým musí disponovať každý agent. Pri jeho nedostatku je dôsledkom konania takzvaného agenta jeho neplatnosť. Pri zákonnom zastúpení asi nebude sporu o tom, že ako agent tak i samotný princípál nebude môcť nedostatok vylučujúci zastúpenie v podobe konfliktu záujmov odstrániť či zhojiť dodatočným prehlásením napr. v tom smere, že princípál si je uvedeného stretu vedomý a že napriek jeho existencii trvá na tom (resp. si želá), aby ho zastupoval konkrétny agent (hoci s prítomnosťou kolízie záujmov). Domnievam sa, predovšetkým vzhľadom na kogentný charakter citovaného ustanovenia, ktorého účelom je poskytnutie ochrany zastúpenému pred dôsledkami konfliktov záujmov, **pričom zákon chráni zastúpeného aj proti jeho vôli**,¹⁸ **o nemožnosti vylúčenia účinkov ustanovenia § 22 ods. 2 ObčZ príslušným prejavom vôle princípála aj v prípade zmluvného zastúpenia. Zo súdnej praxe však vyplýva opačný záver**, podľa ktorého ak z plnomocenstva vyplýva, že zastúpený nestanovil zástupcovi hranice, v ktorých a ako má zástupca konať a **zastúpený súčasne deklaroval, že je uzrozumený i s konkrétnym obsahom dohody** (hoci pre princípála nevýhodnej), nie je potrebné zisťovanie, či nie je daný rozpor v záujmoch zástupcu a zastúpeného.¹⁹

Platná právna úprava tak jednoznačne stanoví následky stavu, v ktorom nastane konflikt záujmov. **Následky stavu konfliktu záujmov sú rigorózne** – porušenie zákazu konania zástupcu v rozpore so záujmami zastúpeného má za následok absolútnu neplatnosť právneho úkonu.²⁰ Podľa súdnej praxe má rozpor v záujmoch splnomocnenca a splnomocniteľa za následok neplatnosť (bezúčinnosť) udeleného plnomocenstva,²¹ čo v dôsledku znamená, že neplatnosť uvedeného úkonu nemožno zhojiť ani prípadným schválením právneho úkonu osoby konajúcej za princípála bez plnomocenstva (resp. neplatného plnomocenstva v dôsledku existujúcej kolízie záujmov) v zmysle ustanovenia § 33 ods. 2 ObčZ. **Vylúčenie zastúpenia nastáva ex lege**.²² Pri zákonnom zastúpení mechanizmus ochrany

¹⁸ Fiala, J., Kindl, M. a kol. Občanský zákoník. Komentář. I. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, s. 904, str. 146.

¹⁹ Porovnaj napr. rozhodnutie NS ČR zo dňa 16. 05. 2006, sp. zn.: 21 Cdo 2209/2005. Za situácie, keď jeden dedič navrhne na vyporiadanie dedičstva i v zastúpení druhého dediča dohodu, ktorá sa svojimi dôsledkami pre zastúpeného blíži odmietnutiu dedičstva, pričom z plnomocenstva vyplýva, že zastúpený nestanovil zástupcovi hranice, v ktorých a ako má zástupca pri uzatváraní dedičskej dohody konať a **zastúpený súčasne deklaroval, že je uzrozumený i s takou dohodou**, podľa ktorej by z dedičstva nič nenadobudol, však nie je potrebné zisťovanie, či nie je daný rozpor v záujmoch zástupcu a zastúpeného.

²⁰ Rozhodnutie NS SR zo dňa 30. 06. 2010, sp. zn.: 4 Cdo 177/2009.

²¹ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 16. 05. 2006, sp. zn.: 21 Cdo 2209/2005. Obdobne i závery teórie napr. Eliáš, K. a kol. Občanský zákoník. Velký akademický komentář. 1. svazek. § 1-487. Praha: Linde, 2008, str. 206.

²² Rozhodnutie NS ČR zo dňa 16. 05. 2006, sp. zn.: 21 Cdo 2209/2005. Rozpor v záujmoch splnomocnenca a splnomocniteľa má za následok neplatnosť (bezúčinnosť) udeleného plnomocenstva. Procesné úkony, ktoré urobil zástupca (splnomocnenec), ktorého záujmy sú v rozpore so záujmami zastúpeného účastníka, sú od začiatku neúčinné a súd na ne nesmie

zastúpeného spočíva v tom, že mu súd ustanoví osobitného zástupcu.²³ **Bližšie kritériá pre určenie momentu alebo pre stanovenie podmienok, za ktorých stav kolízie záujmov nastáva, však právna úprava nestanoví.**²⁴ V tomto smere bude v niektorých prípadoch hranica medzi 1) stavom s prítomnosťou kolízie záujmov bez negatívnych následkov na výkon zastupiteľského oprávnenia, 2) stavom s hroziacou kolíziou záujmov, stavom kde síce kolízia záujmov teoreticky vzaté nastať môže, ale v konkrétnom prípade z rôznych príčin nenastala a 3) situáciou, kedy rozpor v záujmoch skutočne nastal, pričom mal i negatívny vplyv na výkon zastupiteľského oprávnenia agenta, neostrá.

Z dôvodu stretu záujmov je už v niektorých prípadoch z povahy veci zastúpenie vylúčené.²⁵ Tak je tomu pri zmluve, v ktorej by zástupca a zastúpený boli v antagonistickom postavení ako napr. v zmluve o prevode veci (kúpa, darovanie, výmena veci za vec), v ktorej by mal prevodca zastupovať nadobúdateľa alebo naopak nadobúdateľ prevodcu, rovnako by tomu bolo aj napr. v zmluve o pôžičke. V uvedených prípadoch ide o zmluvy, v ktorých právu jedného účastníka zodpovedá povinnosť druhého účastníka.²⁶ **Z povahy uvedených zmlúv vyplýva, že jedna zmluvná strana nemôže zastupovať druhú a to práve pre rozpor v záujmoch,** ktorý nastáva v dôsledku zastávania protichodného postavenia v záväzkovom vzťahu. Obdobné sú závery súdnej praxe, podľa ktorej ak by ručiteľské prehlásenie menom ručiteľa v zastúpení prevzal samotný obligačný veriteľ, mohlo by dôjsť k stretu záujmov v zmysle ustanovenia § 22 ods. 2 ObčZ.²⁷ Ak je účelom inštitútu

prihliadať. Rozhodnutie sa síce týka zastúpenia v procesných vzťahoch, jeho závery však možno vzťahovať aj na hmotnoprávne vzťahy.

²³ V zmysle ustanovenia § 30 ObčZ.

²⁴ Zdržanlivá je v tomto smere aj judikatúra. Tá zväčša konštatuje neprípustnosť zastúpenia v dôsledku prítomného rozporu v záujmoch, avšak nepodáva ani pomocné kritériá pre identifikáciu tohto stavu. V rozhodnutí Vrchného súdu v Prahe zo dňa 17. 08. 1999, sp. zn.: 7 Cmo 821/98 súd uzavrel, že ani § 22 a nasl. ObčZ nebráni tomu, aby jediný akcionár bol pri rozhodovaní v pôsobnosti valného zhromaždenia zastúpený členom predstavenstva či dozornej rady, s výnimkou prípadov, kedy by záujmy zástupcu boli v rozpore so záujmami zastúpeného.

²⁵ Rozhodnutie ÚS ČR zo dňa 31. 03. 2005, sp. zn.: II. ÚS 629/04, v ktorom uzatvoril, že ak by bol súdom ustanovený ako opatrovník (v zmysle § 29 ods. 3 OSP) justičný čakatel', ktorý je zamestnaný na tom istom súde, nejde o správny postup. Podľa záveru ÚS ČR je len ťažko predstaviteľné, aby takýto pracovník súdu v postavení opatrovníka účastníka konania vo veci riešenej tiež tým istým súdom akokoľvek brojil proti postupu a rozhodnutiu súdu. **Naopak, v takomto prípade je veľmi pravdepodobný konflikt medzi záujmom zamestnávateľa opatrovníka (a tým i jeho samého) na čo najrýchlejšom skončení veci na strane jednej a záujem účastníka konania, ktorého má takýto opatrovník zastupovať, na plnom zachovaní jeho práv a oprávnených záujmov.**

²⁶ Radimský, J., Šafránek, J. In Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. Občanský zákoník. Komentář. Díl. I. (Zásady, § 1 až 221). Praha: Panorama, 1987, str. 142.

²⁷ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 28. 07. 2010, sp. zn.: 20 Cdo 2332/2008. Skutkovo sa NS ČR rozhodoval exekučnú vec. Ručiteľské prehlásenie menom povinného prevzal predseda predstavenstva povinného. V dobe prevzatia ručiteľského prehlásenia vystupoval neskorší oprávnený ako mandatár ručiteľa (neskorší oprávnený bol advokátom ručiteľa resp. neskoršieho povinného). Podľa dovolacieho súdu by otázka možného stretu záujmov medzi oprávneným a povinným v danej veci vyvstala ak by oprávnený zastupoval povinného pri uzatváraní zmluvy o ručení. V danom prípade však za povinného konal predseda predstavenstva, ktorý podpísal prehlásenie o prevzatí ručiteľského záväzku. **Skutočnosť, že**

zastúpenia umožniť, aby za osobu, ktorá buď nie je spôsobilá na právne úkony alebo ktorá síce spôsobilá na právne úkony je, ale z nejakého dôvodu ho nechce či nemôže sama urobiť (v tomto prípade pre rozpor v záujmoch), čo bude brániť zmluvným stranám (ktoré sú v protichodnom postavení), aby si ustanovili agenta, ktorý bude zastupovať obe zmluvné strany súčasne? Na uvedenú otázku zatiaľ v teórii nepanuje jednoznačná zhoda. Časť teórie uvádza, že **ani tá istá tretia osoba (agent) nemôže zastupovať obe zmluvné strany súčasne**. Advokát alebo iný splnomocnenec nemôže zastupovať zároveň napr. predávajúceho a kupujúceho alebo v konaní pred súdom zastupovať obe sporné strany (*praevaricatio*).²⁸ V týchto prípadoch bude v zásade možné urobiť záver o stave, v ktorom konflikt záujmov nastal. Ďalšie možné prípady konania agenta s dvoma pánmi ako napr. samovstup agenta (kedy sa agent stane treťou stranou v zmluvných vzťahoch, pričom druhou stranou bude sám princípál) alebo prípady kedy je konanie agenta z rôznych príčin ovplyvnené záujmami osoby, s ktorou princípál vstupuje do právneho vzťahu, budú pre posúdenie prítomnosti rozporu v záujmoch princípála a agenta vyžadovať detailnejšie zistenie skutkového stavu (charakter právneho úkonu, skutkové zistenia vo vzťahu k postaveniu agenta a princípála a iné). **Právna úprava vychádza z toho, že zastúpeniu nebráni samotná možnosť rozporu medzi záujmami zástupcu a zastúpeného, ale a len existencia takého rozporu.**²⁹ Kolízia záujmov tak musí objektívne existovať, potenciálna možnosť existencie kolízie záujmov zastupovaniu nebráni. Argumentuje sa tým, že právna úprava výslovne rozoznáva prípady, kedy zastúpenie vylučuje už samotná možnosť stretu záujmov medzi zástupcom a zastúpeným.³⁰ Podľa záverov teórie úkony agenta v týchto prípadoch nemožno bez ďalšieho vyhodnotiť ako neplatné, pretože **samotná možnosť rozporu záujmov nie je dostatočná, nakoľko rozpor musí byť skutočne daný.**³¹ Totožný záver prijala aj súdna prax.³² Zároveň sa uvádza, že len veľmi extenzívny výklad umožňuje subsumovať pod slovné spojenie *záujmy zástupcu sú v rozpore so záujmami*

oprávnený zastupoval povinného v rozhodnej dobe na základe mandátnej zmluvy v inej veci preto nie je rozhodná.

²⁸ In Eliáš, K. a kol. Občanský zákoník. Velký akademický komentář. 1. svazek. § 1-487. Praha: Linde, 2008, str. 205.

²⁹ In Eliáš, K. a kol. Občanský zákoník. Velký akademický komentář. 1. svazek. § 1-487. Praha: Linde, 2008, str. 206.

³⁰ Svoboda, J. a kol. Občiansky zákonník. Komentár a súvisiace predpisy. V. vydanie. Bratislava: Eurounion, 2005, str. 66. Porovnaj napr. ustanovenie § 31 ods. 2 zákona č. 36/2005 Z. z., o rodine, v aktuálnom znení.

³¹ Napr. Monika Jurčová. In Lazar, J. a kol. Občianske právo hmotné. I. zväzok. 1. vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2010, str. 170.

³² Rozhodnutie NS ČR zo dňa 25. 08. 2010, sp. zn.: 32 Cdo 679/2010. Samotná existencia rozporu záujmov zástupcu so záujmami zastúpeného k zákonnému zákazu zastupovať nestačí; rozpor musí reálne existovať. Pri posudzovaní rozporu medzi záujmami zástupcu a zastúpeného je potrebné vždy vychádzať z povahy konkrétneho právneho úkonu, ako i zo všetkých okolností prípadu tak, aby bolo možné náležite zabezpečiť ochranu záujmov zastúpeného. Alebo rozhodnutie Krajského súdu v Ústí nad Labem zo dňa 30. 01. 2001, sp. zn.: 15 Ca 522/2000. In Fekete, I. Občiansky zákonník. Velký komentář. I. Díl § 1 - § 459. Bratislava: Eurokódex, 2011, str. 194.

zastúpeného stav značného ovplyvnenia zástupcu záujmami tretej strany.³³ Z právnej úpravy na druhej strane výslovne nevyplýva, že by sa rozpor záujmov zastúpeného a zástupcu musel nevyhnutne dotýkať len právneho úkonu alebo úkonov, ktoré sú predmetom zastúpenia, ale môže vyplývať i zo samotného vzťahu týchto osôb.³⁴ Rozpor so záujmom zastúpeného sa zrejme nemusí týkať len právneho úkonu, na ktorý bol zástupca splnomocnený, ale stačí akákoľvek kolízia záujmov zástupcu a zastúpeného, ktorá môže viesť v pochybnosť, že zástupca bude svoje práva a povinnosti vyplývajúce zo zastúpenia vykonávať riadne.³⁵ Vyskytol sa však i názor, že kolízia záujmov sa musí týkať záujmov pri zastupovanom úkone a teda nestačí akýkoľvek rozpor v záujmoch.³⁶ Súdna prax dovodzuje, že zo samotnej skutočnosti, že zmluva bola podpísaná za obe zmluvné strany rovnakými osobami, ešte nie je možné dovodiť neplatnosť takto uzatvorenej zmluvy. Podľa súdnej praxe teda samotný samovstup agenta do právneho vzťahu s princípálom nevylučuje spôsobilosť agenta zastupovať princípála z dôvodu rozporu v záujmoch. Na druhej strane judikatúra dovodila, že právny úkon môže byť neplatný v zmysle ustanovenia § 39 ObčZ, ak bolo úmyslom (zámerom) oboch zmluvných strán pri uzatváraní zmluvy dosiahnuť výsledku, ktorý zákonu odporuje alebo ho obchádza, a to bez ohľadu na prípadný samovstup agenta.³⁷ Z vyššie uvedeného je zrejmé, že problematika kolízie záujmov vyvoláva i pre teóriu viaceré sporné otázky predovšetkým vo vzťahu k určeniu momentu, v ktorom konflikt záujmov nastáva. Tieto otázky, zdá sa, nedokáže jednoznačne riešiť ani judikatúra. Faktom zostáva, že konštelácie možného konfliktu záujmov sú rôzne, rozpor však nemusí nastať všade

³³ Monika Jurčová. In Jurčová, M., Pavelková, B., Nevolná, Z., Olšovská, A., Smyčková, R. *Zastúpenie v súkromnom práve*. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 15.

³⁴ Monika Jurčová. In Jurčová, M., Pavelková, B., Nevolná, Z., Olšovská, A., Smyčková, R. *Zastúpenie v súkromnom práve*. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 13.

³⁵ Marta Knappová in Knapp, V., Plank, K., a kol. *Učebnice československého občanského práva*. Svazek I – Obecná část. Praha: Orbis, 1965, str. 192. Obdobne napr. Imrich Fekete: Postačí akákoľvek kolízia záujmov zástupcu a zastúpeného, ktorá môže vyvolať pochybnosť, že zástupca bude riadne vykonávať svoje práva a povinnosti vyplývajúce preň zo zastúpenia. In Fekete, I. *Občiansky zákonník. Komentár*. Bratislava: Epos, 2007, str. 100.

³⁶ Vojčík, P. *Občianske právo hmotné I*. 4. vydanie. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2012, str. 156.

³⁷ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 30. 09. 2009, sp. zn.: 29 Cdo 3418/2008. Obdobne rozhodnutie NS ČR zo dňa 24. 02. 2009, sp. zn.: 29 Cdo 3864/2008. V rozhodnutí NS ČR zo dňa 30. 10. 2008, sp. zn.: 29 Cdo 2531/2008 uzavrel, **kúpna zmluva, ktorú menom oboch strán uzatvorila totožná fyzická osoba ako ich štatutárny orgán (prípadne člen štatutárneho orgánu) a v ktorej je dohodnutá kúpna cena výrazne nižšia než cena obvyklá, pritom môže byť, pri splnení zákonom stanovených podmienok, právnym úkonom uskutočneným v rozpore so zákonom a teda právnym úkonom neplatným v zmysle ustanovenia § 39 ObčZ**. V tomto rozhodnutí však NS ČR v prípade samovstupu ani nenaznačuje možný rozpor v záujmoch člena štatutárneho orgánu a obchodnej spoločnosti. S poukazom na rozhodnutia NS ČR zo dňa 26. 04. 2001, sp. zn. 21 Cdo 1811/2000, zo dňa 01. 07. 2008, sp. zn. 29 Odo 1027/2006 a zo dňa 28. 08. 2008, sp. zn. 29 Odo 1002/2006 uvádza, že ak bolo úmyslom (zámerom) oboch zmluvných strán pri uzatváraní zmluvy dosiahnuť výsledku, ktorý odporuje zákonu alebo ho obchádza, je takáto zmluva absolútne neplatným právnym úkonom podľa ustanovenia § 39 ObčZ. Dovolací súd dovodil ako samostatný dôvod neplatnosti kúpnej zmluvy už samotné porušenie povinnosti konať so starostlivosťou riadneho hospodára.

tam, kde agent a princípál má účasť na tom istom právnom úkone,³⁸ a preto bude odpoveď nato, či v konkrétnom prípade rozpor záujmov nastal podmienená detailnejšími skutkovými závermi. V prípade zákonného zastúpenia sa pre vylúčenie zastupovania agentom nevyžaduje existencia rozporu so záujmami princípála, pretože postačuje samotná možnosť vzniku rozporu.³⁹

c. Môže zmluvný agent vylúčenie zo zastúpenia z dôvodu kolízie záujmov odvrátiť ustanovením ďalšieho zástupcu?

Podľa ustanovenia § 24 ObčZ je zástupca povinný konať osobne pričom ďalšieho zástupcu si môže ustanoviť, len ak je to ustanovené právnym predpisom alebo ak to plynie z podkladovej zmluvy o zastúpení. Môže byť potom diskusné, či možnosť ustanoviť ďalšieho zástupcu náleží aj agentovi, u ktorého nastala kolízia v záujmoch. Je otázne, či následky konfliktu záujmov možno odvrátiť tým, že agent udelí formálne substitučné plnomocenstvo ďalšiemu zástupcovi.⁴⁰ Možnosť ustanoviť ďalšieho zástupcu je v zmysle ustanovenia § 24 ObčZ viazaná na postavenie riadneho (legitímneho) zástupcu. A contrario z toho vyplýva, že osoba, ktorá nemá plnohodnotný status zástupcu, možnosť ustanoviť si ďalšieho zástupcu logicky nemá. Ak je raz agent vylúčený zo zastupovania z dôvodu kolidujúcich záujmov, domnievam sa, že nemôže robiť úkony, ktoré sú viazané na právny status zástupcu, pričom tento status si nemôže zástupca sám privodiť tým, že si ustanoví ďalšieho zástupcu, u ktorého by už kolízia záujmov nenastala.

Možno samozrejme argumentovať aj opačne a síce tak, že rozpor v záujmoch agenta a princípála by spôsobil neplatnosť takéhoto úkonu len v prípade, že by agent skutočne konal (teda urobil právny úkon). Ak však agent fakticky nekonal (iba využil možnosť ustanoviť si ďalšieho zástupcu vyplývajúcu z ustanovenia § 24 ObčZ), niet dôvod prečo by sme nemali pripustiť účinky konania ďalšieho zástupcu na právne postavenie princípála. Ak by sme pripustili možnosť odvrátiť vylúčenie zo zastupovania ustanovením ďalšieho zástupcu (u ktorého by kolízia so záujmami princípála nenastala), formálne by zostal účel právnej normy ustanovenia § 22 ods. 2 ObčZ naplnený, pretože agent s prítomným rozporom záujmov fakticky nekonal. Účelom právnej úpravy je zo zastúpenia vylúčiť osoby, ktorých záujmy sú v rozpore so záujmami zastúpeného, pričom týmto vylúčením právna úprava poskytuje princípálovi ochranu, nakoľko následky

³⁸ In Fekete, I. Občiansky zákonník. Veľký komentár. I. Díl § 1 - § 459. Bratislava: Eurokódex, 2011, str. 193. Obdobne aj závery judikatury: **Za stret záujmov však nie je možné považovať automaticky každú situáciu, kedy štatutárny orgán (spoločník) uzatvára zmluvu so „svojou“ obchodnou spoločnosťou.** Je tomu taktiež preto, že obchodný zákonník výslovne pripúšťa, aby zmluvu uzatváranú medzi spoločnosťou, ktorej menom ako konateľ koná jediný spoločník, a týmto spoločníkom, podpísal tento konateľ jednak ako štatutárny orgán jednej zmluvnej strany, jednak ako druhá zmluvná strana (§ 132 ods. 2 ObchZ). **Porušenie tejto povinnosti avšak nemá za následok neplatnosť úkonov, ktoré spoločnosť prostredníctvom svojich konateľov urobila, ale zakladá nárok spoločnosti voči konateľom na náhradu prípadne vzniknutej škody.** Rozhodnutie NS ČR zo dňa 24. 02. 2009, sp. zn.: 29 Cdo 3864/2008.

³⁹ Obdobne Radimský, J., Šafránek, J. In Češka, Z., Kabát, J., Ondřej, J., Švestka, J. a kol. Občanský zákoník. Komentář. Díl. I. (Zásady, § 1 až 221). Praha: Panorama, 1987, str. 142.

⁴⁰ Klunzinger, E. Einführung in das Bürgerliche Recht. 15., überarbeitete und erweiterte Auflage. München: Verlag Franz Vahlen München, 2011, str. 194.

konania zaujatého agenta by sa ináč dotkli priamo postavenia principála. Na postavenie principála dopadá však len právne konanie agenta, teda tie prejavy vôle agenta, s ktorými právo spojuje následky v právnych vzťahoch principála. Povedané inými slovami, činnosť agenta, ktorú nemožno subsumovať pod právne konanie (a to konanie menom principála), právne postavenie principála z povahy veci zasiahnuť nemôže. Z tohto pohľadu bude potom kľúčové správne posúdenie povahy resp. charakteru ustanovenia ďalšieho zástupcu agentom. Teoreticky vzaté možno uvažovať o dvoch alternatívach – buď ustanovenie ďalšieho zástupcu právnym úkonom je alebo právnym úkonom nie je. Ak by sme **ustanovenie ďalšieho zástupcu považovali za právny úkon**, teda prejav vôle agenta, v dôsledku ktorého principálovi vznikajú práva a povinnosti (napr. povinnosť prijať povinnosti z konania ďalšieho zástupcu resp. povinnosť strpieť následky konania ďalšieho zástupcu a jej korešpondujúce oprávnenie tretej osoby domáhať sa splnenia týchto povinností od principála, právo principála domáhať sa splnenia záväzku uzatvoreného ďalším zástupcom v mene principála od tretích osôb, s ktorými ďalší zástupca konal), museli by sme dôjsť k záveru o nedostatku spôsobilosti agenta na ustanovenie ďalšieho zástupcu v prípade prítomného rozporu v záujmoch. Tu by ustanovenie ďalšieho zástupcu malo rovnaký charakter ako urobenie samotného úkonu, vo vzťahu ku ktorému je konkrétna osoba zo zastupovania pre rozpor v záujmoch vylúčená. Ak konkrétny úkon (prejav vôle) nemôže agent urobiť z dôvodu prítomnej kolízie v záujmoch, logickým výkladom za použitia argumentu *a minori ad maius* a taktiež teleologickým výkladom dôjdeme k záveru, že z rovnakých dôvodov si nebude agent môcť ani ustanoviť ďalšieho zástupcu. Teoreticky je ešte možné uvažovať o interpretácii, podľa ktorej by sme **ustanovenie ďalšieho zástupcu považovali za právny úkon (teda za kvalifikovaný prejav vôle, s ktorým sú spojené právne následky)**, ktorého právne následky sa neviažu priamo na osobu principála, nakoľko následky ustanovenia ďalšieho zástupcu sa týkajú len právnych vzťahov medzi agentom a ďalším zástupcom. Ak je účelom právnej úpravy vylúčiť zo zastupovania osobu, u ktorej je riadny výkon zastupiteľského oprávnenia v dôsledku prítomnosti rozporu záujmov ohrozený, a to z dôvodu možných neželaných dopadov na právne postavenie principála, je logické, že právna úprava nepripúšťa účinky konania agenta s prítomnou kolíziou záujmov. Je však otázne, či právna úprava zo zastupovania vylučuje aj osobu s prítomnou kolíziou záujmov pre prípad právneho úkonu, ktorý bezprostredne do právneho postavenia principála nezasahuje, hoci je so zastúpením spojený. Pri ustanovení ďalšieho zástupcu tak možno uvažovať o tom, že ustanovenie ďalšieho zástupcu ako právny úkon dopadá na právne vzťahy medzi agentom a ďalším zástupcom, nemá však bezprostredný dopad na postavenie principála, nakoľko oprávnenie zastupovať principála ďalší zástupca odvodzuje od zastupiteľského oprávnenia agenta, ktorého zastupiteľské oprávnenie (založené splnomocnením principála) sa nemení, je len zdrojom zastupiteľského oprávnenia ďalšieho zástupcu. Pri tejto interpretácii by bolo skôr možné argumentovať tým, že prípadný rozpor v záujmoch nemôže mať dopady na možnosť agenta ustanoviť si ďalšieho zástupcu. **Ak by sme však ustanovenie ďalšieho zástupcu agentom za právny úkon nepovažovali**, a to vzhľadom nato, že ustanovenie ďalšieho zástupcu nie je konaním agenta (nie je prejavom vôle, s ktorým právo spája vznik, zmenu či zánik právnych vzťahov), nakoľko práva a povinnosti v dôsledku ustanovenia ďalšieho zástupcu principálovi nevznikajú (samotné ustanovenie ďalšieho zástupcu

nemá vplyv na právne postavenie principála), nebude prípadný rozpor v záujmoch brániť tomu, aby si agent v zmysle ustanovenia § 24 ObčZ ustanovil ďalšieho zástupcu. Práva a povinnosti principála sa menia až v prípade konania ďalšieho zástupcu, kedy sa účinky konania ďalšieho zástupcu pripisujú priamo principálovi. To je však dôsledkom právnej úpravy (ustanovenia § 24 ObčZ)⁴¹ a nie dôsledkom samotného ustanovenia ďalšieho zástupcu agentom. Ak teda s ustanovením ďalšieho zástupcu právna norma bezprostredne nespája vznik, zmenu či zánik právnych vzťahov, niet dôvodu, ktorý by bránil agentovi s prítomnou kolíziou záujmov v ustanovení ďalšieho zástupcu.

Ak by sme sa priklonili ku ktorejkoľvek interpretácii povahy ustanovenia ďalšieho zástupcu, **prikláňam sa k záveru o nemožnosti formálneho obchádzania zákona tým, že agent vylúči prekážku v zastupovaní ustanovením ďalšieho zástupcu bez prítomnosti kolízie záujmov.** Domnievam sa, že v momente kedy u agenta nastane kolízia so záujmami principála, agent sa stáva vylúčený zo zastupovania v konkrétnej veci a z tohto hľadiska postavenie agenta stráca (a to i v prípade, že v inej záležitosti principála, v ktorej ku kolízii záujmov nedošlo, mal postavenie resp. status riadneho agenta). Nemenej podstatnou bude aj skutočnosť, že agent by pri formovaní právneho vzťahu s ďalším zástupcom mohol nepriamo preniesť konflikt záujmov s principálom i do konania ďalšieho zástupcu napr. udelením špecifických pokynov. Mám zato, že ak by sme pripustili možnosť odstrániť nespôsobilosť na zastupovanie z dôvodu prítomnosti kolízie so záujmami principála tým, že si agent ustanoví ďalšieho zástupcu, došlo by tým k zmareniu účelu citovaného ustanovenia, nakoľko **prítomnosť konfliktu záujmov by ohrozila riadny výkon zastupiteľského oprávnenia agenta a bola by rizikovou predovšetkým pre ochranu oprávnených záujmov principála.** Konanie agenta by obrazne povedané malo dvoch pánov. V prípade konania agenta s konfliktom záujmov síce formálne vzaté principál bude z jeho konania zaviazaný a teda právne následky vznikajú pre principála (bude z konania agenta oprávnený či povinný), avšak možno hovoriť o tom, že konanie agenta bude mať nepriame (napr. hospodárske) dôsledky na postavenie osoby od principála odlišnej, ktorá má na právnom úkone s principálom záujem.

4. Možno ustanovenia rozpor v záujmoch agenta a principála analogicky aplikovať aj na konanie štatutárneho orgánu?

Platná právna úprava striktné rozlišuje medzi konaním právnickej osoby jej štatutárnym orgánom a jej zastúpením. Tým, že úprava ObčZ právnickým osobám priznala spôsobilosť na právne úkony, musela sa súčasne vysporiadať s tým, ako môže právnická osoba robiť právne úkony (ktoré sú prejavmi vôle), keďže právnická osoba ako organizácia ľudí žiadnu psychickú vôľu vôbec nemá a navyš sama ani nič nemôže konať (teda ani nič prejavovať). Konceptiou štatutárneho orgánu právna úprava ObčZ zvolila riešenie, podľa ktorého úkony osôb, ktoré plnia jej úlohy možno považovať za úkony samotnej právnickej osoby. **Z hľadiska právnickej osoby sa však nejedná o úkony inej osoby, vykonané v zastúpení právnickej osoby, ale ide**

⁴¹ Podľa ktorého aj z právnych úkonov ďalšieho zástupcu vznikajú práva a povinnosti priamo zastúpenému.

o jej vlastné právne úkony. Právna úprava teda vychádza z toho, že osoba uskutočňujúca úkon právnickej osoby neprejavuje svoju vôľu individuálne ani nie je vo vzťahu k právnickej osobe cudzou osobou, ale ako jej člen resp. pracovník vyjadruje vôľu kolektívne vytvorenú pri riadení činnosti právnickej osoby.⁴² Právna úprava vychádza z predstavy, že právnická osoba má vlastnú vôľu a túto vôľu môže nesprostredkovanne prejaviť voči tretím osobám a to práve prostredníctvom svojho štatutárneho orgánu, ktorého konanie sa považuje za osobné konanie právnickej osoby. Z tohto pohľadu môže byť diskusné, či je vôbec možné uvažovať o aplikácii ustanovenia § 22 ods. 2 ObčZ na konanie štatutárneho orgánu, ktoré zastúpením nie je.

Teória a judikatúra už dlhšiu dobu hľadá odpoveď na otázku, či ustanovenie § 22 ods. 2 ObčZ v otázke kolízie záujmov možno subsidiárne aplikovať aj pre prípad priameho konania právnickej osoby jej štatutárnym orgánom. Základ problému tkvie v tendencii člena štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti nadobudnúť výhody za zdroje obchodnej spoločnosti pre vlastnú (osobnú) potrebu.⁴³ Zdá sa totiž, že pojmovým znakom mandátnej (či príkaznej zmluvy), ktorá zakladá právny vzťah medzi členom štatutárneho orgánu a obchodnou spoločnosťou, je prítomnosť stretu záujmov. Stret záujmov je hnacou silou vývoja a právo sa snaží motivovať jednotlivé strany zmluvy, aby sa stretu buď vyvarovali v prípadoch, ak by stret mal uškodiť či zvýhodniť, alebo aby o ňom včas informovali.⁴⁴ Formálne vzaté (jazykový a systematický výklad) ustanovenie § 22 ods. 2 ObčZ vylučuje zo zastupovania osobu, ktorej záujmy sú v rozpore so záujmami zastúpeného a teda z hľadiska vecnej pôsobnosti sa právna norma obsiahnutá v citovanom ustanovení môže uplatniť len pre prípad nepriameho konania – teda len v prípade zastúpenia, kedy pri právnom úkone agent vyjadruje svoju vôľu ale menom a s dôsledkami pre princípála.⁴⁵ Napriek uvedenému podľa súdnej praxe z konca 90tych rokov minulého storočia možno citované ustanovenie **analogicky aplikovať aj na konanie štatutárneho orgánu. Dovodzovalo sa, že štatutárny orgán nemôže menom spoločnosti konať, ak sú jeho záujmy v rozpore so záujmami spoločnosti, ktorej menom koná.**⁴⁶ Uvedený záver platí, ak rozpor

⁴² Marta Knappová in Knapp, V., Plank, K. a kol. Učebnice československého občanského práva. Svazek I – Obecná část. Praha: Orbis, 1965, str. 183.

⁴³ In Jensen M. C., Meckling W. H. Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure, str. 12. Dostupné na: <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>>.

⁴⁴ Vítek, J. Odpovědnost statutárních orgánů obchodních společností. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 388 s., str. 64.

⁴⁵ Napr. rozhodnutie NS ČR zo dňa 19. 05. 2005, sp. zn.: 33 Odo 582/2004.

⁴⁶ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 17. 11. 1998, sp. zn.: 21 Cdo 11/98, publikovaného ako R 63/1999. Predmetom sporu bolo nezaplatenie mzdy v spore medzi spoločnosťou s ručením obmedzeným a jej konateľom, ktorý menom spoločnosti uzatvoril pracovnú zmluvu so sebou samým (jednak ako zamestnávateľ, jednak ako zamestnanec). **Skutočnosť, že fyzická osoba je spoločníkom spoločnosti s ručením obmedzeným alebo že bola ustanovená štatutárnym orgánom (konateľom) tejto spoločnosti, sama o sebe nebráni tomu, aby naviazala s touto spoločnosťou pracovný pomer alebo iný pracovnoprávny vzťah, ak jeho náplňou nie je výkon činnosti štatutárneho orgánu.** I keď je fyzická osoba, ako štatutárny orgán spoločnosti, oprávnená za ňu konať, ide o rozdielne subjekty práva, medzi ktorými môže byť uzatvorená zmluva smerujúca k vzniku pracovnoprávneho vzťahu. ... **Samotná okolnosť, že**

v záujmoch skutočne nastane. Ani súdna prax však nešpecifikovala kritériá, podľa ktorých možno s istotou určiť, že rozpor v záujmoch skutočne nastal. Dовodila len, že „*Možno teda uzatvoriť, že rozdielnosť záujmov zmluvných strán pri zjednávaní pracovnej zmluvy spravidla vylučuje, aby za organizáciu (zamestnávateľa) zjedнала a podpísala pracovnú zmluvu tá istá osoba – budúci pracovník (zamestnanec), ktorá je druhým účastníkom takejto pracovnej zmluvy. Či tomu tak skutočne bolo, je potrebné dovodiť z konkrétnych okolností, za ktorých k uzatvoreniu pracovnej zmluvy došlo.*“⁴⁷ V oblasti pracovného práva sa tohto právneho názoru Najvyšší súd ČR drží a judikuje konštantne.⁴⁸ **V teórii sa vyskytol názor, že uvedené závery sa aplikujú i v obchodných vzťahoch a to obdobným spôsobom.**⁴⁹ Správnosť záveru o analogickej aplikácii ustanovenia § 22 ods. 2 ObčZ aj na priame konanie (štatutárneho orgánu) právnickej osoby súdna prax pri najbližšej príležitosti potvrdila.⁵⁰ Judikatúra však precizovala formuláciu právnej vety v tom smere, že **nie je možné pripustiť, aby menom právnickej osoby ako jej štatutárny orgán konal ten, koho záujmy sú v rozpore so záujmami právnickej osoby.**⁵¹ Všeobecnú platnosť vyslovenej zásady podčiarkuje skutočnosť, že napr. v sporoch o neplatnosť uznesenia valného zhromaždenia spoločnosti (ktoré možno typovo mať za spory, pri ktorých stojí proti sebe štatutárny orgán a spoločnosť, ktorú reprezentuje) stanoví obchodný zákonník (zákon č. 513/1991 Zb., obchodný zákonník, v aktuálnom znení, ďalej len ObchZ) pre účely jej naplnenia zvláštne pravidlá pre zastúpenie spoločnosti.⁵² Znova sa analogicky prirovnáva priame a nepriame konanie (resp. zastúpenie), pričom sa uvádza, že pojmovým znakom vzťahu medzi zástupcom a zástúpeným je všeobecne povedané to, že **zástupca koná za zástúpeného na jeho účet (menom zástúpeného alebo menom svojim) navonok voči tretím osobám,**

žalobca bol konateľom žalovanej, nebráni tomu, aby s ním bola uzatvorená pracovná zmluva. Nie je ani vylúčené (a zákon s takouto skutočnosťou aj počíta), aby konateľ za spoločnosť uzatváral zmluvu, pri ktorej druhou zmluvnou stranou je sám tento konateľ ako fyzická osoba. V každom konkrétnom prípade je však potrebné vždy skúmať, či nedochádza k stretu záujmov medzi spoločnosťou a jej štatutárnym orgánom. I keď ZP 1965 v tomto smere výslovné ustanovenie nemá, z ustanovenia § 14 ods. 2 ZP 1965, ktorý vylučuje, aby iného zastupoval ten, koho záujmy sú v rozpore so záujmami zástúpeného, možno analogicky dovodiť, že tiež v prípade, ak koná štatutárny orgán menom spoločnosti, nemôže za spoločnosť konať vtedy, ak sú jeho záujmy v rozpore so záujmami spoločnosti.

⁴⁷ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 17. 11. 1998, sp. zn.: 21 Cdo 11/98, publikovaného ako R 63/1999.

⁴⁸ Napr. rozhodnutie NS ČR sp. zn.: 21 Cdo 963/2002, 21 Cdo 2708/2008, 21 Cdo 5313/2007, 21 Cdo 3834/2007, 21 Cdo 3014/2007, 21 Cdo 1668/2008, 21 Cdo 313/2007, 21 Cdo 353/2007.

⁴⁹ Štenglová, I. Přehled judikatury ve věcech obchodních závazkových vztahů. Praha: Aspi, 2005, str. 10.

⁵⁰ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 30. 06. 1999, sp. zn.: 2 Cdon 680/97, publikované ako R 37/2000.

⁵¹ Obdobne i rozhodnutie NS SR zo dňa 16. 05. 1996, sp. zn.: 3 Obo 89/96, v ktorom uzatvoril, že v spore medzi žalobcom (spoločnosťou s ručením obmedzeným) proti žalovanému (konateľovi tejto spoločnosti) nemôže žalovaný úspešne vziať žalobu, ktorú podala spoločnosť späť, **pretože aj keď je štatutárnym orgánom žalobcu, sú záujmy žalobcu a žalovaného v konaní rozdielne.**

⁵² Rozhodnutie NS ČR zo dňa 30. 06. 1999, sp. zn.: 2 Cdon 680/97, publikované ako R 37/2000. Predmetom sporu bola otázka platnosti udelenia plnomocenstva advokátovi.

pričom tento rys má i konanie orgánu právnickej osoby. Napriek tomu, že komentované rozhodnutie je procesného charakteru, jeho závery vo vzťahu ku konaniu štatutárneho orgánu právnickej osoby pri hmotneprávnom úkone budú rovnaké.⁵³ Teória si závery súdnej praxe osvojila. Uvádza sa, že judikatúra správne dovodila, že síce konanie štatutárneho orgánu nie je zastúpením, je treba i na toto konanie analogicky aplikovať ustanovenie § 22 ods. 2 ObčZ a teda nie je možné pripustiť, aby menom právnickej osoby ako jej štatutárny orgán konal ten, koho záujmy sú v rozpore so záujmami právnickej osoby.⁵⁴ Súdna prax zároveň dodáva, že ak bude štatutárny orgán z konania v dôsledku kolízie záujmov vylúčený, súd môže právnickej osobe ustanoviť opatrovníka pre konanie.⁵⁵ **Prekážkou v konaní štatutárneho orgánu je existencia rozporu záujmov so záujmami právnickej osoby.** Podľa rozhodovacej praxe touto prekážkou ale nie je rozpor so záujmami spoločníkov. Ak štatutárny orgán nekoná v súlade so záujmami ostatných spoločníkov resp. obchodnej spoločnosti, nie je možné dovodiť, že zo strany obchodnej spoločnosti sa nejedná o vážne konanie alebo o konanie v rozpore s dobrými mravmi, ktoré by zakladalo absolútnu neplatnosť takto urobeného právneho úkonu.⁵⁶ Po uplynutí určitej doby však súdna prax začína svoje závery jemne modifikovať v tom smere, že prípadný rozpor v záujmoch člena štatutárneho orgánu so záujmami obchodnej spoločnosti, menom ktorej koná, nebude spôsobovať neplatnosť jeho konania pre rozpor s ustanovením § 22 ods. 2 ObčZ, nakoľko podpornú aplikáciu ustanovení ObčZ o zastúpení je možné využiť len v prípadoch nepriameho konania podnikateľa (teda v prípadoch zastúpenia), z čoho potom a contrario vyplýva, že **podporná aplikácia ustanovení ObčZ o zastúpení je v zásade vylúčená v prípadoch, kedy podnikateľ právnická osoba koná štatutárnym orgánom. Dôsledkom konania štatutárneho orgánu v rozpore so záujmami spoločnosti nie je neplatnosť takéhoto konania, ale prípadná zodpovednosť členov štatutárneho orgánu za škodu spôsobenú spoločnosti.**⁵⁷

⁵³ Štenglová, I. Přehled judikatury ve věcech obchodních závazkových vztahů. Praha: Aspi, 2005, str.18.

⁵⁴ Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kol. Občanské právo hmotné. I. svazek. 4. vydání. Praha: ASPI, 2005, str. 224. Slovenská teória zostala zdržanlivá a zotrvala na stanovisku, že konanie štatutárneho orgánu je podľa platnej úpravy osobným konaním právnickej osoby a teda ustanovenia o zastúpení sa na konanie štatutárneho orgánu nepoužijú. In . Monika Jurčová. In Lazar, J. a kol. Občianske právo hmotné. I. zväzok. 1. vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2010, str. 170.

⁵⁵ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 30. 06. 1999, sp. zn.: 2 Cdon 680/97, publikované ako R 37/2000.

⁵⁶ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 20. 10. 2006, sp. zn.: 32 Odo 1090/2006. V prípade konania s prítomným konfliktom záujmov nebude úkon neplatný pre rozpor s dobrými mravmi, ale pre rozpor so zákonom.

⁵⁷ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 24. 02. 2009, sp. zn.: 29 Cdo 3864/2008. Odvolací súd argumentoval tým, že i keď je konanie štatutárneho orgánu konaním priamym, nesie toto konanie rysy konania zástupcu menom zastúpeného, svojou podstatou sa konanie štatutárneho orgánu konaniu v zastúpení blíži. Uvedený záver odvolací súd oprel o ustanovenie § 66 ods. 2 ObchZ, ktorý podriaďuje vzťah štatutárneho orgánu a spoločnosti ustanoveniam o mandátnej zmluve, ktorá je „typickou zmluvou o zastúpení“. Z primeraného posudzovania konania podnikateľa ako zástupcu plyní, že na toho konanie je taktiež potrebné aplikovať všeobecné ustanovenia ObčZ o konaní zástupcu, predovšetkým ustanovenie § 22 ods. 2 ObčZ, podľa

Modifikované závery si osvojila aj komentárová literatúra. Pri výklade vychádza z toho, že štatutárne orgány právnickej osoby nie sú jej zástupcami, ktorí by za ňu konali. Preto sa na právne úkony štatutárnych orgánov právnických osôb neaplikujú ustanovenia

o zastúpení (§ 22 a nasl. ObčZ). Ustanovenia o zastúpení tak nemožno aplikovať bez ďalšieho na konanie štatutárneho orgánu. To platí aj pre všeobecné ustanovenia o zastúpení.⁵⁸

Aby sa problematika stala ešte menej prehľadnou, zaujala súdna prax pri najbližšej príležitosti akési kompromisné stanovisko, v ktorom spojila oba predchádzajúce závery (analogická aplikácia ustanovení o zastúpení aj na konanie štatutárneho orgánu x vylúčenie podpornej aplikácie ustanovení o zastúpení v prípadoch konania štatutárneho orgánu) v tom smere, že **situácie kedy pri konaní štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti ide o stret záujmov, rieši predovšetkým sám ObchZ, a to hlavne v ustanoveniach §§ 194 ods. 5 a 196a ObchZ. V prípadoch, na ktoré úprava ObchZ nedopadá, je treba vychádzať zo záverov rozsudku R 63/1999, podľa ktorého štatutárny orgán nemôže menom spoločnosti konať, ak sú jeho záujmy v rozpore so záujmami spoločnosti.**⁵⁹ Znovu tak pripustila

ktorého nemôže zastúpeného zastupovať ten, ktorého záujmy sú v rozpore so záujmami zastúpeného. Dovolací súd sa s uvedenom argumentáciou nestotožnil a uzavrel, že priamym konaním podnikateľa – právnickej osoby je konanie jej štatutárneho orgánu. Právne úkony uskutočnené štatutárnym orgánom sú právnymi úkonmi právnickej osoby. Nepriamo konanie podnikateľa je potom konanie, pri ktorom prejavuje vôľu zástupcu, a to menom a s dôsledkami pre zastúpeného. Len pre prípady nepriameho konania podnikateľa možno uvažovať o podpornej aplikácii ustanovení ObčZ o zastúpení. Tá je naproti tomu zásadne vylúčená v prípadoch, kedy podnikateľ – právnická osoba koná štatutárnym orgánom. **Na úkony, ktoré spoločnosť urobila svojimi konateľmi, nie je zásadne možné ani primerane aplikovať ustanovenie § 22 ods. 2 ObčZ, už preto, že platnosť zásady zákazu stretu záujmov pre výkon pôsobnosti štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti možno spoľahlivo dovodiť priamo z úpravy ObchZ, predovšetkým z ustanovení §§ 194 ods. 5, 196a ObchZ. Za stret záujmov však nie je možné považovať automaticky každú situáciu, kedy štatutárny orgán (spoločník) uzatvára zmluvu so „svojou“ obchodnou spoločnosťou. Je tomu taktiež preto, že obchodný zákonník výslovne pripúšťa, aby zmluvu uzatváranú medzi spoločnosťou, ktorej menom ako konateľ koná jediný spoločník, a týmto spoločníkom, podpísal tento konateľ jednak ako štatutárny orgán jednej zmluvnej strany, jednak ako druhá zmluvná strana (§ 132 ods. 2 ObchZ).** V prejednávanej veci to znamená, že ak člen štatutárneho orgánu nekonal v súlade so záujmami spoločnosti, porušil tak svoju povinnosť vykonávať spoju pôsobnosť s náležitou starostlivosťou. **Porušenie tejto povinnosti avšak nemá za následok neplatnosť úkonov, ktoré spoločnosť prostredníctvom svojich konateľov urobila, ale zakladá nárok spoločnosti voči konateľom na náhradu prípadne vzniknutej škody.** V teórii tento názor vyslovil napr. Imrich Fekete: Konanie štatutárneho orgánu sa považuje za vlastné (osobné) konanie právnickej osoby. Z toho dôvodu sa na konanie štatutárnych orgánov nevzťahujú ustanovenia ObčZ o zastúpení. In Fekete, I. Občiansky zákonník. Komentár. Bratislava: Epos, 2007, str. 86.

⁵⁸ Jiří Švestka. In Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol. Občanský zákoník I. § 1-459. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, 1236 s., str. 267. Alebo Fekete, I. Občiansky zákonník. Veľký komentár. I. Diel § 1 - § 459. Bratislava: Eurokódex, 2011, str. 169.

⁵⁹ Rozhodnutie NS ČR zo dňa 20. 05. 2010, sp. zn.: 29 Cdo 910/2009. Skutkovo žalobca žaloval o určenie, že má voči úpadcovi pohľadávku, pričom žalobca ako konateľ úpadcu podpísal uznanie záväzku a to v dobe, keby bol na majetok úpadcu prehlásený konkurz. NS ČR však nepriamo neuzavrel, že kolízia záujmov nastáva v obdobných prípadoch vždy.

analogickú aplikáciu ustanovenia § 22 ods. 2 ObčZ aj na konanie štatutárneho orgánu právnickej osoby,⁶⁰ avšak len v prípadoch absencie zvláštnej úpravy.⁶¹

Rozsudok odvolacieho súdu zrušil práve preto, že sa nevysporiadal s otázkou, či žalobca ako konateľ úpadcu nekonal pri uznaní záväzku v kolízii svojich záujmov a záujmov úpadcu. Vecne sa rozhodnutie týka otázky platnosti uznania záväzku, ktoré urobil menom spoločnosti s ručením obmedzeným jej konateľ. Vo veci je potrebné skúmať, či žalobca (konateľ) pri uznaní záväzku nekonal v (nepripustnej) kolízii záujmov svojich a záujmov neskoršej úpadkyne (spoločnosti s ručením obmedzeným). **Konečný úsudok o význame uznania záväzku pre účely posúdenia pravosti spornej pohľadávky je teda možné urobiť až na základe jeho pomeriavania s ustanoveniami obchodného zákonníku postihujúcimi kolíziu záujmov obchodnej spoločnosti a jej štatutárneho orgánu. Ak bude výsledkom tohto skúmania záver, že úprava stretu záujmov obchodnej spoločnosti a jej štatutárneho orgánu na uznaní záväzku nedopadá, bude na mieste zaoberať sa ďalej i tým, či uznanie záväzku obstoí (s prihliadnutím k záverom obsiahnutým v R 63/1999) i z pohľadu práva občianskeho (§ 1 ods. 2 ObchZ).**

⁶⁰ V prospech uvedeného záveru vyznieva aj rozhodnutie ÚS SR zo dňa 07. 11. 2012, sp. zn.: IV. ÚS 561/2012. Predmetom sporu pred všeobecnými súdmi bola otázka platnosti okamžitého zrušenia pracovného pomeru medzi spoločnosťou s ručením obmedzeným a jej generálnym riaditeľom (ktorý bol v spoločnosti jej spoločníkom a súčasne i konateľom). Kľúčovým sa pre rozhodnutie stala otázka okamihu, od ktorého začína plynúť lehota rozhodujúca na okamžité zrušenie pracovného pomeru. Odvolací súd sa nestotožnil s pôvodnými závermi okresného súdu, podľa ktorých lehota na okamžité skončenie pracovného pomeru začína plynúť od momentu, kedy sa o dôvodoch pre okamžité zrušenie pracovného pomeru dozvedel konateľ spoločnosti (malo ísť o neoprávnené nakladanie s prostriedkami spoločnosti, vedomé porušovanie zmluvy a vykonávanie konkurenčnej činnosti). Ústavný súd sa nestotožnil so závermi sťažovateľa, podľa ktorých sa od momentu, kedy sa o porušenie pracovnoprávných povinností (samotným sťažovateľom) stalo známe jemu samému, sa stalo známe aj jeho zamestnávateľovi a okamžité zrušenie pracovného pomeru tak nebolo urobené v zákonom ustanovenej prekluzívnej lehote (z čoho sťažovateľ dovodzoval neplatnosť okamžitého zrušenia pracovného pomeru). Podľa záverov Ústavného súdu **pre určenie začiatku plynutia lehôt na okamžité skončenie pracovného pomeru je potrebné, aby sa o porušení pracovnej disciplíny dozvedela aj iná osoba, ako je sám porušovateľ (konateľ a generálny riaditeľ v jednej osobe), ktorá by bola v jemu nadriadenom alebo v prípade existencie viacerých konateľov aj v jemu rovnom postavení. V opačnom prípade by sa totiž mohlo obchodnej spoločnosti znemožniť vyvodzovať konsekvencie za nekalé konanie smerujúce proti jej záujmom.**

⁶¹ Rozhodnutie NS SR zo dňa 30. 06. 2010, sp. zn.: 4 Cdo 177/2009. Občiansky zákonník konanie zástupcu v rozpore záujmov výslovne zakazuje. **Porušenie tohto zákazu má za následok absolútnu neplatnosť právneho úkonu. Aj keď štatutárny orgán právnickej osoby nie je jej zástupcom (konanie štatutárneho orgánu je konaním samotnej právnickej osoby), uvedené ustanovenie Občianskeho zákonníka je podľa názoru dovolacieho súdu analogicky použiteľné aj v prípadoch, v ktorých záujmy štatutárneho orgánu právnickej osoby sú v rozpore so záujmami tejto právnickej osoby. Použitie analógie však prichádza do úvahy len vtedy, ak rozpor záujmov nerieši špeciálna právna úprava.** Pri strete záujmov konateľa spoločnosti s ručením obmedzeným je špeciálnym predpisom riešiacim túto otázku Obchodný zákonník a to predovšetkým v ustanovení § 135a ods. 1 ObchZ, v ktorom okrem iného ukladá konateľovi povinnosť vykonávať svoju pôsobnosť s odbornou starostlivosťou, v súlade so záujmami spoločnosti a neuprednostňovať svoje záujmy. V odseku 2 tohto ustanovenia spája s porušením uvedenej povinnosti zodpovednosť konateľa za škodu.

Na základe vyššie uvedeného je zrejmé, že pôdorys kolízie záujmov agenta a principála môže nadobudnúť viaceré podoby. Skôr by som opatrný pred zovšeobecňujúcim rigoróznym záverom, nakoľko paleta možných algoritmov môže byť skutočne široká a všeobecné pravidlo jej proste z povahy veci nemôže vyhovovať. Je zrejmé, že záujem na vylúčení možnosti konania z dôvodu kolízie záujmov v prípade jednoosobovej spoločnosti s ručením obmedzeným (kde jediný spoločník nepriamo určuje, čo bude záujem a vôľa tejto spoločnosti) bude menší, než v prípade akciovej spoločnosti s rozptýlenou akcionárskou štruktúrou, kde práve analogická aplikácia ustanovenia § 22 ods. 2 ObčZ aj na prípad konania zaujatého člena predstavenstva predstavuje jeden z kontrolných mechanizmov, ktorými sa chráni samotná spoločnosť ako samostatný subjekt práva pred nezodpovedným konaním jej správcov.

5. Aktuálnosť úpravy kolízie záujmov pri koncepcnej zmene konania kapitálových obchodných spoločností

Koncepcia konania právnickej osoby v slovenskej úprave je svojim spôsobom jedinečná. Schopnosť prejať svoju subjektivitu (v zmysle spôsobilosti na právne úkony) sa vo všeobecnosti navonok prejavuje schopnosťou právne konať. Schopnosť konať avšak vyžaduje entitu, ktorá je vybavená vôľou a schopnosťou svoje konanie ovládať a prejať ho navonok v súlade s vlastnou vôľou. V teórii sa uvádza, že žiadna iná entita než človek nie je od prírody nadaná schopnosťou takto konať. Aby teda bol určitý substrát schopný konať, musí pre neho právna norma túto schopnosť zaistiť – to koncepcne možno urobiť len tak, že **budú stanovené podmienky, za ktorých sa bude na konanie určitého človeka nazeráť tak, že právne následky tohto konania stíhajú tento substrát.** To legislatívne technicky možno urobiť dvoma spôsobmi: buď sa bude na konanie človeka nazeráť ako by išlo o priame konanie tohto substrátu (fikcia – pretože konanie človeka môže byť len konaním človeka a nemôže byť bez fikcie konaním iného substrátu) alebo ho budeme považovať za zástupcu, ktorý koná sám, ale následky tohto konania sa pričítajú substrátu (zastúpenie).⁶² Väčšina právnych úprav pri konštruovaní spôsobilosti obchodných spoločností na právne úkony využíva inštitút zastúpenia (či už zmluvného ako napr. vo Veľkej Británii alebo koncepcie *organschaftliche Vertretung* v Nemecku a jeho obdobe vo Francúzsku).

Zdá sa, že týmto smerom sa ubera aj návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva na Slovensku, podľa ktorého má dôjsť k závažnej obsahovej zmene v úprave realizácie spôsobilosti právnickej osoby na právne úkony. Priame konanie určených osôb, či orgánov v mene právnickej osoby má byť nahradené konštrukciou zastúpenia právnickej osoby.⁶³ Bude preto potrebné vysporiadať sa aj s otázkou kolízie v záujmoch agenta (člena orgánu právnickej osoby) a principála (právnickej osoby samotnej). Inšpiratívnou v tomto smere môže byť i rekodifikovaná úprava súkromného práva v Českej republike. Koncepcne **úprava nového občianskeho zákonníka** (zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákonník, ďalej len

⁶² Frinta, O. Právnické osoby. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008, str. 76, 111.

⁶³ In Lazar, J. (ed) Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Materiály z odbornej konferencie. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti SR, 2008, str. 51.

NOZ), ktorá bude do budúca jednotným základom právnej úpravy súkromnoprávných právnických osôb v českom práve, vychádza z prevažujúcej teórie fikcie právnických osôb, podľa ktorej nie sú právnické osoby reálne existujúce osoby, ale len umelé výtvory právneho poriadku. Také osoby nemôžu mať vlastnú vôľu a je im pričítaná vôľa fyzických osôb, ktoré ju zastupujú.⁶⁴ Právnické osoby tak podľa NOZ nebudú samotne schopné právne relevantne konať a vždy za ne bude musieť konať zástupca. Zatiaľ čo podľa doterajšej právnej úpravy členov štatutárnych orgánov nebolo možné považovať za zástupcov právnickej osoby, **podľa NOZ budú mať členovia štatutárnych orgánov právnických osôb postavenie zákonných zástupcov právnickej osoby.**⁶⁵ Príslušné ustanovenia zákona o obchodných korporáciách (zákon č. 90/2012 Sb., o obchodných spoločnostiach a družstvech, ďalej len ZOK) stanoví informačnú povinnosť člena orgánu, u ktorého vzniká riziko stretu jeho vlastných záujmov so záujmami obchodnej korporácie, pričom splnenie tejto povinnosti ho nezbavuje povinnosti konať v záujme obchodnej korporácie.⁶⁶ Súčasne NOZ vo všeobecných ustanoveniach o zastúpení v podstate preberá doterajšiu úpravu, podľa ktorej prípadný rozpor v záujmoch agenta a principála sú dôvodom pre vylúčenie zo zastupovania.⁶⁷ Vzhľadom na koncepcnú zmenu konania právnických osôb a odstránenia diferenciácie priameho a nepriameho konania právnickej osoby, formálne vzaté niet dôvodu prečo by ustanovenie § 437 NOZ nemalo dopadať aj na členov orgánov obchodných spoločností pri konaniach menom obchodnej spoločnosti. To či tomu tak bude a predovšetkým špecifikácia momentu či podmienok, za ktorých stav kolízie v záujmoch nastáva, si bude zrejme vyžadovať upresnenie súdnou praxou.

⁶⁴ Ustanovenie § 151 ods. 1 NOZ: *Zákon stanoví, popřípadě zakladatelské právní jednání určí, jakým způsobem a v jakém rozsahu členové orgánů právnické osoby za ni rozhodují a nahrazují její vůli.* Ustanovenie § 163 NOZ: *Statutárnímu orgánu náleží veškerá působnost, kterou zakladatelské právní jednání, zákon nebo rozhodnutí orgánu veřejné moci nesvěří jinému orgánu právnické osoby.*

⁶⁵ Kateřina Eichlerová in Černá, S., Plíva, S. a kol. Podnikatel a jeho právní vztahy. 1. vydání. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, 156 s., str. 14. Ustanovenie § 164 ods. 1 NOZ: *Člen statutárního orgánu může zastupovat právnickou osobu ve všech záležitostech.*

⁶⁶ Ustanovenie § 54 ods. 1 ZOK: *Dozví-li se člen orgánu obchodní korporace, že může při výkonu jeho funkce dojít ke střetu jeho zájmu se zájmem obchodní korporace, informuje o tom bez zbytečného odkladu ostatní členy orgánu, jehož je členem, a kontrolní orgán, byl-li zřízen, jinak nejvyšší orgán.*

⁶⁷ Ustanovenie § 437 ods. 1 NOZ: *Zastoupit jiného nemůže ten, jehož zájmy jsou v rozporu se zájmy zastoupeného, ledaže při smluvním zastoupení zastoupený o takovém rozporu věděl nebo musel vědět.*

JUDr. Marek Dorič

externý doktorand na Katedre obchodného práva a hospodárskeho
práva,
Právnická fakulta UPJŠ Košice

JUDr. Mgr. Pavol Dorič, PhD.

notár

Právne postavenie obchodných spoločností s akcentom na ich aplikačnú prax

Abstrakt

Cieľom prezentácie bude v skratke vytvoriť prehľad základných a nevyhnutných informácií o formách obchodných spoločností. Zameriam sa na právne formy obchodných spoločností na Slovensku, ich postupný vývoj a formovanie. Ťažiskom prezentácie bude analýza charakteristických znakov osobných a kapitálových obchodných spoločností, ich právna regulácia a ich jednotlivé inštitúty. Poukážem tiež na podobnosti a rozdiely jednotlivých právnych foriem obchodných spoločností a ich obľúbenosť u podnikateľov. V skratke upriamim pozornosť aj na nové právne formy obchodných spoločností, ktoré vznikli v špecifických podmienkach voľného trhu obchodu Európskej únie a ktoré si vynútila obchodná a právna prax.

Abstract

The aim of the presentation will be to create short overview of the basic and essential information on the forms of companies. I will focus on the legal forms of companies in Slovakia, their gradual evolution and formation. The focus of the presentation will analyze the characteristics of personal and capital companies, their regulation and their individual institutes. They will be also the similarities and differences of legal forms of companies and their popularity among entrepreneurs. In short draws attention to new legal forms of business, resulting in specific conditions of free market trade of the European Union and forced by the business and legal practices.

Obchodné spoločnosti vo všeobecnosti

Na území Slovenskej republiky postavenie podnikateľov, obchodné záväzkové vzťahy, ako aj niektoré iné vzťahy súvisiace s podnikaním upravuje „

Obchodný zákonník“ t.j. zákon číslo 513/1991 Zb. v znení neskorších predpisov /ďalej len „zákon“. Samotný zákon definuje „obchodnú spoločnosť ako právnickú osobu založenú za účelom podnikania“ (Obchodný zákonník). Na základe právneho poriadku Slovenskej republiky obchodná spoločnosť ako právnická osoba má spôsobilosť na práva a povinnosti, má vlastnú právnu subjektivitu a v predmete svojej činnosti konkretizované a dovoľené účelové určenie ako aj obligatórny spôsob organizácie vnútorných pomerov vyplývajúcich zo zákona. Obchodná spoločnosť ako právnická osoba je založená buď jedným, alebo viacerými podnikateľmi na vykonanie podnikateľskej činnosti. Obchodné spoločnosti patria medzi pomerne frekventované podnikateľské subjekty. V priebehu doterajšieho historického vývoja dosiahli vysokú úroveň inštitucionalizácie. Obchodný zákonník upravuje inštitút obchodnej spoločnosti (§ 56 a nasl.), a to v dvoch rovinách. Po prvé, sú to všeobecné otázky týkajúce sa všetkých typov spoločnosti (založenie, základný majetok, vklad spoločníka, správa vkladov, otázka podielu, zákaz konkurencie, otázka rezervného fondu, zrušenia, zániku a likvidácie spoločnosti). Po druhé, zákon charakterizuje jednotlivé typy obchodných spoločností, t.j. verejnú obchodnú spoločnosť, komanditnú spoločnosť, spoločnosť s ručením obmedzeným a akciovú spoločnosť. Právnické osoby, ktoré nie sú uvedené v ustanovení § 56 Obchodného zákonníka, nemajú charakter obchodných spoločností, a to aj napriek tomu, že boli založené za účelom podnikania (napr. štátne alebo obecné podniky).¹

Obchodnými spoločnosťami v zmysle Obchodného zákonníka sú:

- verejná obchodná spoločnosť,
- komanditná spoločnosť,
- spoločnosť s ručením obmedzeným,
- akciová spoločnosť

Všetky uvedené formy obchodných spoločností sú právnickými osobami. Popri uvedených formách obchodných spoločností, ktoré môžu byť založené podľa slovenského právneho poriadku, majú postavenie obdobné postaveniu obchodných spoločností aj právnické osoby založené podľa práva Európskych spoločenstiev. Medzi takéto právnické osoby patria:

- Európske zoskupenie hospodárskych záujmov - EZHZ (European Economic Interest Grouping),
- Európske družstvo - SCE (European cooperative society),
- Európska spoločnosť - SE (Societas Europea).

V druhej časti Obchodného zákonníka je obsiahnutá tiež právna úprava družstva. Družstvo nie je obchodnou spoločnosťou, avšak primerane sa použijú aj na družstvo ustanovenia Hlavy I, druhej časti Obchodného zákonníka.

Právne pomery jednotlivých obchodných spoločností sú upravené v Obchodnom zákonníku, v jeho druhej časti, a to v Hlave I. Obchodné spoločnosti, a to v dieloch I.-V. Čo sa týka postavenia Európskeho zoskupenia hospodárskych záujmov, tento upravuje Nariadenie Rady EHS č. 2137/85 o Európskom zoskupení

¹ Česko – slovenské kontexty obchodního práva, autori: Suchoža, J., Husár, J., Marek, K., Raban, P., vydalo Wolters Kluwer ČR a.s., v roku 2011, st. 46, 95 – 10

hospodárskych záujmov, ktoré je v našom právnom poriadku konkretizované zákonom 177/2004 Z. z., o európskom zoskupení hospodárskych záujmov. Právne postavenie európskej spoločnosti upravuje Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti a v našom právnom poriadku zákonom č. 562/2004 Z. z., o európskej spoločnosti a právne postavenie Európskeho družstva upravuje Nariadenie Rady (ES) č. 1435/2003 z o stanovách Európskeho družstva (SCE) a u nás je táto úprava precizovaná v zákone 91/2007 Z. z., o európskom družstve. Okrem obchodného zákonníka, právna regulácia akciových spoločností je tiež obsiahnutá v zákone č. 566/2001 Z. z., o cenných papieroch a investičných službách. Právna regulácia registrácie obchodných spoločností a družstiev je v slovenskom práve obsiahnutá v zákone 530/2003 Z. z., o obchodnom registri. Vykonávacím predpisom k tomuto zákonu je vyhláška Ministerstva spravodlivosti SR č. 25/2004 Z. z., ktorou sa ustanovujú vzory tlačív na podávanie návrhov na zápis do obchodného registra a zoznam listín, ktoré je potrebné k návrhu na zápis priložiť v znení neskorších predpisov. Právna úprava zverejňovania údajov, rozhodnutí a oznámení, ktoré sa týkajú obchodných spoločností a družstiev, je upravená v nariadení vlády Slovenskej republiky č. 42/2004 Z. z., o Obchodnom vestníku.

Všetky obchodné spoločnosti majú určité spoločné znaky, ktoré ich charakterizujú a medzi ktoré patrí to, že:

- sú to právnické osoby - majú vlastný právny status, odlišný od právneho statusu spoločníkov tejto spoločnosti.
- sú zakladané na konkrétny účel - predovšetkým na podnikateľský účel, ktorý u obchodných spoločností dominuje. Obchodný zákonník však umožňuje, aby spoločnosť s ručením obmedzeným a tiež akciová spoločnosť mohla byť založená aj za iným účelom, než za účelom podnikania, napr. napĺňa humanitárne ciele, charitatívne ciele, športové ciele, kultúrne a pod.
- sú podnikateľmi, pretože sa obligatórne registrujú v obchodnom registri, a v zmysle ust. 2 ods. 2 Obchodného zákonníka spĺňajú všetky kritériá pre podnikateľov.
- sú združeniami osôb - v každej obchodnej spoločnosti musí byť určitá osoba, ako jej spoločník, teda existencia spoločnosti predpokladá personálny prvok.
- sú vytvárané na zmluvnom základe - právnym titulom ich vzniku je uzavretie spoločenskej (zakladateľskej) zmluvy zakladateľmi, resp. v prípade jednoosobových spoločností vo forme zakladateľskej listiny.

Zovšeobecnenie právnej úpravy obchodných spoločností viedlo v právnej oblasti k ich systemizácii do dvoch základných skupín, t.j. k ich rozdeleniu na osobné obchodné spoločnosti (napr. verejná obchodná spoločnosť) a kapitálové spoločnosti (napr. akciová spoločnosť, spoločnosť s ručením obmedzeným). Takéto členenie obchodných spoločností nenachádzame priamo v zákone, vyplýva však z obsahu právnej úpravy jednotlivých právnych foriem obchodných spoločností, kde sa prejavujú určité spoločné črty viacerých, z hľadiska právnej formy navzájom odlišných typov obchodných spoločností. Členenie obchodných spoločností do uvedených skupín vychádza z toho, do akej miery jednotlivé formy obchodných spoločností zvyrazňujú osobnú alebo kapitálovú účasť spoločníkov na spoločnosti. Osobné spoločnosti sú úzko späté s osobami spoločníkov. Ich základnou charakteristickou črtou je osobná účasť spoločníkov na riadení (obchodnom vedení) spoločnosti a osobné ručenie spoločníkov, ktorí ručia za záväzky spoločnosti celým svojím majetkom. Kapitálové spoločnosti nie sú determinované osobami

spoločníkov, oveľa významnejšia je kapitálová účasť spoločníkov v spoločnosti.

Osobné obchodné spoločnosti:

Medzi osobné obchodné spoločnosti sa zaraďujú: verejná obchodná spoločnosť, ktorá je „čistou“ osobnou spoločnosťou a komanditná spoločnosť, ktorá obsahuje aj prvky kapitálovej spoločnosti. Typicky kapitálovou spoločnosťou je akciová spoločnosť a kapitálovou spoločnosťou s prvkami osobnej spoločnosti je spoločnosť s ručením obmedzeným. Komanditná spoločnosť a spoločnosť s ručením obmedzeným sú niekedy považované za „hybridné“ spoločnosti, ktoré nemožno jednoznačne priradiť ani k jednej z vyššie uvedených kategórií.

Osobné obchodné spoločnosti sa vyznačujú najmä týmito znakmi:

- dôvodom vytvorenia osobnej spoločnosti je potreba spojenia osobných vlastností, schopností, zručností, skúseností a iných podobných osobných daností dvoch alebo viacerých osôb.
- spoločnosť predstavuje tím, ktorý je cielene zostavený ako jedinečný, zodpovedajúci predstávam jeho tvorcov, ktorými sú samotní spoločníci.
- zakladatelia osobnej spoločnosti nemusia okrem osobných schopností vkladať do spoločnosti žiaden vklad, postačí, keď vnášajú svoje osobné schopnosti.
- tímový prístup k spoločnosti sa prejavuje aj v tom, že všetci spoločníci môžu pôsobiť ako štatutárny orgán spoločnosti (i každý samostatne) a sú oprávnení konať navonok v mene spoločnosti a sú tiež oprávnení na obchodné vedenie spoločnosti;
- spoločníci ručia za záväzky spoločnosti počas jej trvania spoločne a nerozdielne všetkým svojim majetkom;
- v osobných spoločnostiach nie je stanovená vkladová povinnosť spoločníkov, ktorej splnenie vytvára kapitálový základ pre podnikanie spoločnosti, povinne sa tiež nevytvára rezervný fond.

Kapitálové obchodné spoločnosti sa vyznačujú nasledujúcimi znakmi:

- dôvodom vytvorenia kapitálovej spoločnosti je potreba spojiť kapitál na napĺňanie podnikateľského zámeru, na ktorý nestačia prostriedky, ktorými disponujú jednotlivci alebo združenia osôb;
- v kapitálových spoločnostiach nie sú rozhodujúce osobné vlastnosti zakladateľov (spoločníkov), ba dokonca sa títo spoločníci ani navzájom nepoznajú. Rozhodujúcu pozíciu v kapitálovej spoločnosti majú osoby, ktoré pôsobia v orgánoch týchto spoločností, predovšetkým v štatutárnom orgáne a vrcholový manažment spoločnosti;
- v kapitálových spoločnostiach sa rozhoduje väčšinou hlasov počítanou podľa výšky vkladov;
- spoločníci kapitálových spoločností majú zo zákona určenú vkladovú povinnosť a súčet vkladov spoločníkov vytvára vstupný či základný kapitál spoločnosti potrebný na rozbehnutie podnikateľských aktivít;
- v kapitálových spoločnostiach je najvyšším orgánom spoločnosti valné zhromaždenie a povinne sa vytvára tiež rezervný fond;
- za najväčší rozdiel oproti osobným spoločnostiam sa považuje obmedzené ručenie za záväzky spoločnosti, ba dokonca akcionári akciovej spoločnosti neručia za záväzky spoločnosti počas jej trvania vôbec.

Z uvedeného stručného prehľadu rozdielov medzi osobnými a kapitálovými obchodnými spoločnosťami vyplýva, že náš právny poriadok upravuje jediný typ tzv. pravej osobnej obchodnej spoločnosti, a to verejnú obchodnú spoločnosť. Štáty nemeckej právnej oblasti zaraďujú medzi osobné obchodné spoločnosti aj komanditnú spoločnosť, a to najmä z toho dôvodu, že za špecifikum osobných spoločností sa v tejto právnej oblasti považuje okrem iného aj to, že osobné spoločnosti napriek tomu, že sa zapisujú do obchodného registra, sa podľa mienky prevažnej väčšiny právnych teoretikov nepovažujú za právnické osoby a nie sú ani samostatným daňovoprávnym subjektom. S tým je úzko spätý aj výhodnejší daňový režim v porovnaní s daňovým režimom kapitálových obchodných spoločností, keďže tieto sú právnickými osobami i samostatnými subjektami daňovoprávnych vzťahov.

Kapitálové obchodné spoločnosti, ako súkromnoprávne subjekty, sa stali dominujúcimi podnikateľskými subjektami v krajinách strednej a východnej Európy, vrátane Slovenskej republiky, po spoločensko-politických a následných ekonomických zmenách, ktorých realizácia začala začiatkom 90. rokov 20. storočia. V dôsledku ekonomickej transformácie na podmienky trhového hospodárstva, v rámci ktorej došlo k postupnému vytvoreniu rozsiahleho súkromného sektoru, v ktorom od počiatku transformačného procesu dominovali podnikateľské subjekty, ktoré mali právnu formu kapitálových obchodných spoločností, pričom početne prevládali spoločnosti s ručením obmedzeným, avšak kapitálovo lepšie vybavenými boli akciové spoločnosti.

Právo kontinentálnej Európy (vrátane slovenského právneho poriadku / zaraďuje medzi kapitálové obchodné spoločnosti akciovú spoločnosť a spoločnosť s ručením obmedzeným, ktoré sa postupne vyvinuli zo súkromnoprávných subjektov založených na kumulácii kapitálu a tým na umožnení realizácie kapitálovo náročnejších podnikateľských projektov, v ktorých podnikateľské riziko nedopadalo na spoločníkov alebo len v minimálnej miere, na zložito štruktúrované subjekty, v ktorých sa prelínajú záujmy spoločníkov (akcionárov), manažmentu (členov štatutárnych orgánov týchto spoločností a vrcholových manažérov), zamestnancov, veriteľov a potenciálnych investorov samotných spoločností, ale tiež verejné záujmy.²

Verejná obchodná spoločnosť / VOS /

VOS je typickou osobnou spoločnosťou. Je úzko viazaná na osoby samých spoločníkov, podnikateľské riziko v rámci nej je teda rovnako vysoké ako pri individuálnom podnikaní, avšak s tým rozdielom, že vždy sa delí najmenej medzi dve osoby. Na vznik spoločnosti sa na rozdiel od niektorých iných foriem spoločností (napr. akciovej spoločnosti alebo spoločnosti s ručením obmedzeným) vždy vyžaduje účasť najmenej dvoch osôb.

Jediným účelom, na ktorý môže byť spoločnosť založená, je výkon podnikateľskej činnosti. Iná než podnikateľská činnosť je prípustná iba v prípade spoločnosti s ručením obmedzeným a akciovej spoločnosti.

Slovenská právna úprava verejnej obchodnej spoločnosti vychádza z

² Právo, obchod, ekonomika II, autori: Suchoža, J., Husár, J., vydal Leges, s.r.o., v roku 2012, str. 258

rakúskej a nemeckej právnej úpravy obsiahnutej v obchodných zákonníkoch týchto štátov. Na rozdiel od rakúskeho a nemeckého obchodného práva, ktoré verejnú obchodnú spoločnosť nepovažujú za právnickú osobu, náš Obchodný zákonník všetkým typom obchodných spoločností (vrátane verejnej obchodnej spoločnosti) výslovne vymedzuje status právnických osôb (§ 56 ods. 1).

Komanditná spoločnosť:

Čo sa týka komanditnej spoločnosti, tak z ustanovenia § 56 ods. 1 Obchodného zákonníka vyplýva, že komanditná spoločnosť (obdobne ako všetky ostatné formy obchodných spoločností) je právnickou osobou. Na rozdiel od spoločnosti s ručením obmedzeným a akciovej spoločnosti, ktoré môžu byť založené aj na nepodnikateľské účely, komanditná spoločnosť môže byť založená len na účely podnikania.

Na rozdiel od nášho právneho poriadku, ktorý subjekty práva delí buď na osoby fyzické, alebo právnické, právne poriadky štátov nemeckej právnej oblasti pripúšťajú aj existenciu takých subjektov práva, ktoré nie sú ani fyzickými ani právnickými osobami. Patrí k nim aj komanditná spoločnosť založená podľa rakúskeho alebo nemeckého práva. Na túto skutočnosť prihliada aj náš Obchodný zákonník, ktorý v § 22 priznáva právnu spôsobilosť aj iným než fyzickým zahraničným osobám (zákon teda výslovne nehovorí o právnických osobách), pokiaľ majú spôsobilosť byť samostatným nositeľom práv a povinností v zmysle právneho poriadku štátu, podľa ktorého boli založené.

Typickým znakom komanditnej spoločnosti je existencia dvoch skupín spoločníkov s odlišným právnym postavením v spoločnosti, z ktorých jedni ručia za záväzky spoločnosti rovnako ako spoločníci verejnej obchodnej spoločnosti (§ 86 druhá veta), t.j. osobne, spoločne a nerozdielne (komplementári), a druhá skupina spoločníkov (komanditisti) ručí za záväzky spoločnosti takým istým spôsobom ako spoločníci spoločnosti s ručením obmedzeným (§ 106 druhá veta), t.j. len do výšky nesplatennej časti vkladu, k vloženiu ktorého sa zaviazali v spoločenskej zmluve.

V súvislosti s účasťou akejkoľvek obchodnej spoločnosti ako komplementára v komanditnej spoločnosti však treba zdôrazniť, že každá spoločnosť môže byť neobmedzene ručiacim spoločníkom najviac v jednej, či už komanditnej alebo verejnej obchodnej spoločnosti.³

Spoločnosť z ručením obmedzeným / SRO /:

SRO je najrozšírenejšou právnou formou spoločného vykonávania podnikateľskej činnosti. Odborné spracovanie právnej úpravy spoločnosti z ručením obmedzeným nachádzame v monografických dielach, ale aj v bohatej časopiseckej literatúre. Z významných súčasných prác považujeme za potrebné spomenúť právnu úpravu spoločnosti z ručením obmedzeným autorov Hanesa / 2002 / a Eliáša / 1997 /, ako aj podrobný komentár k Obchodnému zákonníku / Suchoža a kol., 2003 /. O všeobecnej obľúbenosti tejto súkromnoprávnej korporácie svedčí skutočnosť, že

³ Obchodný zákonník, Komentár, 3. vydanie, autori: Patakyová M. a kolektív, vydal Praha: C. H. Becka, v roku 2010

viac ako polovica všetkých podnikateľských subjektov zapísaných v obchodnom registri má právnu formu spoločnosti s ručením obmedzeným.

Výhodou tejto obchodnej spoločnosti je pomerene jednoduchá štruktúra, ktorá umožňuje účelné skĺbenie kapitálu a osobných schopností spoločníkov a vytvoríť tak predpoklady pre veľmi efektívne podnikanie. Ďalšou výhodou tejto obchodnej spoločnosti je – ako to napokon vyplýva z jej názvu – obmedzené ručenie jej spoločníkov a ďalej pomerne nízka výška základného kapitálu, ktorá je potrebná na jej založenie.

Spoločnosť s ručením obmedzeným je v prvom rade právnickou osobou. Pojmovo patrí medzi združenia fyzických a právnických osôb, aj keď zákon dovoľuje, aby ju založila jediná osoba. Ako právnická osoba má vlastnú majetkovú samostatnosť a z toho vyplývajúcu vlastnú zodpovednosť za záväzky, ktoré jej vzniknú pri výkone podnikateľskej činnosti. Je obchodnou spoločnosťou, ktorej základné imanie je tvorené vopred určenými vkladmi spoločníkov. Táto spoločnosť zodpovedá za porušenie záväzkov celým svojim obchodným majetkom a spoločníci za záväzky spoločnosti ručia obmedzene, konkrétne len do výšky nesplateného vkladu zapísaného v obchodnom registri.

Spoločnosť s ručením obmedzeným sa už tradične zaraďuje spolu s akciovou spoločnosťou medzi kapitálové spoločnosti, a to z toho dôvodu, že základnou povinnosťou je spoločníkov nie je osobná účasť na jej podnikaní, ale povinnosť vložiť vopred dohodnutý kapitál, z ktorého sa vytvára základný majetkový fundament spoločnosti – základné imanie. Spoločnosť s ručením obmedzeným ako právny inštitút vznikol v Nemecku a odkiaľ sa rozšíril aj do ostatných štátov. Uhorské právo platné na Slovensku až do roku 1950 spoločnosť s ručením obmedzeným neupravovalo. Napriek tomu právna úprava spoločnosti s ručením obmedzeným existuje na Slovensku už od roku 1920, kedy sa platnosť rakúskeho zákona č. 58/1906 r. z. o spoločnostiach s ručením obmedzeným rozšírila aj na územie Slovenska. Tento zákon platil až do konca roka 1949, kedy bol zrušený ustanovením § 568 Občianskeho zákonníka č. 141/1950 Zb.

K renesancii spoločnosti s ručením obmedzeným došlo až o 40 rokov neskôr novelou Hospodárskeho zákonníka (zákon č. 104/1964 Zb.) zákonom č. 103/1990 Zb., ktorý v ustanoveniach § 106a obsahoval spoločné ustanovenia o obchodných spoločnostiach a v ustanoveniach § 106n až 106q mal stručnú úpravu právnych pomerov spoločností s ručením obmedzeným.

Okrem týchto ustanovení možno na právnu úpravu spoločnosti s ručením obmedzeným podporne – prípadne na základe analógie zákona (analogia legis) – použiť právnu úpravu Obchodného zákonníka iných kapitálových obchodných spoločností, najmä však právnu úpravu akciovej spoločnosti, ak to nevylučuje osobitná úprava spoločnosti s ručením obmedzeným zakotvená v § 105 až 153. Právna úprava o spoločnosti s ručením obmedzením na niektorých miestach výslovne pripúšťa a dokonca i ukladá podporné použitie ustanovení zákona o akciových spoločnostiach (pozri napr. a§ 12 ods. 1, § 128, § 144, § 152a, § 152b Obchodného zákonníka).⁴

⁴ Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným, Komplexná príručka, autor: JUDr. Imrich Fekete, CSc., vydal EPOS Bratislava v roku 2004, str. 16

Samozrejme, že spoločnosti s ručením obmedzeným sa týkajú aj ďalšie predpisy, rovnako ako iných obchodných spoločností. Ide najmä o úpravu živnostenského alebo iného druhu podnikania, konkurzu a vyrovnania, exekúcie, daňového práva, účtovníctva a pod.

Právnej úprava spoločnosti s ručením obmedzeným sa týkajú tiež základné komunitárne predpisy upravujúce právo obchodných spoločností Európskej únie, ktoré boli aproximované do Obchodného zákonníka v rámci jeho posledných noviel. Do právnej úpravy boli aproximované čl. 43 až 49 nachádzajúce sa v II. Kapitole tretej hlavy Zmluvy o založení Európskeho hospodárskeho spoločenstva.

Akciová spoločnosť:

Čo sa týka akciovej spoločnosti, tak už z definície pojmu akciová spoločnosť v odseku 1 vyplývajú jej charakteristické znaky ako kapitálovej spoločnosti. Akciovú spoločnosť charakterizuje:

- a) vlastná právna subjektivita,
- b) základné imanie, ktoré je rozvrhnuté na akcie, a
- c) oddelenie majetku spoločnosti od majetku akcionárov, pričom akcionári neručia za záväzky akciovej spoločnosti.

Rozvrhnutie základného imania na akcie akciovej spoločnosti umožňuje prostredníctvom vydávania akcií akumulovať kapitál, ktorý sa stáva majetkom spoločnosti, a investorom prostredníctvom prevoditeľného cenného papiera dáva možnosť rýchlo a pomerne jednoducho previesť svoj podiel v spoločnosti. Akciová spoločnosť je vhodnou právnou formou pre kapitálovo náročné oblasti podnikania a tiež najčastejšie využívanou právnou formou na privatizáciu štátnych podnikov.

Základné imanie akciovej spoločnosti sa rovná súčtu menovitých hodnôt všetkých akcií, ktoré akciová spoločnosť vydáva. Výšku základného imania určujú stanovy spoločnosti, minimálna výška základného imania je 25 000 eur.

V súlade s európskym právom obchodných spoločností aj slovenské právo uplatňuje zásadu reálneho vytvorenia a udržiavania základného imania. Uplatnenie tejto zásady je zrejmé najmä v nasledujúcich pravidlách, ktoré sú v obsiahnuté v Obchodnom zákonníku:

- spoločnosť nemožno založiť pred upísaním všetkých akcií,
- emisný kurz akcií nesmie byť nižší ako ich menovitá hodnota (§ 157 ods. 2),
- na ustanovujúcom valnom zhromaždení sa môžu zúčastniť iba upisovatelia, ktorí splatili aspoň 30 % menovitej hodnoty akcií, ktoré upísali a ktoré sa majú splatiť peňažným vkladom (§ 168 ods. 1, § 169 ods. 1),
- hodnota nepeňažného vkladu musí byť doložená znaleckým posudkom (§ 59 ods. 3),
- pred vznikom spoločnosti musia byť splatené nepeňažné vklady a aspoň 30 % peňažných vkladov (§ 59 ods. 2, § 175 ods. 1),

Akciová spoločnosť ako kapitálová spoločnosť je charakteristická oddelením ekonomického vlastníctva od riadenia podniku akciovej spoločnosti. Akcionári spoločnosti sa zúčastňujú na riadení spoločnosti prostredníctvom valného zhromaždenia spoločnosti. Akciová spoločnosť obligatórne vytvára predstavenstvo ako štatutárny orgán spoločnosti, ktorý je súčasne orgánom obchodného vedenia

spoločnosti, a dozornú radu ako kontrolný orgán spoločnosti.

Ekonomickým dôvodom vytvárania obchodných spoločností je podnikateľský zámer zakladateľov, ktorí vytvorením obchodnej spoločnosti dávajú len právnu formu, v ktorej sa bude podnikateľský zámer realizovať. Bez solidne premysleného, prepracovaného podnikateľského zámeru (prípadne bez premyslenej kultúrnej, športovej a inej činnosti) by vytvorenie obchodnej spoločnosti bolo samoúčelné a i keď by bola takáto spoločnosť právne perfektná, jej praktické fungovanie by zrejme bolo problematické. Právna úprava umožňuje vytvoriť takú obchodnú spoločnosť (takú právnu formu), ktorá by svojimi parametrami (výškou základného imania, vzťahmi medzi spoločníkmi, rozhodovacími právami orgánov spoločnosti a pod.) čo najlepšie zodpovedala konkrétnemu podnikateľskému zámeru. Opačným prístupom, t.j. primárnym vytvorením spoločnosti a následným prispôbovaním podnikateľského zámeru k existujúcej spoločnosti, nemožno dosiahnuť optimálny výsledok. Je zároveň potrebné zdôrazniť, aby pri pripravovanej rekodifikácii Občianskeho zákonníka a s tým súvisiacim prepojení na Obchodný zákonník, nedochádzalo v budúcnosti k rôznemu výkladu jednotlivých inštitútov obchodných spoločností, čím by sa narušila kontinuita aplikačnej praxe. Avšak toto bude témou odborných diskusií, keďže už bolo avizované, že budúci rok bude predložený návrh paragrafového znenia nového Občianskeho zákonníka širokej odbornej verejnosti.

Kontakt

pavol.doric@gmail.com

Katedra obchodního práva Fakulty právnické Západočeské univerzity
v Plzni.

**Kmenové listy jakožto alternativní podoba podílů společníka ve
společnosti s ručením omezeným podle rekodifikované úpravy –
základní otázky***

Abstrakt

Předmětný referát se zabývá – z povahy věci ovšem pouze některými – otázkami nové právní úpravy kmenových listů jakožto fakultativně vydávaných cenných papírů, jež mohou být alternativou dosavadních imateriálních podílů společníka ve společnosti s ručením omezeným. Přitom se zvláštní důraz klade jednak postižení právní povahy a podstaty kmenových listů, jednak rozboru otázky, jaké možné důsledky jejich zavedení pro právo společností s ručením omezeným potenciálně mohou mít.

I.

Nová právní úprava s. r. o. přináší v §§ 135-138 ZOK¹ novou právní úpravu podílu² společníka v s. r. o. Základní změny jsou tyto:

- a) společenská smlouva s. r. o. může připustit vznik různých druhů podílů,
- b) podíly, se kterými jsou spojena stejná práva a povinnosti, tvoří jeden druh,
- c) podíl, se kterým nejsou spojena žádná zvláštní práva a povinnosti, je podíl základní,
- d) určí-li tak společenská smlouva s. r. o., může společník vlastnit více podílů (stejného nebo různého) druhu,
- e) podíl společníka v s. r. o. může být reprezentován cenným papírem – kmenovým listem,
- f) různé druhy podílů a práva a povinnosti s nimi spojené se určí ve společenské smlouvě s. r. o., a

** Autor působí na Katedře obchodního práva Fakulty právnické Západočeské univerzity v Plzni.

* Vzhledem k omezenému rozsahu tohoto referátu se zde pojednává jen o některých základních otázkách nové právní úpravy, s tím, že k technickým aspektům se zde nepřihlíží.

¹ Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích) – účinný od 1. 1. 2014.

² Podíl společníka v s. r. o. se již neoznačuje jako obchodní podíl, nýbrž – stejně jako u jiných obchodních společností – jako podíl. Jedná se o změnu čistě terminologickou, nikoliv věcnou. Důvod této změny není zřejmý; ani důvodová zpráva k návrhu zákona jej nevysvětluje.

- g) je-li podle společenské smlouvy s. r. o. dovolen vznik více podílů pro jednoho společníka, může s. r. o. vydat kmenový list pro každý podíl.

Výše uvedené změny představují velmi radikální změnu dosavadního pojetí jediného druhu (obchodního) podílu, když obchodní zákoník více druhů obchodního podílu naprosto nepřipouštěl. Důvodová zpráva k návrhu zákona tuto změnu komentuje tak, že vzhledem ke snaze o zvýšení atraktivity s. r. o. se zavádí širší využitelnost druhů podílů – s. r. o. tak může povolit emisi více druhů podílů s tím, že zákon obsahuje pravidla pro případný spor; jeden společník také může vlastnit více různých podílů, čímž se umožňuje vyšší míra vlastnické stratifikace. S výše uvedeným pojetím lze souhlasit a kvitovat jej v obecné rovině kladně. K modernizaci právní úpravy s. r. o. (resp. tamějších národních úprav společnosti ekvivalentní právní formy) přistoupila v posledních letech celá řada vyspělých členských států EU (např. Velká Británie, Francie nebo Německo – MoMIG). Koncept, podle něhož se počítalo s dovolením možnosti vydávat více než jeden druh podílu, obsahuje i návrh nařízení o SPE.

Z praktického hlediska se ovšem o zase až tak radikální změnu nejedná, protože již za účinnosti obchodního zákoníku bylo možno ve společenské smlouvě s. r. o. dohodnout (i pro jednotlivé společníky) různé odchylky od zákonného režimu, takže i když obchodní zákoník uznával pouze jediný druh obchodního podílu, jednotliví společníci přesto mohli mít různý rozsah práv a povinností.

II.

Již pouhé připuštění existence kmenových listů vyvolává tři závažné otázky.

Za prvé je otázkou, zda je dovoleno, aby v s. r. o. vedle sebe paralelně existovaly podíly, jež by kmenovými listy představovány byly, a podíly, jež by kmenovými listy představovány nebyly.

Za druhé je otázkou, zda mohou v s. r. o. paralelně existovat podíly s omezenou převoditelností nebo nepřevoditelné, které nejsou představovány kmenovými listy, a podíly neomezeně převoditelné, které jsou představovány kmenovými listy.

A za třetí je otázkou, zda mohou v s. r. o. paralelně existovat podíly s omezenou převoditelností nebo nepřevoditelné, které nejsou představovány kmenovými listy, podíly neomezeně převoditelné, které jsou představovány kmenovými listy, a podíly neomezeně převoditelné, které nejsou představovány kmenovými listy.

Podle všeho je odpověď na všechny tři výše položené otázky kladná, tedy že výše uvedené je dovoleno, s tím, že zde tedy existují různé druhy podílů nejen do obsahu společnických práv a povinností s nimi spojených, nýbrž i co do svého (ne)představování cenným papírem.

Není-li tato otázka upravena ve společenské smlouvě s. r. o., platí, že vznik různých druhů podílů není dovolen a se všemi podíly se pojí (v zásadě³) stejná práva a povinnosti společníka.

³ I v těch případech, kdy společenská smlouva s. r. o. nepřipouští vydání více druhů podílů (a nastupuje zde tedy zákonný režim § 135 odst. 1 věty druhé a třetí), mohou být reálně práva a povinnosti jednotlivých společníků *in concreto* odlišná např. tehdy, bude-li se s každým podílem pojít různě velký vklad.

III.

Pravidlo, že pokud společenská smlouva s. r. o. nedovolí výslovně opak, může každý společník vlastnit jen jediný podíl, vyvolává nutně otázku, jak má být v případě, že společenská smlouva s. r. o. o vlastnictví více podílů stejnou osobou mlčí, postupováno při převodu nebo přechodu vlastnického práva k dalšímu podílu na společníka, který již vlastní první podíl. Logicky vzato je tu jen jediný možný výklad, že – vzhledem k tomu, že zákon nemá žádnou úpravu pro spojení podílů *ex lege* a krom toho jen stěží lze uvažovat o spojení podílů různých druhů – v takovém případě:

1. nemůže dojít k převodu vlastnického práva k podílu a smlouva tomu odporující je pro počáteční nemožnost plnění absolutně neplatná (§ 580 odst. 2 NOZ⁴), a
2. nemůže dojít k přechodu vlastnického práva k podílu; absence přivolení k vlastnictví více podílů ve společenské smlouvě s. r. o. tu reálně plní funkci překážky pro přechod podílu (§ 42 odst. 1 ZOK).

Tento závěr platí jak pro případ, kdy ve společenské smlouvě s. r. o. není dovoleno toliko vlastnictví dvou nebo více podílů různých druhů jednou osobou, tak i pro případ, kdy ve společenské smlouvě s. r. o. není dovoleno ani vlastnictví dvou nebo více podílů stejného druhu jednou osobou.

Stejně závěry pak platí i pro případ toliko převodu nebo přechodu spoluvlastnického práva k podílu, a to bez ohledu na to, v jakém druhu spoluvlastnictví se tento podíl nachází. Má-li totiž být smysl zákona respektován, pak absence přivolení ve společenské smlouvě s. r. o. má za následek i nemožnost stavu, kdy by jedna osoba byla současně vlastníkem jednoho podílu a spoluvlastníkem druhého podílu; akceptace tohoto stavu by vlastně umožnila obcházení kolektivní vůle společníků vtělené do společenské smlouvy s. r. o., což nelze připustit.

Není-li vlastnictví více podílů jednou osobou společenskou smlouvou s. r. o. zakázáno, může jeden společník vlastnit jeden nebo více podílů, které jsou představovány kmenovými listy, zároveň s jedním nebo více podíly, které nejsou představovány kmenovými listy. Společenská smlouva s. r. o. však může i zde určit něco jiného.

IV.

Možnost, aby podíl společníka v s. r. o. byl představován cenným papírem, představuje bezkonkurenčně nejradikálnější změnu dosavadní právní úpravy s. r. o.

Změna je to vskutku radikální, a to tím spíše, že s něčím podobným (a to ani omezeně) věcný záměr zákona v roce 2002 vůbec nepočítal, a nepočítaly s ním ani průběžně připravované jednotlivé verze. K radikálnímu obratu dochází teprve mnohem později, až v letech 2008-2009, když v té době se kmenový list označoval jako podílní list.

Důvodová zpráva k návrhu zákona pak tuto změnu odůvodňuje tak, že z důvodů vyšší využitelnosti s. r. o. se připouští, aby podíl byl reprezentován cenným papírem; pro zajištění ochrany věřitelů se však nepřipouští, aby mohl být takový cenný papír přijat k obchodování na evropském nebo jiném regulovaném trhu nebo na jiném veřejném trhu. Při vydání cenného papíru pak převody sledují tento cenný

⁴ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník – účinný od 1. 1. 2014.

papír. Tento koncept sleduje zejména návrh nařízení o SPE, který využitelnost cenného papíru také připouští; cílem návrhu zákona není vytvořit další akciovou společnost, ale i nadále držet soukromou (a uzavřenou) společnost, jejíž cenné papíry nebudou mít negativní vliv na kapitálový trh. Opačný postup může vést k tomu, že účinností nařízení o SPE dojde ke vzniku regulační arbitráže a čeští podnikatelé budou raději volit regulaci SPE.

Tvrzení obsažená v důvodové zprávě v tomto punktu třeba odmítnout z následujících důvodů.

Předně z ničeho neplyne (a ani důvodová zpráva tuto skutečnost nijak nekomentuje, ani neodkazuje na žádný relevantní dokument, z něhož by bylo možno takový závěr odvodit), že by čeští podnikatelé po přijetí nařízení o SPE raději volili právní úpravu SPE před s. r. o. Výše uvedené nelze označit jinak než jako pouhopouhou spekulaci osnovatelů zákonného textu. Jednak neexistují pro výše uvedené žádné exaktní podklady, jednak se lze – při silně konzervativních náhledech jak českého právního stavu, tak i české podnikatelské veřejnosti – mnohem spíše domnívat, že by k ničemu podobnému nedošlo; dílčí výjimky tím nejsou vyloučeny. Tento předpoklad podporují – jakkoliv toliko nepřímě – i zkušenosti s právní úpravou již existujících EHVS, SE a SCE, které (nejen v ČR, nýbrž v celé EU) žádné větší obliby nedosáhly. Vzhledem k tomu, že návrh nařízení o SPE byl a je (ve všech verzích) koncipován na obdobné – veskrze extrémně složité – právní konstrukci různě rozsáhlé subsidiarity národního práva stejně, jako tomu bylo u EHVS, SE a SCE, které nedosáhly významnější obliby mj. právě pro svoji mimořádně složitou právní úpravu, lze se mnohem spíše domnívat, že by český podnikatel raději i nadále využíval spíše jemu známou národní s. r. o. než neznámou evropskou SPE.

Dále je velkou otázkou, kdy a popř. zda vůbec bude nařízení o SPE vydáno; první návrh byl publikován již v roce 2008. Stejně tak bylo a je velkou otázkou, jakou podobu by právní úprava SPE vůbec měla (když jednotlivé verze návrhu se od sebe významně odlišovaly).

Poměrně zásadní je skutečnost, že není zjevné, jaký (ekonomický, sociální či jiný) benefit tato nová právní úprava přináší (jediný benefit, který je v tuto chvíli zjevný a nepochybný, je ten, který přináší publikujícím juristům, neboť ti si na ni budou moci tříbit svůj juristický ostrov).

I přes výše citované tvrzení v důvodové zprávě je naopak nepochybné, že právní úprava vydání podílu skrze kmenový list připodobňuje s. r. o. k a. s. v míře dosud nebývalé, neboť právě skutečnost, že pouze u a. s. byly její podíly představovány cennými papíry, což bylo ostatním obchodním společnostem dosud zakázáno, byla vždy jedním ze zásadních imanentních rysů a. s. odlišující ji od jiných obchodních společností. Zákaz jejich obchodování na kapitálovém trhu na tom nic principiálně nemění. Výše uvedené je poněkud bizarní, vezme-li se v potaz, kolikrát bylo v uplynulých dvou desetiletích na půdě někdejšího obchodního zákoníku právní teorií i praxí kritizováno, že zákonodárce nepřirozeně připodobňuje ostatní obchodní společnosti podle vzoru a. s. aniž by respektoval v dostatečné míře jejich individuální zvláštnosti.

I přes mlčení důvodové zprávy je zřejmé, že zákonodárce zde nastoupil – byť nikoliv důsledně – kurs vlastní zejména anglosaským jurisdikcím, kde se kapitálové obchodní společnosti nerozlišují na společnosti s ručením omezeným a akciové společnosti (což je členění vlastní kontinentálním právním řádům), nýbrž na

společnosti veřejné (public company) a soukromé (private company) se zřetelem k tomu, zda jsou jejich podíly veřejně nabízeny na kapitálových trzích či nikoliv.

Existence právní úpravy kmenového listu zásadním způsobem prolamuje princip, že s. r. o. je uzavřená korporace s relativně silně vázaným členstvím (účastí) společníků v ní; skutečnost toliko fakultativnosti jejich existence na výše uvedeném nic zásadně nemění.

V rozsahu, v jakém zákon o obchodních korporacích nestanoví výslovně jinak, platí pro kmenový list obecné předpisy o cenných papírech podle § 514 a násl. NOZ.

V.

Každý kmenový list právně představuje samostatný podíl v s. r. o. (§ 32 odst. 1 ZOK).

Funkce kmenového listu v s. r. o. je koncipována do jisté míry obdobně jako funkce akcie v a. s. Oproti akcii je však kmenový list *cenným papírem fakultativním*, tedy že je s. r. o. může, ale nemusí vydat.

Kmenový list je koncipován jako *podílnický cenný papír*. Nejedná se tu ovšem o účastnický cenný papír, protože ten může být emitován výhradně a. s. (§ 245 ZOK).

Kmenový list je *cenný papír soukromý*, protože jeho emitentem může být jen s. r. o. jakožto soukromoprávní korporace.

Oproti akcii nemá kmenový list jmenovitou hodnotu ani jej nelze připodobnit k podílové, resp. kusové akcii. Přesto tu však jistá, byť velmi vzdálená podobnost existuje; s každým kmenovým listem musí být spojen vklad do základního kapitálu s. r. o. [§ 138 odst. 1 písm. c) ZOK]. Velikost vkladu spojeného s tím kterým kmenovým listem však nevypovídá nic o reálné (tržní) hodnotě kmenového listu ani o rozsahu společnických práv a povinností vlastníka toho kterého kmenového listu, neboť společenská smlouva zde může obsahovat vlastní, od zákona odchylnou úpravu (§ 135 odst. 1 ZOK).

Jakožto cenný papír neodlučitelně spojený se s. r. o. má kmenový list tři základní pojmové rysy:

1. vklad s kmenovým listem spojený představuje určitou část (podíl) na základním kapitálu s. r. o.; k případnému emisnímu ážiu se zde nepřihlíží. Má-li dojít ke změně výše vkladu, je třeba tuto skutečnost na kmenový list vyznačit nebo dosavadní kmenový list vyměnit za nový; přitom se postupuje podle §§ 152-154 ZOK,
2. ve kmenovém listu jsou inkorporována společnická práva a povinnosti jeho vlastníka jakožto společníka s. r. o., a
3. kmenový list je osvědčením (legitimací), jež dokládá vlastníkům společnický vztah k s. r. o. Práva spojená s kmenovým listem může vykonávat jen ta osoba, která je zákonem stanoveným způsobem k tomu legitimována. Přitom se vychází ze stavu zápisu v seznamu společníků, ovšem s tím, že není-li stav zápisu v seznamu společníků v souladu se stavem skutečným, vykonává práva a povinnosti společníka s. r. o. vlastník kmenového listu, který tuto skutečnost s. r. o. prokáže; tím není dotčen režim § 32 odst. 4 ZOK.

Kmenový list v sobě obsahuje právo jeho vlastníka mít veškerá práva a povinnosti společníka s. r. o., a to – až na výjimky dané povahou věci – ve stejném rozsahu, jako kdyby podíl společníka v s. r. o. nebyl představován cenným papírem.

Otázkou je, zda mohou být – vzhledem k tomu, že podle § 135 odst. 1 věty první ZOK může společenská smlouva s. r. o. připustit vydání více druhů podílů – vydány též kmenové listy různých druhů. Z absence výslovného zákazu a z logiky věci (když s jednotlivými kmenovými listy může být spojena různá výše vkladu připadající na ten který kmenový list) plyne odpověď kladná.

VI.

Kmenový list je ve smyslu § 516 odst. 1 NOZ *cenný papír zastupitelný*, jde-li o kmenové listy téhož emitenta, je-li s nimi spojena stejná výše vkladů a vznikají-li z nich stejná práva a povinnosti. Číselné označení kmenových listů nemá vliv na jejich zastupitelnost; tím není vyloučeno, že by se *in concreto* mohly kmenové listy stát cennými papíry nezastupitelnými, bylo-li by např. v kupní smlouvě ujednáno, že předmětem koupě je individuálním číslem identifikovaný kmenový list. Jsou-li ovšem vydány kmenové listy různých druhů, pak se *in concreto* jedná o *cenné papíry nezastupitelné*.

Kmenový list lze označit za *cenný papír spekulativní*, neboť investor zde očekává zhodnocení své investice jednak v podobě podílu na zisku, jednak v podobě růstu tržní ceny kmenového listu, kdy lze koupí a následným prodejem kmenového listu realizovat zisk spočívající v rozdílu mezi kupní a prodejní cenou. Ani jedna podoba zhodnocení však není a z povahy věci ani nemůže být zaručena.

Z dikce zákona není – odchýlně od a. s., kde je tato otázka výslovně upravena (§ 256 odst. 3 ZOK) – zřejmé, kterým okamžikem se osoba, které má být (po vzniku s. r. o. nebo i kdykoliv později za jejího trvání) vydán kmenový list, stává společníkem s. r. o. a je tedy oprávněna k výkonu společnických práv a povinností. V úvahu tu připadá jednak den, od něhož se osoba účastní na základním kapitálu s. r. o., nebo alternativně den, kdy s. r. o. kmenový list vydala. Podle všeho je tu určující skutečnost, zda se tato osoba účastní svým vkladem na základním kapitálu s. r. o. či nikoliv. Přitom osoba, která se na základním kapitálu s. r. o. účastní, je společníkem s. r. o.; naproti tomu osoba, která se na základním kapitálu s. r. o. neúčastní, nemůže být jejím společníkem. Z toho plyne, že i když má být podíl společníka představován kmenovým listem, je i v těch případech, kdy kmenový list nebyl oprávněně osobě vydán, tato osoba společníkem s. r. o. a je oprávněna k výkonu všech práv a povinností společníka s. r. o. Každý společník s. r. o. musí být po celou dobu existence s. r. o. uveden v seznamu společníků (§ 139 ZOK) a ve společenské smlouvě s. r. o. [§ 146 odst. 1 písm. c) ZOK]; žádná vazba na to, zda mu byl již kmenový list vydán či nikoliv, tu není. Nelze přitom logicky dovodit, že osoba, která je uvedena jako společník v seznamu společníků a ve společenské smlouvě s. r. o., není oprávněna k výkonu společnických práv a povinností jen proto, že jí kmenový list dosud nebyl vydán, když se přitom svým vkladem podílí na základním kapitálu s. r. o. Vzhledem k tomu lze kmenový list považovat též za *cenný papír deklaratorní*, protože pouze dokládá právní postavení společníka = vlastníka kmenového listu, který své právní postavení společníka s. r. o. získal z jiného právního důvodu. Stejný závěr pak lze dovodit i z analogie s právní úpravou této otázky u a. s. (§ 256 odst. 3 ZOK).

Po vydání kmenového listu se plně uplatňují jeho legitimační účinky, neboť nelze doložit právní postavení společníka jinak než způsobem zákonem stanoveným; vzhledem k tomu tu lze hovořit o *cenném papíru kauzálním*, protože je z něj patrný právní důvod závazku vzniklého mezi s. r. o. a jejím společníkem.

Kmenový list je *cenný papír umořitelný*, neboť dojde-li ke ztrátě nebo zničení kmenového listu, je třeba jej umořit postupem podle §§ 185i-185s OSŘ.

Kmenový list může být vydán jako individuální cenný papír nebo – ve smyslu § 524 NOZ – jako hromadný cenný papír (§ 138 odst. 2 ZOK).

VII.

Kmenový list lze vydat pouze k podílu, jehož převoditelnost není omezena nebo podmíněna; to z něj činí *cenný papír cirkulační*. Vzhledem k tomu lze též kmenový list bez jakýchkoliv omezení zastavit (§ 32 odst. 3 ZOK).

Zákonná podmínka volné převoditelnosti kmenového listu vyvolává otázku, zda vůbec, a pokud ano, pak jakým postupem lze omezit nebo vyloučit převoditelnost podílu, který je představován kmenovým listem. Absence zákonného zákazu takového postupu tu tedy vede k závěru, že omezení nebo vyloučení převoditelnosti podílu, který je představován kmenovým listem, je možné, ovšem s tím, že tato skutečnost má za následek nemožnost další existence kmenového listu; postup tu bude následující. Přijetím rozhodnutí o změně společenské smlouvy, kterým se omezuje nebo vylučuje převoditelnost podílu, se dostává další existence kmenového listu do rozporu se zákonem. Již vydané kmenové listy musí být staženy z oběhu a zničeny; přitom se postupuje podle §§ 152-154 ZOK.

VIII.

Kmenový list je cenný papír na řad. Právním titulem převodu vlastnického práva ke kmenovému listu je smlouva a modem rubopis (indosament); převod nastává okamžikem předání (tradice) kmenového listu jeho nabyvateli. Pro vlastní převod se zde použije primárně speciální úprava v § 210 ZOK a sekundárně pak obecná úprava v § 1103 odst. 2 NOZ, s tím, že o náležitostech rubopisu a jeho přijetí, jakož i o tom, kdo je z rubopisu oprávněn a jak se toto oprávnění prokazuje, platí příslušná ustanovení zákona č. 191/1950 Sb., směnečného a šekového, ve znění pozdějších předpisů.

Z dikce zákona není zřejmé, zda smlouva o převodu vlastnického práva ke kmenovému listu musí splňovat podmínku písemné formy s úředně ověřenými podpisy podle § 209 odst. 2 ZOK, z logiky věci však podle všeho plyne, že nikoliv, protože jinak by zcela zmizel základní smysl existence kmenového listu, totiž maximální usnadnění jeho převoditelnosti. I přesto však z praktického hlediska lze písemnou formu smlouvy jednoznačně doporučit.

IX.

Kmenový list nelze vydat jako zaknihovaný cenný papír. Vlastní účel, resp. důvod tohoto je však nejasný. Lze se domnívat, že zákonodárce k tomu vedla snaha maximálně zjednodušit převod kmenového listu, neboť u zaknihovaných cenných

papírů je nezbytný zápis převodu do Centrální evidence cenných papírů, což u cenných papírů odpadá.⁵

X.

Kmenový list nemůže být veřejně nabízen nebo přijat k obchodování na evropském regulovaném trhu ani na jiném veřejném trhu, což vylučuje kmenový list z okruhu investičních cenných papírů (§ 3 odst. 2 věta první ZPKT⁶). Kmenový list není ani jiným investičním nástrojem ve smyslu § 3 odst. 1 ZPKT.

Tento zákaz je absolutní povahy; vzhledem k tomu není dovoleno přijetí k obchodování ani na českém, ani na jakémkoliv zahraničním trhu. Ve vztahu k zahraničním kapitálovým trhům (zejména těm mimo okruh členských států EU a EHP) je tento zákaz spíše iluzorní, protože tyto trhy se řídí příslušnými zahraničními právními úpravami, přičemž nelze reálně očekávat, že by tyto jurisdikce braly ohled na českou právní úpravu.

Argument o nutnosti zákazu obchodování kmenového listu na kapitálovém trhu uvedený v důvodové zprávě je mylný. Přece bylo-li by obchodování podřízeno stejné regulaci jako obchodování s účastnickými cennými papíry vydávanými a. s., pak by logicky vzato všechny dotčené osoby (věřitele nevyjímaje) měly i stejnou míru ochrany jako dotčené osoby při obchodování s účastnickými cennými papíry vydávanými a. s. (kde přitom jistě nikoho ani nenapadne takový striktní zákaz do zákona vkládat). Skutečný důvod tohoto zákazu spíše spočívá v (oficiálně nepřiznané) snaze zákonodárce omezit důsledky přiblížení se s. r. o. právní úpravě a. s., které právě zavedení kmenových listů nutně vyvolalo. Přístup zákonodárce je zde vskutku schizofrenní; na jedné straně s. r. o. zásadním způsobem připodobňuje k a. s., na druhé straně se (patrně v obavách z důsledků této změny) snaží tyto důsledky omezit rigidním zákazem.

Kontakt

thomas@kop.zcu.cz

⁵ Nový občanský zákoník zrušil rozlišování cenných papírů podle jejich podoby na listinné a zaknihované, nýbrž určil, že vedle cenných papírů (jež vždy mají hmotný substrát) existují i zaknihované cenné papíry, jež jsou vždy imateriální podstaty.

⁶ Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů.

Modernizácia práva obchodných spoločností na Slovensku¹

Abstrakt

Právna úprava obchodných spoločností a družstiev na Slovensku prešla za obdobie ostatných dvadsiatich rokov mnohými novelizáciami. Dôsledkom týchto často nekoordinovaných a nekonceptných zásahov je značná neprehľadnosť právnej úpravy, ktorá sa prejavuje jednak v štruktúrovaní právnej úpravy a tiež vsúvaním nových ustanovení upravujúcich nové právne inštitúty do pôvodného zákonného textu. Nová právna úprava obchodných spoločností a družstiev je pripravovaná paralelne a v koordinácii s prípravou nového Občianskeho zákonníka, ako súčasť celkovej rekodifikácie súkromného práva na Slovensku. V stati sú uvedené vybrané námety na modernizáciu práva obchodných spoločností a je uvedený aj koncept štruktúry novej právnej úpravy obchodných spoločností a družstiev.

Prehľad vývoja právnej úpravy obchodných spoločností od roku 1992

Platná slovenská právna úprava obchodných spoločností a družstiev je obsiahnutá v druhej časti Obchodného zákonníka, prijatého v novembri 1991, teda ešte v období existencie Českej a Slovenskej federatívnej republiky. O slovenskom práve obchodných spoločností, ako o súčasť právneho poriadku suverénneho štátu - Slovenskej republiky, možno tak hovoriť až od vzniku Slovenskej republiky, teda od roku 1993.

Slovenská právna úprava obchodnej spoločnosti bola od nadobudnutia účinnosti konfrontovaná s procesom transformácie ekonomiky z administratívno-direktívneho systému na systém trhového hospodárstva, s procesom privatizácie, s negatívnymi javmi, ktoré vyplynuli z nedostatočného poznania jednotlivých obchodnoprávných inštitútov pri ich praktickej realizácii a tiež s podmienkami prístupového procesu do Európskej únie a následne po vstupe Slovenskej republiky do Európskej únie s požiadavkami na transformáciu európskych smerníc do slovenského zákonodarstva. Dôsledkom bola značná nestabilita platnej právnej

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy Vega 1/1042/11 pod názvom „Premeny kapitálových obchodných spoločností a družstiev“

úpravy, ktorá sa premietla do mnohých novelizácií a do výrazného narušenia prehľadnosti a štruktúry platnej právnej úpravy. Doposiaľ, t. j. za 21 rokov od nadobudnutia účinnosti, bol Obchodný zákonník novelizovaný 40-krát, pričom podstatná časť novelizácií sa týkala práve druhej časti nazvanej „Obchodné spoločnosti a družstvá“. Už tento počet novelizácií naznačuje, že Obchodný zákonník, najmä jeho druhá časť, nepredstavuje stabilnú právnu úpravu. Z uvedeného počtu novelizácií sa druhej časti týkalo viac ako 20 novelizácií, z toho však len sedem možno označiť za významné, prinášajúce zmeny právnej úpravy, ktoré možno označiť za podstatné.

V doterajšom vývoji právnej úpravy obchodných spoločností sa zreteľne prejavuje najmä tendencia postupnej precizácie úprav jednotlivých inštitútov, najmä v úprave kapitálových spoločností, t. j. spoločností s ručením obmedzeným a akciovej spoločnosti. Táto tendencia je dôsledkom naplňania jednak požiadaviek smerníc Európskej únie a dôsledkom požiadavky na odstránenie negatívnych javov alebo ich čo najskorším odstránení, či aspoň na ich minimalizovaní.

Možno ju sledovať aj na časovej osi, keď napr. v pôvodnom znení Obchodného zákonníka bol pomerne podrobne upravený proces zakladania a vzniku obchodných spoločností, avšak zrušenie a zánik obchodných spoločností bol upravený len veľmi stručne. Až s odstupom niekoľkých rokov, v roku 2001, bol podrobnejšie upravený postup pri zrušení obchodných spoločností s likvidáciou i bez likvidácie. Obdobne by bolo možné takto sledovať postupnú precizáciu úprav napr. aj takých inštitútov, ako sú práva a povinnosti spoločníkov spoločnosti s ručením obmedzeným, valné zhromaždenie spoločnosti s ručením obmedzeným, založenie akciovej spoločnosti na základe výzvy na upisovanie akcií, práva a povinnosti akcionárov, valné zhromaždenie akciovej spoločnosti, predstavenstvo akciovej spoločnosti, zvýšenie základného imania upísaním nových akcií, zníženie základného imania a pod.

Na druhej strane však, aj keď ide o pomerne stručné úpravy, si žiadnu precizáciu doposiaľ nevyžiadali, úpravy takých inštitútov ako je charakteristika verejnej obchodnej spoločnosti, delenie zisku vo verejnej obchodnej spoločnosti, zákaz konkurencie vo verejnej obchodnej spoločnosti, ručenie spoločníkov verejnej obchodnej spoločnosti, zrušenie verejnej obchodnej spoločnosti súdom, smrť spoločníka, vyrovnanie sa so spoločníkom, zrušenie a likvidácia komanditnej spoločnosti, vyrovnanie sa so spoločníkom v spoločnosti s ručením obmedzeným a pod.

Do tendencie precizácie obchodno-právnych úprav možno zahrnúť aj zakomponovanie niektorých nových právnych inštitútov, a to najmä v oblasti práva obchodných spoločností. Medzi takéto nové právne inštitúty možno zaradiť zákaz zneužitia práv spoločníka², zákaz znevýhodnenia spoločníka³, inštitút ovládanej a ovládajúcej osoby⁴, konanie v zhode⁵, neplatnosť spoločnosti⁶, dodatočná likvidácia majetku bývalej spoločnosti⁷, právo jediného spoločníka verejnej

² § 56a, ods. 1 Obchodného zákonníka

³ § 56a, ods. 2 Obchodného zákonníka

⁴ § 66a Obchodného zákonníka

⁵ § 66b Obchodného zákonníka

⁶ § 68a Obchodného zákonníka

⁷ § 75a Obchodného zákonníka

obchodnej spoločnosti, ktorý zostal spoločníkom v zrušenej spoločnosti prevziať ako jej nástupca imanie zrušenej spoločnosti bez likvidácie⁸, obmedzenie práva fyzickej osoby byť jediným spoločníkom v spoločnosti s ručením obmedzeným na tri obchodné spoločnosti⁹, zákaz jednoosobovej spoločnosti s ručením obmedzeným založiť ďalšiu spoločnosť s ručením obmedzeným, alebo byť jediným spoločníkom v inej spoločnosti s ručením obmedzeným¹⁰, možnosť zriadiť záložné právo na obchodný podiel v spoločnosti s ručením obmedzeným¹¹, kombinované zvýšenie základného imania akciovej spoločnosti¹² atď. Naproti tomu niektoré inštitúty boli z Obchodného zákonníka vypustené, napr. premena obchodnej spoločnosti, náhradné valné zhromaždenie akciovej spoločnosti, stanovenie hranice uznávania schopnosti valného zhromaždenia, minimálny počet členov predstavenstva akciovej spoločnosti a pod.

Z hľadiska pôvodu požiadaviek, ktoré sa premietajú do normatívnych úprav možno rozdeliť obchodnoprávne úpravy do dvoch základných skupín. Prvú skupinu predstavujú normatívne právne akty, ktoré majú formu nariadení ES/EÚ a ktoré sú súčasťou nášho práva bez akejkoľvek transformácie¹³.

Do tejto skupiny možno zaradiť aj vnútroštátne úpravy. Tieto možno rozčleniť do dvoch kategórií. Prvú predstavujú vnútroštátne normatívne akty, ktorými slovenská legislatíva využíva priestor pre autonómne normatívne riešenie, ktorý poskytujú nariadenia ES/EÚ¹⁴. Slovenský zákonodarca v zákone č. 177/2004 Z. z., ktorý predstavuje suplementárnu úpravu vo vzťahu k nariadeniu č. 2137/85 o európskom zoskupení hospodárskych záujmov využil možnosť, ktorá vyplýva z čl. 1 ods. 3 Nariadenia ustanoviť, či takéto zoskupenie má alebo nemá právnu subjektivitu. Rozhodnutie slovenského zákonodarcu je upravené v ustanovení § 2 ods. 1 zákona, ktoré ustanovuje, že zoskupenie je právnickou osobou, ktorá sa zapisuje do Obchodného registra. Slovenský zákonodarca sa teda rozhodol pre ustanovenie, že zoskupenie má právnu subjektivitu. Obdobne postupoval zákonodarca aj v prípade zákona 562/2004 Z. z. o európskej spoločnosti. V prípadoch priamo upraveným nariadením ES/EÚ je aplikácia práva členského štátu vylúčená a právo členského štátu je možné aplikovať iba v prípadoch, ktoré nie sú nariadením upravené, alebo v prípadoch, keď sa nariadenie priamo odvoláva na národný právny poriadok členského štátu a predpokladá prijatie „doplnkovej“ (suplementárnej) úpravy. Zákonodarný orgán členského štátu, teda v Slovenskej republike Národná rada SR ako jediný zákonodarný orgán Slovenskej republiky sa pri prijímaní takejto „doplnkovej“ úpravy, a to nielen v oblasti obchodného

⁸ § 88a Obchodného zákonníka

⁹ § 105a, ods. 1, druhá veta Obchodného zákonníka

¹⁰ § 105a, ods. 1, prvá veta Obchodného zákonníka

¹¹ § 117a Obchodného zákonníka

¹² § 209a Obchodného zákonníka

¹³ Príkladom takýchto nariadení sú napríklad Nariadenie Rady (EHS) č. 2137/85 o európskom zoskupení hospodárskych záujmov (EZHZ), Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 o štatúte európskej spoločnosti (SE), Nariadenie Rady (ES) č. 1435/2003 o štatúte európskej družstevnej spoločnosti (družstva)

¹⁴ Príkladom takýchto suplementárnych úprav v slovenskom práve je napr. zákon č. 177/2004 Z. z. o európskom zoskupení hospodárskych záujmov a zákon č. 562/2004 Z. z. o európskej spoločnosti

zákonodarstva, dostáva do pozície prijímateľa „vykonávacieho predpisu“, či odvodeného predpisu.

Do druhej kategórie možno zaradiť smernice ES/EÚ, ktoré nie sú pre členské štáty záväzné, avšak členské štáty sú povinné premietnuť do svojho vnútroštátneho zákonodarstva požiadavky, ktoré vyplývajú z týchto smerníc. Pri transformácii, resp. transpozícii smerníc majú členské štáty väčší priestor pre rozhodovanie, ako vyhovieť požiadavkám vyplývajúcim z týchto smerníc. Aj v tomto prípade však ide o to, že základný zámer, základné smerovanie normatívnej úpravy vyplýva z európskeho práva.

Obchodnoprávne úpravy, ktorých dôvod prijatia vychádza z vnútroštátnych podmienok a predstavujú spôsob realizácie vládneho programu, resp. sú reakciou na odstránenie konkrétnych negatívnych javov či praktických problémov pri aplikácii práva. Nemožno opomenúť, že častou príčinou zmien právnej úpravy obchodnej spoločnosti v podmienkach Slovenska boli aj subjektívne omyly vyplývajúce najmä z absencie tradície národnej legislatívy a nedostatok času na prijímanie zásadných zmien právnej úpravy. To však nepredstavuje slovenské špecifikum, pretože obdobné problémy sa vyskytli aj v iných štátoch, napr. v Českej republike. B. Havel uvádza, že Obchodný zákonník prešiel celým radom čiastkových zmien. Ako príčiny tohto vývoja uviedol na jednej strane nevyhnutnú spoločenskú potrebu vrátane nutnosti harmonizovať české právo s právom Európskej únie, na druhej strane subjektívne omyly a objektívne podmienky vzniku noviel (najmä časový tlak)¹⁵. Príkladom takýchto obchodnoprávných úprav je napr. novelizácia ustanovenia § 69 Obchodného zákonníka o ručení nástupníckych spoločností za záväzky zaniknutej spoločnosti, ktoré bolo prijaté ako reakcia na zneužívanie rozdelenia obchodných spoločností na tzv. „zdravé spoločnosti“, na ktoré prešli len aktíva a na tzv. „choré spoločnosti“, na ktoré prešli len pasíva, pričom takýto postup znamenal ujmu väčšiny veriteľov pôvodnej spoločnosti. Obdobne aj novelizácia obmedzujúca fyzickým osobám, ktoré sú jediným spoločníkom v spoločnosti s ručením obmedzeným, založiť viac ako ďalšie dve takéto spoločnosti, bola prijatá ako reakcia na zneužívanie vytvárania takýchto jednoosobových spoločností, opäť v záujme ukrátenia veriteľov spoločnosti, alebo s cieľom získať nadmerný odpočet dane z pridanej hodnoty.

Odôvodnenie potreby modernizácie práva obchodných spoločností

Potrebu modernizovať právo obchodných spoločností v Slovenskej republike v krátkom časovom horizonte možno odôvodniť najmä:

- a) prebiehajúcim procesom modernizácie európskeho práva obchodných spoločností, vyplývajúcom najmä z Akčného plánu: Európske právo obchodných spoločností a správa a riadenie spoločností – moderný právny rámec pre väčšiu angažovanosť akcionárov a udržateľné spoločnosti¹⁶, ktorého jednotlivé iniciatívy by mali byť zavŕšené prevažne koncom roku 2013;

¹⁵ ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova Občanského zákoníku. Osnova zákona o obchodních korporacích. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, ISBN 978-80-7380-205-9, s. 537

¹⁶ ďalej len Akčný plán COM (2012) 740 final

- b) rekodifikáciou súkromného práva v Slovenskej republike, ktorej realizácia sa odvíja od vládou schváleného legislatívneho zámeru z roku 2008¹⁷;
- c) potrebou zlepšenia prehľadnosti právnej úpravy obchodných spoločností a potrebou normatívnej reakcie na niektoré poznatky z doterajšej realizácie práva obchodných spoločností.

Ad a) Problematika modernizácie práva obchodných spoločností (najmä kapitálových obchodných spoločností) je dlhodobo v popredí záujmu Európskej únie. Ako možno zistiť aj z prílohy k Obchodnému zákonníku, obsahujúcej zoznam preberaných záväzných právnych aktov Európskej únie, Slovenská republika doposiaľ prevzala celkom 12 smerníc obsahujúcich úpravu práva obchodných spoločností.

Súčasná modernizácia európskeho práva obchodných spoločností započala vydaním tzv. Zelenej knihy – správa a riadenie spoločnosti vo finančných inštitúciách a politike odmeňovania¹⁸, ktorú publikovala komisia v roku 2010 a ktorá bola reakciou na hromadenie nadmerných rizík vo finančnom systéme. Vzhľadom na skutočnosť, že pretrvávali nedostatky pri uplatňovaní kódexu správy a riadenia spoločností, najmä pokiaľ ide o zásadu „dodržiavaj alebo vysvetli“¹⁹, prijala komisia Zelenú knihu o správe a riadení spoločnosti²⁰, ktorou sa otvorila diskusia o tom, ako zlepšiť účinnosť súčasných predpisov. Európsky parlament sa k týmto problémom vyjadril prijatím Uznesenia o budúcnosti európskeho práva obchodných spoločností²¹ zo dňa 14. 6. 2012.

V Akčnom pláne sa predpokladajú iniciatívy, ktoré komisia zamýšľa uskutočniť v oblasti modernizácie práva obchodných spoločností, ktoré možno rozdeliť do troch smerov²²:

1. Zvýšenie transparentnosti – spoločnosti musia svojim investorom a spoločnosti ako celku poskytnúť lepšie informácie o svojej správe a riadení. Spoločnostiam by sa tak isto malo umožniť, aby vedeli, kto sú ich akcionári a inštitucionálni investori by mali byť vo svojich politikách hlasovania transparentnejší, aby mohol prebehnúť plodnejší dialóg o otázkach správy a riadenia spoločnosti.
2. Angažovanosť akcionárov – akcionárov treba podnietiť k tomu, aby sa viac zapájali do správy a riadenia spoločnosti. Mali by mať k dispozícii viac možností na dohľad nad politikou odmeňovania a nad transakciami so spriaznenými osobami. Inštitucionálnym investorom, správcom aktív a zastupujúcim poradcom je treba uložiť obmedzený počet povinností s cieľom dosiahnuť ich efektívnejšiu angažovanosť.

¹⁷ Návrh legislatívneho zámeru súkromného práva (LAZAR, J. - editor), Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, Bratislava, 2008, ISBN 978-80-89363-14-8, s. 50 a nasl. (ďalej len legislatívny zámer)

¹⁸ COM (2010) 284 final

¹⁹ comply or explain

²⁰ COM (2011) 164 final

²¹ 2012/2669/(RSP), P7_TA-PROV/2012/259

²² podrobnejšie pozri: ŠULEKOVÁ, Ž.: Modernizácia a tendencie smerovanie európskeho práva obchodných spoločností, Justičná revue, 65, 2013, č. 6 – 7, s. 532 - 542

3. Podporovanie rastu spoločnosti a ich konkurencieschopnosti – je potrebné zjednodušiť cezhraničné operácie európskych podnikov, najmä v prípade malých a stredných podnikov.²³

Predpisy upravujúce správu a riadenia spoločnosti sa uplatňujú iba na spoločnosti kótované na burze. Právo obchodných spoločností sa však uplatňuje v zásade na všetky akciové spoločnosti.

Ad 1) Zvýšenie transparentnosti

Vzhľadom na skutočnosť, že v Európe súbežne existujú rôzne štruktúry orgánov akciových spoločností, môžu kótované spoločnosti zaviesť buď monistický (alebo tiež jednostupňový) systém alebo dualistický (dvojstupňový) systém. Komisia uznáva koexistenciu týchto štruktúr. Za kľúčovú úlohu úspešnej správy a riadenia spoločnosti považuje komisia účinný dohľad nevýkonných riaditeľov alebo orgánov dohľadu²⁴ nad výkonnými riaditeľmi alebo riadiacimi radami. Kódexy správy a riadenia spoločnosti v EÚ sa uplatňujú na základe zásady „dodržiavaj alebo vysvetli“. Tento spôsob regulácie umožňuje, aby sa spoločnosti odklonili od konkrétnych odporúčaní obsiahnutých v kódexoch, ak vysvetlia dôvody, prečo tak urobili. Vysvetlenia, ktoré poskytujú spoločnosti, sú však často nedostatočné a preto je opodstatnené vymedziť, čo predstavuje primerané vysvetlenie.

Z vyjadrení k otázkam položeným v Zelenej knihe 2011 vyplynula nedostatočná identifikácia akcionárov, ktorá neumožňuje emitentom nadviazať spoluprácu v oblasti správy a riadenia spoločnosti. Prevažil tiež návrh na zníženie hraničných hodnôt pre oznamovanie významných podielov v akciových spoločnostiach. Európsky parlament podporil názor, že spoločnosti vydávajúce akcie na meno, by mali mať právo poznať totožnosť svojich vlastníkov, ale že vlastníci akcií na doručiteľa by mali mať právo na to, aby sa ich totožnosť nezverejnila²⁵. Posilnená by mala byť aj transparentnosť pravidiel pre inštitucionálnych investorov, za ktorých sa považujú najmä banky, podielové fondy správcovské spoločnosti a pod.

Ad 2) Angažovanosť akcionárov

Efektívna angažovanosť akcionárov sa považuje za základný pilier riadenia spoločnosti. Angažovanosť akcionárov by sa mala zvýšiť najmä využívaním politiky odmeňovania, ktorá stimuluje dlhodobejšiu tvorbu hodnôt a ktorá je viazaná na výkon. Akcionári by mali mať k dispozícii jasné, zrozumiteľné a porovnateľné informácie o politike odmeňovania a individuálnych odmenách riaditeľov resp. členov štatutárneho orgánu spoločností. O politike odmeňovania a o správe o odmeňovaní, by malo prebehnúť povinné hlasovanie akcionárov. Akcionári by mali mať lepší dohľad nad transakciami so spriaznenými osobami, pričom najpodstatnejšie transakcie by mali akcionári schvaľovať.

Keďže inštitucionálni investori v otázkach správy a riadenia spoločnosti často využívajú poradenské služby, majú poradcovia značný vplyv na hlasovanie na valnom zhromaždení spoločnosti. Vplyv zastupujúcich poradcov vzbudzuje určité obavy, avšak regulácia poradcov na úrovni Európskej únie zatiaľ chýba, a preto bude potrebné pri vypracovaní pravidiel pre zastupujúcich poradcov vychádzať z poznatkov Európskeho orgánu pre cenné papiere a trhy (ESMA). V záujme právnej

²³ Akčný plán s. 4 a 5

²⁴ v závislosti na tom, či ide o monistickú alebo duálnu štruktúru orgánov akciovej spoločnosti

²⁵ Akčný plán str. 7

istoty akcionárov bude potrebné objasniť koncepciu zosúladeného konania²⁶, pretože akcionári potrebujú vedieť, keby si môžu vymieňať informácie a spolupracovať bez rizika neočakávaných právnych následkov, a naopak, kedy je takáto spolupráca neprípustná.

V akciových spoločnostiach majú zamestnanci spoločnosti spravidla nutný záujem na udržaní spoločnosti a na jej riadnom fungovaní. Zamestnanci môžu nadobúdať akcie svojho zamestnávateľa, čo môže mať významný vplyv na rast podielu dlhodobo angažovaných akcionárov.

Ad 3) Podporovanie rastu spoločnosti a ich konkurencieschopnosti

Okrem úpravy obsiahnutej v štatúte európskej spoločnosti (SE), európskeho družstva (SCE) a európskeho zoskupenia hospodárskych záujmov /EZHE) nie sú na úrovni EÚ pravidlá, ktoré by umožňovali spoločnostiam previesť svoje sídlo do zahraničia takým spôsobom, aby sa zachovala právna subjektivita spoločnosti. V tejto otázke komisia hodlá uskutočniť konzultácie o vplyve novej iniciatívy o cezhraničnom premiestnení sídla a zväži následné legislatívne kroky.

Už v roku 2005 bola prijatá smernica č. 2005/56/ES o cezhraničných zlúčeníach alebo splynutiach kapitálových spoločností, ktorá predstavovala veľký krok smerom k cezhraničnej mobilite spoločnosti EÚ²⁷. V tejto oblasti by mali byť posilnené procesné pravidlá, pretože existuje niekoľko otázok, ktoré sú potenciálnym zdrojom neistoty a zložitosti, napr. pokiaľ ide o metódy oceňovania aktív, trvanie lehoty na ochranu práv veriteľov a dôsledky uplatnenia práv veriteľov na dokončenie zlúčenia alebo splynutia.

Výsledky konzultácií ukázali, že existuje značný dopyt po jasnom právnom rámci pre cezhraničné rozdelenie. Vzhľadom na to, že malé a stredné podniky v EÚ zohrávajú významnú úlohu pri posilňovaní hospodárstva, najmä v kontexte hospodárskej krízy, sú potrebné opatrenia na ďalšie uľahčenie existencie malých a stredných podnikov, najmä vytvorením jednoduchších a menej zaťažujúcich podmienok podnikania.

Z diskusie tiež vyplynula podpora iniciatív zameraných na skupiny spoločností. Okrem zjednodušenia oznámenia o štruktúre skupiny, by sa malo presadiť uznanie koncepcie „záujmov skupiny“.

Z hľadiska modernizácie slovenského práva obchodných spoločností, je významná akceptácia konštrukcie vytvorenia jednotného nástroja EÚ v oblasti práva obchodných spoločností, ktorý by pohltil existujúce smernice, alebo zlúčenie skupín smerníc s podobným rozsahom pôsobnosti²⁸. Návrh kodifikovanej smernice o práve obchodných spoločností by mal byť podľa Akčného plánu publikovaný v roku 2013.

Ad b) V krajinách strednej a východnej Európy, v ktorých sa proces rekodifikácie súkromného práva, ako reakcia na spoločenské, politické a ekonomické zmeny z prelomu 80. – 90.-tych rokov 20. storočia už úspešne zavŕšil, či jeho zavŕšenie je vo finálnom štádiu, bola rekodifikácia všeobecného súkromného práva obsahovo aj časovo previazaná s novou úpravou práva obchodných spoločností. Nová právna úprava obchodných spoločností, ako jednej z kategórií právnických

²⁶ konanie v zhode

²⁷ Akčný plán str. 13

²⁸ tento zámer podporilo 75 % respondentov v diskusii k Zelenej knihe a rovnako ho podporil aj Európsky parlament v uznesení zo 14. 6. 2012 o budúcnosti európskeho práva obchodných spoločností

osôb, bola buď zahrnutá do nového všeobecného civilného kódexu (napr. v Maďarsku) alebo bola obsiahnutá v novom zákone o obchodných spoločnostiach, ktorá obsahovala aj úpravu družstiev (napr. Česká republika). Súkromnoprávne kodifikácie vo väčšine krajín v strednej a východnej Európe realizované v ostatnom čase sú spojené s procesom dekodifikácie obchodného práva. Tento proces možno ilustrovať na príklade Českej republiky. Právna úprava obsiahnutá v Obchodnom zákonníku z roku 1991²⁹ bola v procese dekodifikácie obchodného práva zahrnutá do Občianskeho zákonníka (napr. úprava inštitútu podnikateľa, obchodného mena, zastúpenia, prokúry, všeobecná úprava založenia a vzniku právnických osôb, zrušenia a zániku právnických osôb, likvidácie a pod.). Do Občianskeho zákonníka bola tiež zahrnutá celá Tretia časť Obchodného zákonníka – Obchodné záväzkové vzťahy, čím sa dosiahla jednotná úprava záväzkového práva. Osobitnými zákonmi sú upravené také inštitúty ako sú verejné registratúry právnických osôb a účtovná evidencia. Úprava obchodných spoločností a družstiev, ktorá bola obsiahnutá v Druhej časti Obchodného zákonníka, bola zahrnutá do nového zákona o obchodných spoločnostiach a družstvách (zákon o obchodných korporáciách)³⁰, ktorý je špeciálnym predpisom vo vzťahu k Občianskemu zákonníku.

Ad c) Dôsledkom doterajších zásahov do úpravy obchodných spoločností a družstiev v Obchodnom zákonníku jednotlivými novelizáciami je značná neprehľadnosť právnej úpravy, ktorá sa prejavuje jednak v štruktúrovaní právnej úpravy, keď mnohé ustanovenia majú vysoký počet odsekov, pričom jednotlivé odseky obsahujú často aj niekoľko viet. Napr. § 68, ktorý mal pôvodne 7 odsekov má v súčasnosti 13 odsekov, § 69 mal 6 odsekov, dnes 11, či § 75, ktorý mal 5 odsekov a v súčasnosti má 7 odsekov, pričom pôvodne každý odsek obsahoval jednu normatívnu vetu, v súčasnosti je to 16 normatívnych viet. Štruktúra právnej úpravy obchodných spoločností a družstiev je narušená aj vsúvaním nových ustanovení do pôvodného textu zákona označovaných malými písmenami k číslu paragrafu. Najzreteľnejšie je to v úprave zrušenia alebo zlúčenia akciových spoločností, keď medzi § 218 a § 219 je celkom 29 ustanovení označených v niektorých prípadoch aj dvomi písmenami, napr. za § 218 l sú vsunuté §§ 218 la, 218 lb až po § 218 lk, pričom aj tak je táto úprava veľmi stručná a v praxi ťažko aplikovateľná.

Modernizácia práva obchodných spoločností

Príprava slovenského zákona o obchodných spoločnostiach sa odvíja od schváleného legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva z roku 2008, podľa ktorého Občiansky zákonník zakotví tradičnú bipartíciu právnických osôb na právnické osoby korporatívnej povahy a právnické osoby nadačnej povahy³¹. Občiansky zákonník bude upravovať základné predpisy týkajúce sa pojmu, založenia a vzniku právnickej osoby, vykonávania právnych úkonov za právnickú osobu, názvu a sídla právnickej osoby a zrušenia a zániku právnickej osoby. Občiansky zákonník tieto otázky upraví len všeobecne, pretože jednotlivé druhy právnických osôb budú upravené osobitnými zákonmi. Jedným z týchto zákonov má byť zákon

²⁹ zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník

³⁰ č. 90/2012 Sb.

³¹ bod 8.2 legislatívneho zámeru

o obchodných spoločnostiach a družstvách³². Do úpravy obchodných spoločností a družstiev ako právnických osôb výrazne zasiahne koncepcná zmena spočívajúca v tom, že „konštrukcia priameho osobného konania v mene právnickej osoby sa nahradí novou konštrukciou zastúpenia právnickej osoby osobou konajúcou v jej mene“³³. Občiansky zákonník zachová rozlíšenie medzi založením a vznikom právnickej osoby a zrušením a zánikom právnickej osoby a jeho právnymi následkami³⁴.

Oproti doterajšej platnej právnej úprave tak dôjde k presunu niektorých inštitútov z druhej časti platného Obchodného zákonníka do všeobecnej úpravy v Občianskom zákonníku. Pôjde najmä o presun úpravy inštitútu likvidácie spoločnosti (doposiaľ §§ 70 - 75a), všeobecnej úpravy založenia spoločnosti (§ 57) a vzniku obchodnej spoločnosti (§ 62), ako aj zrušenia a zániku obchodnej spoločnosti (§§ 68 - 69aa).

V nadväznosti na súčasnú právnu úpravu sa aj v novej právnej úprave predpokladá zachovanie všeobecnej časti upravujúcej základné kategórie práva obchodných spoločností a družstiev, akými sú ručenie spoločníkov, zákaz zneužitia práv spoločníkov, zákaz diskriminácie spoločníkov, základné imanie, vklad spoločníka, správa vkladu, podiel, konanie v mene spoločnosti pred jej vznikom, ovládaná a ovládajúca osoba, konanie v zhode, rezervný fond, neplatnosť spoločnosti a ďalšie všeobecné inštitúty.

V novej právnej úprave by mal byť daný dôraz na realizáciu zmluvnej slobody spoločníkov/akcionárov, ako aj na vymedzenie pevných hraníc zodpovednosti a delby kompetencií medzi jednotlivými orgánmi obchodnej spoločnosti. Nová právna úprava by mala odzrkadľovať faktický výkon riadiacich oprávnení inými osobami, ako sú ustanovené orgány spoločnosti a na iné spôsoby ovplyvňovania výkonu riadiacich a kontrolných oprávnení orgánov obchodnej spoločnosti, ako aj na obmedzenie priestoru pre zneužívanie subjektivity právnických osôb a tiež na možnosť prihlásenia sa ku kódexom správy a riadenia obchodných spoločností (Corporate governance kodex)

Z hľadiska foriem spoločnosti by aj v novom zákone mali byť zachované doterajšie formy obchodných spoločností, a to verejná obchodná spoločnosť, komanditná spoločnosť, spoločnosť s ručením obmedzeným a akciová spoločnosť. Do úvahy prichádza tiež rozšírenie foriem obchodných spoločností o komanditnú spoločnosť na akcie a komanditnú spoločnosť na investičné cenné papiere (SICAV).

Komanditná spoločnosť na akcie mala v našom práve svoje miesto naposledy do roku 1992, avšak potenciál tejto formy obchodnej spoločnosti nebol u nás využitý. Spomínaný zákon č. 90/2012 Sb. o obchodných korporáciách túto formu neupravuje. Na rozdiel od poľského zákona o spolkach handlowych, ktorý túto formu obchodnej spoločnosti upravuje pomerne podrobne a je v tomto smere pre nás inšpiráciou³⁵.

V úprave akciovej spoločnosti by malo zostať zachované členenie na súkromnú a verejnú akciovú spoločnosť a zvažuje sa zavedenie úpravy

³² bod 8. 3 legislatívneho zámeru

³³ bod 8. 4 legislatívneho zámeru (podobne ako je to v Nemecku, Švajčiarsku, Rakúsku, Poľsku, Česku a v ďalších krajinách)

³⁴ body 8.7 a 8.10 legislatívneho zámeru

³⁵ art. 125 - 150 Kodexu spolek handlowych

zjednodušenej akciovej spoločnosti podľa francúzskeho modelu takejto spoločnosti (*société par actions simplifiée*). Úprava akciovej spoločnosti týkajúca sa štruktúry orgánov, by mala byť alternatívna, umožňujúca zakladateľom výber medzi monistickou a dualistickou štruktúrou orgánov.

Mimo úpravy pripravovaného zákona o obchodných spoločnostiach a družstvách by mali zostať i naďalej úprava o európskom zoskupení hospodárskych záujmov (EZHZ), o európskej spoločnosti (SE) a o európskej družstevnej spoločnosti - družstve (SCE) ako aj o pripravovanej úprave európskej súkromnej spoločnosti (SPE). V zákone o obchodných spoločnostiach a družstvách, ktorý možno označiť za „základný“ zákon, by nemala byť obsiahnutá úprava vo „vykonávacom“ zákone.

Nový zákon o obchodných spoločnostiach a družstvách, tak ako to už so samotného názvu vyplýva, by mal obsahovať aj úpravu družstiev, s ktorou európska normotvorba ráta ako s progresívnou a ktorá je ostatných viac ako 20 rokov v našich podmienkach zaznávaná. Dôvodom či príčinou tohto stavu je neopodstatnené spájanie družstiev s obdobím pred rokom 1989. Tradície družstevníctva na Slovensku pritom siahajú do roku 1848, kedy bolo na Slovensku vytvorené prvé úverové družstvo na európskom kontinente³⁶. Formu družstva by malo byť možné využívať jednak v podnikateľskej činnosti (a to nielen v poľnohospodárstve), čomu by mali zodpovedať aj pravidlá rozhodovania podľa vloženého kapitálu a nie podľa pravidiel družstevnej demokracie, založenej na zásade jeden člen - jeden hlas, ale aj v ďalších činnostiach orientovaných na uspokojovanie hospodárskych a tiež sociálnych potrieb členov. Osobitnú sféru predstavuje bytové družstevníctvo, pretože najmä od 70-tych rokov 20. storočia prevládala u nás výstavba družstevných bytov a vznikol tak veľký počet stavebných bytových družstiev, ktoré majú často veľký počet členov. Zvažujeme aj možnosť vytvorenia sociálnych družstiev podľa vzoru českej právnej úpravy. Sociálne družstvo, v ponímaní českej právnej úpravy, čo zodpovedá aj nášmu ponímaniu, je možné vytvoriť za účelom pracovnej a sociálnej integrácie znevýhodnených osôb do spoločnosti.

Nový zákon o obchodných spoločnostiach a družstvách by mal nadviazať na doterajšiu právnu úpravu a nemal by byť založený na snahe všetko zmeniť a nemal by mať snahu začať od počiatku. Na Slovensku platí ešte viac než v Českej republike, že problém obchodného práva nie je v texte právnych noriem ale, ako uvádza B. Havel, v ich výklade a etatickej či paternalistickej aplikácii všeobecného občianskeho práva³⁷.

Zásadnou pri tvorbe nového zákona o obchodných spoločnostiach sa javí otázka nakoľko sformulovať vlastnú slovenskú koncepciu korporáčného práva, keďže nemožno nadviazať na skoršie ucelené koncepcie (vzhľadom na slovenské historické reálie) a či je to vôbec opodstatnené vzhľadom na malý ekonomický rozmer Slovenska a na internacionalizáciu (europeizáciu) korporáčného práva. Na české ale i slovenské korporáčné právo malo a doposiaľ má značný vplyv najmä nemecké resp. rakúske právo, ale v ostatnom období aj poľské právo a najmä právo Európskej únie. Ako alternatíva sa tak ponúka pokračovanie vo využívaní právnych

³⁶ Išlo o gazdovský spolok v Sobotišti, ktorého zakladateľom bol učiteľ Samuel Jurkovič

³⁷ ELIÁŠ, K., HAVEL, B.: Osnova Občanského zákoníku. Osnova zákona o obchodných korporáciách. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, ISBN 978-80-7380-205-9, s. 19

transplantátov, najmä z uvedenej proveniencie, čo by malo viesť postupne k ďalšej harmonizácii nášho korporáčného práva s korporácnym právom v okolitých štátoch.

Náčrt navrhovaných zmien niektorých inštitútov práva obchodných spoločností

- Zrušenie obchodnej spoločnosti - popri doterajších dôvodoch zrušenia obchodnej spoločnosti sa javí ako opodstatnené zaviesť ako ďalší dôvod aj zrušenie spoločnosti súdom pre neprekonateľné rozpory medzi spoločníkmi. Podľa súčasnej právnej úpravy môže síce spoločník (spoločník v spoločnosti s ručením obmedzeným) požiadať o zrušenie jeho účasti v spoločnosti z dôvodu, že nemožno od neho spravodlivo požadovať, aby v spoločnosti zotrval. Ostatní spoločníci, ktorí na vzniknutej situácii majú nepochybne svoj podiel však v spoločnosti zotrvávajú. Takáto situácia môže viesť k tomu, že spoločník bude vlastne donútený aby ukončil svoju účasť v spoločnosti. Až do rozhodnutia súdu môžu ostatní spoločníci, z ktorých aspoň niektorí budú členmi orgánov spoločnosti, ovplyvňovať hospodársku situáciu spoločnosti tak, aby vyrovnací podiel na ktorý má spoločník pri ukončení účasti nárok, bol čo najnižší. V prípade ak by súd rozhodol o zrušení spoločnosti z dôvodu neprekonateľných rozporov medzi spoločníkmi v dôsledku ktorých je paralyzovaná činnosť spoločnosti by všetci spoločníci mali záujem na tom, aby ich nároky, v tomto prípade vyplývajúce z podielu na likvidačnom zostatku, boli čo najvyššie.

- Konanie za spoločnosť - vzhľadom na zmenu koncepcie konania obchodnej spoločnosti ako právnickej osoby, ktorá - ako to vyplýva zo schváleného legislatívneho zámeru - nemá mať spôsobilosť konať sama vo svojom mene, ale štatutárny orgán bude konať ako zástupca obchodnej spoločnosti. Zodpovednosť osôb pôsobiacich v štatutárnych, ale aj iných orgánoch obchodných spoločností, by mala byť založená na obrátenom dôkaznom bremene a pravidle podnikateľského úsudku. Člen štatutárneho, alebo iného orgánu, by mal preukázať, že pri vykonávaní funkcie postupoval podľa práva, v takomto prípade nenesie zodpovednosť za vzniknutú škodu. Na výkon funkcií v orgánoch obchodných spoločností, by sa nemala vyžadovať odborná starostlivosť, pretože takéto funkcie zastávajú aj osoby, ktoré nemajú odborné manažérske, či ekonomické, technické spôsobilosti. Pre výkon takýchto funkcií by mala byť postačujúca starostlivosť riadneho hospodára.

Pri výkone funkcie člena orgánu spoločnosti sa táto osoba môže ocitnúť v konflikte záujmov. Podľa súčasnej úpravy sa o tejto skutočnosti ostatní spoločníci, resp. členovia orgánov spoločnosti môžu len ťažko dozvedieť. Členovia orgánov spoločnosti, by preto mali mať povinnosť informovať ostatných členov orgánov spoločnosti, resp. spoločníkov, o tom, že sa ocitli v konflikte záujmov, resp. že im hrozí konflikt záujmov. Rovnaká informačná povinnosť by mala platiť aj v prípade, ak člen orgánu spoločnosti hodlá uzavrieť zmluvu so spoločnosťou.

- Skupiny spoločností - v súčasnej slovenskej úprave obchodných spoločností je veľmi strohá úprava skupín spoločností, ktorá sa obmedzuje v podstate len na úpravu ovládanej a ovládajúcej osoby (podľa § 66a Obch. z.), resp. konania v zhode podľa § 66b Obch. z. Skupiny spoločností (zoskupenia spoločností) sú jednoducho realitou súčasného sveta. Problematike právnej regulácie skupín spoločností sa venujú aj akademické aktivity v rámci prípravy Európskeho modelového zákona o obchodných

spoločnostiach.³⁸ Opätovne by sa do nášho práva mal dostať aj inštitút koncernu (vytvoreného „zdola“)³⁹

- Spoločnosť s ručením obmedzeným - táto forma spoločnosti je v podnikaní, nie len u nás, najviac využívanou formou, preto každá zmena úpravy tejto spoločnosti má významný spoločenský dopad. Obdobne ako vo viacerých okolitých krajinách, by bolo aj u nás na mieste zvážiť opodstatnenosť zachovania inštitútu minimálnej výšky základného imania (v súčasnosti 5 000 eur), alebo jeho vypustenia, pričom výška základného imania by sa rovnala súčtu vkladov spoločníkov a minimálny vklad by bol symbolický, napr. 1 euro. Súčasná právna úprava zakazuje „reťazenie“ spoločností s ručením obmedzeným a dovoľuje založiť jednému zakladateľovi najviac 3 jednoosobové spoločnosti s ručením obmedzeným. Tieto obmedzenia nie sú už dnes opodstatnené a je na mieste ich vypustiť.

Aj v spoločnosti s ručením obmedzeným by sa malo umožniť aby podiel spoločníka, ktorého prevoditeľnosť nie je obmedzená alebo podmienená, predstavoval cenný papier - podielový list.

- Ukončenie účasti spoločníka v spoločnosti - podľa platnej právnej úpravy spoločník spoločnosti s ručením obmedzeným nemôže zo spoločnosti vystúpiť. Sú však viaceré dôvody preto, aby bol záujem spoločníka na zhodnotení svojho majetku nadradený nad záujem spoločnosti. Obdobne ako podľa ust. § 202 českého zákona o obchodných korporáciách by malo byť aj v našom práve spoločníkovi umožnené vystúpiť zo spoločnosti aspoň v prípade, ak došlo ku zmene prevažujúcej povahy podnikania spoločnosti alebo pri predĺžení trvania spoločnosti.

- Založenie akciovej spoločnosti – podľa súčasnej právnej úpravy je primárnym spôsobom založenia akciovej spoločnosti založenie s výzvou na upisovanie akcií. Založenie akciovej spoločnosti bez výzvy na upisovanie akcií je upravené ako odvodený spôsob založenia. Realita je však taká, že primárny spôsob založenia sa prakticky nevyužíva a pri zakladaní spoločnosti dominuje využívanie založenia spoločnosti bez výzvy na upisovanie akcií. Právna úprava by mala preto zodpovedať realite a mala by ako primárny spôsob upraviť založenie akciovej spoločnosti bez výzvy na upisovanie akcií.

- Dualistická a monistická štruktúra orgánov akciovej spoločnosti – naša právna úprava orgánov akciovej spoločnosti je založená na dualistickom modeli, keď popri štatutárnom orgáne – predstavenstve je ďalším orgánom dozorná rada, pričom je nezlučiteľné súčasne členstvo v predstavenstve i v dozornej rade. Sloboda usadzovania obchodných spoločností v Európskej únii a jej využívanie však vyvoláva potrebu úpravy aj monistického modelu fungovania akciovej spoločnosti.

- Ochrana menšinových akcionárov – by nemala byť obsahovo významnejšie pozmenená, bude však potrebné vyriešiť, či takáto úprava má i byť naďalej obsiahnutá v § 114 a nasl. zákona č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch

³⁸ European Model Company Act 2012

podrobnejšie pozri: Šuleková, Ž.: 8. ročník European company and financial Law Review symposium. Správa z medzinárodnej vedeckej konferencie konanej dňa 27. septembra 2013 v Miláne (v tlači)

³⁹ Inštitút koncernu bol v Československu naposledy upravený v § 3 nariadenia vlády č. 91/1974 Zb. o organizácii výrobných hospodárskych jednotiek a ich štatútoch. Táto právna úprava umožňovala vytváranie koncernov „zhora“.

a investičných službách alebo by táto úprava mala byť zahrnutá do nového zákona o obchodných spoločnostiach a družstvách.

- Rozhodovacia právomoc dozornej rady – by mala získať aj popri kontrolných právomociach aj rozhodovacie právomoci a to okrem rozhodovania o poskytnutí informácie akcionárovi, napr. aj rozhodovanie o transakciách s blízkymi osobami.

- Kumulatívne hlasovanie – pri voľbách do orgánov spoločnosti, by malo byť dispozitívne upravené kumulatívne hlasovanie, ktoré lepšie zohľadňuje výšku podielov jednotlivých spoločníkov, resp. akcionárov.

Náčrt štruktúry nového zákona o obchodných spoločnostiach a družstvách

V nadväznosti na súčasnú právnu úpravu sa aj v novej právnej úprave predpokladá zachovanie všeobecnej časti upravujúcej základné kategórie práva obchodných spoločností a družstiev, akými sú ručenie spoločníkov, zákaz zneužitia práv spoločníkov, zákaz diskriminácie spoločníkov, základné imanie, vklad spoločníka, správa vkladu, podiel, konanie v mene spoločnosti pred jej vznikom, ovládaná a ovládajúca osoba, konanie v zhode, rezervný fond, neplatnosť spoločnosti a ďalšie všeobecné inštitúty v tejto navrhovanej štruktúre:

I. časť

Všeobecné ustanovenia o obchodných spoločnostiach

1. Pojmové vymedzenie obchodných spoločností
2. Založenie a vznik obchodnej spoločnosti
3. Neplatnosť obchodnej spoločnosti
- Majetkové korporatívne právo
 - a. Základné imanie
 - b. Vklad spoločníka,
 - c. Test úpadku
4. Podiel v spoločnosti
5. Orgány obchodných spoločností
 - a. Pojem, pôsobnosť, delené kompetencie, delegácia
 - b. Konanie za spoločnosť (navonok)
 - c. Predpoklady členstva
 - d. Prekážky členstva
 - e. Vylúčenie z výkonu funkcie, diskvalifikácia
 - f. Obchodné vedenie a zásahy do neho
 - g. Fiduciárne obligácie
 - h. Kompenzačné schémy a vrátenie odmien
 - i. Pričítateľnosť dobrej viery a protiprávneho skutku orgánu spoločnosti
6. Podnikateľské zoskupenia
 - a. Združenie podnikateľov
 - b. Ovplyvnenie
 - c. Ovládnutie
 - d. Koncern
 - e. Správy o ovládaní
 - f. Ochrana spoločníkov

7. Konkurz na majetok obchodnej spoločnosti
8. Zrušenie a zánik spoločnosti
 - a. Zrušenie obchodnej spoločnosti s likvidáciou
Dobrovoľné zrušenie obchodnej spoločnosti
Zrušenie obchodnej spoločnosti súdom
Likvidácia obchodnej spoločnosti
 - b. Zrušenie obchodnej spoločnosti bez likvidácie
 - c. Zánik obchodnej spoločnosti

Z hľadiska foriem spoločnosti by aj v novom zákone mali byť zachované doterajšie formy obchodných spoločností, a to verejná obchodná spoločnosť, komanditná spoločnosť, spoločnosť s ručením obmedzeným a akciová spoločnosť. Do úvahy prichádza tiež rozšírenie foriem obchodných spoločností o komanditnú spoločnosť na akcie a komanditnú spoločnosť na investičné cenné papiere (SICAV). V úprave akciovej spoločnosti by malo zostať zachované členenie na súkromnú a verejnú akciovú spoločnosť a zvažuje sa zavedenie úpravy zjednodušenej akciovej spoločnosti podľa francúzskeho modelu takejto spoločnosti (société par actions simplifiée). Úprava akciovej spoločnosti týkajúca sa štruktúry orgánov, by mala byť alternatívna, umožňujúca zakladateľom výber medzi monistickou a dualistickou štruktúrou orgánov.

Mimo úpravy pripravovaného zákona o obchodných spoločnostiach a družstvách by mali zostať i naďalej úprava o európskom zoskupení hospodárskych záujmov (EZHZ), o európskej spoločnosti (SE) a o európskej družstevnej spoločnosti - družstve (SCE) ako aj o pripravovanej úprave európskej súkromnej spoločnosti (SPE).

Štruktúra úpravy jednotlivých foriem obchodných spoločností by mala byť takáto:

II. časť

Obchodné spoločnosti (obsahovo sledujeme súčasný stav slovenského Obchodného zákonníka)

1. Verejná obchodná spoločnosť
2. Komanditná spoločnosť
3. (Komanditná spoločnosť na akcie)
4. (Komanditná spoločnosť na investičné cenné papiere (SICAV))
5. Spoločnosť s ručením obmedzeným
 - a. Založenie a vznik
 - b. Základné imanie (minimálne 1 euro alebo bez vymedzenia minimálnej výšky základného imania)
 - c. Organizácia
 - d. Majetkové práva
 - e. Práva a povinnosti spoločníkov
 - f. Ochrana minoritných spoločníkov
6. Akciová spoločnosť
 - a. Založenie a vznik
 - b. Základné imanie a jeho ochrana
 - c. Majetkové právo (druhy akcií, ďalšie cenné papiere)
 - d. Organizácia (monistický a dualistický model)
 - e. Práva a povinnosti akcionárov

- f. Ochrana minoritných akcionárov
 - g. Squeeze-out a self out
7. Zjednodušená akciová spoločnosť

V úprave družstiev by malo dôjsť k zohľadneniu osobitostí bytových družstiev a sociálnych družstiev a právna úprava by tak mala mať takúto základnú štruktúru:

III. časť

Všeobecné ustanovenia o družstve

- 1. Družstvo
 - a. Založenie a vznik družstva
 - b. Základné imanie
 - c. Majetkové práva
 - d. Organizácia
 - e. Práva a povinnosti členov družstva

- 2. Bytové družstvo

- 3. Sociálne družstvo

Premeny obchodných spoločností a družstiev by mali byť upravené v samostatnej časti, v ktorej by však boli zahrnuté aj cezhraničné fúzie s obmedzením tak, ako je to doposiaľ, len na územie štátov Európskeho hospodárskeho priestoru.

IV. časť

Premeny obchodných spoločností

Záverečná časť zákona bude obsahovať úpravu prechodných ustanovení a zrušovacích ustanovení, pričom sa predpokladá, že tento zákon nadobudne účinnosť v tom istom čase ako nový Občiansky zákonník.

V. časť

Záverečné a prechodné ustanovenia

Kontakt

jan.husar@upjs.sk

Izabela Mycko-Katner, PhD,

University of Szczecin

Przemysław Katner, PhD,

University of Lodz and University of Szczecin

An agency contract in the Polish Civil Code against the background of the EU directive

Abstract

In the article the authors present the way an agency contract is regulated in the Polish Civil Code and they analyze the impact of the Council Directive no. 86/653 of 18th December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents on Polish law. They also underline the issues concerning agency contract which are regulated in the Polish Civil Code, but are outside the scope of the directive.

An agency contract is not a new institution in the Polish law. While Poland was under occupation in XIXth century, on territory annexed by Germany (Prussia) agency contract was governed by the provisions of the German commercial code, which was in force since 1861, and on territory under Austrian annexation by the provisions of the Austrian commercial code of 1862. On territory occupied by Russia the term “agent” was unknown. The Russian commercial code, which was in force since 1912, identified only the legal status of the “subiekt” (type of a salesman), whose function was similar to the functionality of an agent. None of these acts used the term “commercial agent”. It appeared for the first time in the German commercial code of 1897, which came into force on 1st January 1900.¹

The provisions of law governing agency contract that were in force on Polish land while it was occupied by Germany, Russia and Austria were not adapted for developing trade relations after Poland gained independence in 1918. Their further being in force caused also a lack of uniform solutions in the area of the entire Polish state. However, the first attempt to change this situation was undertaken no sooner than in 1927 when the Minister of Industry and Trade issued a Regulation on

¹ In the light of this legal act an agent was a person professionally engaged in a business trade, known as a merchant.

Performance of Actions of Travelling Salesmen and Independent Commercial Agents. It was the first Polish act of law that regulated the legal status of these subjects. The second legal act that concerned *inter alia* the agent's activity was the Commercial Code of 1934.² It regulated an agency contract in Articles 568-580 in a uniform way on the whole territory of Poland. Since 1st January 1965 the provisions on the agency contract were in Articles 758-764 of the Polish Civil Code.³ This regulation with minor amendments was binding until year 2000. However, it was quite laconic and did not fit in with contemporary business relations.

The present regulation of an agency contract is a result of an amendment of 26th July 2000.⁴ The main goal of the amendment was to fulfill a duty imposed on Poland by Article 68 of the Europe Agreement (establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Poland, of the other part) of 16th December 1991.⁵ It established that Poland, as any of the Member States, is obliged to adopt its national law to the standards set in the EC law. To this extent, as to an agency contract, crucial is the Council Directive no. 86/653 of 18th December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents.⁶ According to Article 249 third paragraph of the Treaty on European Union "a directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods". A directive sets out also the time within which a Member State should adapt its legislation to its decisions. If one fails to do so, it violates the principle of loyalty⁷ and can expose itself to the liability for damages towards individuals.⁸

The directive on commercial agents regulates issues like a form of conclusion of an agency contract, basic duties of an agent, his remuneration and a termination of the contract. Issuing the directive the Council had two main goals. The

² Ordinance of the President of the Republic of 27th June 1934 – The Commercial Code (Journal of Laws No. 57, item 502, as amended), in force since July 1, 1934.

³ Law of 23rd April 1964 – The Civil Code (Journal of Laws No. 16, item 93, as amended), hereinafter referred to in short as "c.c."; see translation made by Ewa Kucharska, *The Civil Code*, 2nd ed., Warsaw 2012 that was used in this article; see also Article VI of 23rd April 1964 – Provisions Introducing the Civil Code (Journal of Laws No. 16, item 94, as amended) that derogated The Commercial Code of 1934 with the exceptions pointed in §§ 1, 2 and 3 of this Article.

⁴ Law of 26th July 2000 – On Amendment of Civil Code (Journal of Laws No. 74, item 857), in force since 9th December 2000.

⁵ See S. Sołtysiński, *Układ o stowarzyszeniu między Polską a Wspólnotami Europejskimi (problematyka prawna i ekonomiczna)*, PiP 1992, No. 6, p. 21.

⁶ Council Directive no. 86/653 of 18th December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (OJ No. L 382 from 31st December 1986, p. 17); hereinafter referred to as „the directive” or “the directive no. 86/653”.

⁷ See Article 10 of the TEU and Article 226 or 227 of the TEU and the ETS ruling in *Francovich v. Italy* (C-6/90) (1991) ECR I-05357.

⁸ See I. Hykawy, *Dyrektywa jako specyficzny środek harmonizacji prawa w EWG*, PUG 1993, No. 8–9, p. 2–8; T. Kot, *Harmonizacja prawa UE*, KPP 1995, No. 4, p. 546 and 555; E. Podgórska, *Podstawowe koncepcje prawa Wspólnot europejskich a perspektywa członkostwa Polski w UE*, KPP 1995, No. 1, p. 92–106; S. Sołtysiński, *Dostosowanie prawa polskiego do wymagań Układu Europejskiego*, PiP 1996, No. 4–5, p. 31–43.

first was to prevent uneven conditions of competition by eliminating the differences in Member States' laws. The second was the protection of commercial agents. In the preamble to the directive it was underlined that the necessity of approximation and harmonization of the legal systems of the Member States concerning commercial agents is justified by social and commercial reasons. The specific feature of an agency contract is its crossborderness. If so, the commercial agents should be able to provide their services notwithstanding the borders of the Member States on conditions which are similar to those of a single market.

The directive was transposed into Polish law by the abovementioned amendment of 2000 that amended the wording of title XXIII of the Civil Code on agency contract.⁹ The new regulations that are up to the professional business activity gave the subjects conducting commercial activity the possibility to use agency contract in a wider range, not only on national, but also on international market, especially European one. The transposition of the directive did not mean that its regulations were literally repeated in Polish law. In the amended provisions on agency one can find some solutions that are outside the scope of the directive.

1. The concept of an agency contract

Article 758 § 1 c.c. provides that “by agency contract, the person accepting the order (agent) commits, within the scope of operations of his enterprise, against remuneration, to provide regular intermediary in executing contracts with clients for the benefit of the entrepreneur being the principal or to execute contracts on its behalf”.

Thus, in the Polish Civil Code an agent (commercial representative) may provide intermediary in executing all types of contracts. The directive limits this right to the sale contract (Article 1.2 of the directive). Moreover, under Article 758 c.c. only entrepreneurs may be parties to an agency contract. Therefore – otherwise than it was before the amendment of 2000 – the scope of regulation of an agency contract is limited to professional activity.¹⁰ Such limitation does not flow from Article 1.2 of the directive which provides only that “‘commercial agent’ shall mean a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or the purchase of goods on behalf of another person, hereinafter called ‘the principal’, or to negotiate and conclude such transactions on behalf of and in the name of that principal”.

Due to this in Polish law an agent may conduct business activity¹¹ on its own behalf as: a) a natural person; b) a legal person or c) an organizational unit with no legal personality but which is granted legal capacity under the law (Article 43¹ c.c. and Article 4 f.b.a.). In the last case it would be mostly partnerships like:

⁹ For more see I. Mycko-Katner, *Umowa agencyjna*, Warsaw 2012, p. 259-260.

¹⁰ However, according to Article 764⁹ c.c. the provision of title XXIII, save for Articles 761-761² c.c., Article 761⁵ c.c. and Articles 764³-764⁸ c.c. apply to a contract of the content referred to in Article 758 § 1 c.c. executed with an agent by a person who is not an entrepreneur.

¹¹ The business activity is defined in Article 2 of the Law on Freedom of Business Activity of 2nd July 2004 (Journal of Laws 2010, No. 220, item 1447, as amended), hereinafter referred to as “f.b.a.”.

registered partnership (Articles 22–85 c.c.c.¹²), limited partnership (Articles 102–124 c.c.c.) or limited joint-stock partnership (Articles 124–150 c.c.c.). However, an agent cannot act in a form of professional partnership (Articles 86–101 c.c.c.).¹³ An agency activity may also be undertaken by partners of a civil law partnership, who in order to achieve a common economic purpose have executed a deed of partnership (see Articles 860-875 c.c. and Article 4 section 2 f.e.a.).¹⁴ The same goes for a principal with the exception that he can also act in a form of professional partnership.

2. Types of agency

According to Article 758 § 1 c.c. (based on Article 1.2 of the directive) one of the objectively essential elements of an agency contract is the commitment of the agent to regular (within the scope of operations of his enterprise) intermediary in executing contracts with third parties (the clients) for the benefit of the principal or to execute such contracts on its behalf. An Article 758 § 2 c.c. adds that the agent is entitled to execute contracts on the principal's behalf and collect declarations for the principal only when he is authorized to do so.

Therefore, as in the directive, in Polish law there are two types of the agency contract. The first one consists in the agent receiving from the principal authorization to seek buyers (or sellers) on certain products. His authorization ends at the time of finding the proper client and directing him to the principal. In the second type of agency contract the agent's authorization goes further and he may execute such contracts on principal's behalf. Such an agreement produces direct effects for the principal.

In order to distinguish these types of agency in the literature of the subject one can find terms like agent-intermediary and the agent-attorney. It is worth noticing that within one agency contract an agent may act both as an intermediary and as an attorney for the principal.

An agent-intermediary does not execute contracts on principal's behalf.¹⁵ He performs only the actions which are aimed at creating conditions (causing the opportunity) for third parties to execute a contract with the principal or which are supposed to lead to the conclusion of a contract directly between the parties. There is no set catalogue of such activities. It is only important that these activities are undertaken directly to achieve the abovementioned goals. Thus, the agent-intermediary's activities may consist in: searching for persons with whom the principal could execute certain contracts; collecting orders; collecting offers and handing them over to contracting parties; facilitating meetings with third parties in

¹² The Commercial Companies Code of 15th September 2000 (Journal of Laws No. 94, item 1037, as amended), hereinafter referred to as c.c.c.

¹³ In Polish law the issue is, however, controversial; for more see I. Mycko-Katner, *Umowa....*, p. 108-110.

¹⁴ See T. Wiśniewski, *Umowa agencyjna według kodeksu cywilnego*, Warsaw 2001, p. 21; W.J. Katner, *Sytuacja prawna spółki cywilnej na tle nowego prawa działalności gospodarczej*, PPH 2001, No. 1, p. 19, M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, p. 87.

¹⁵ See judgment of the Polish Supreme Administrative Court dated 27th October 2010, I GSK 720/09; for more see I. Mycko-Katner, *Umowa....*, p. 43-46.

order to conduct negotiations; presenting the list of goods put up for sale; conducting marketing actions promoting principal's products; persuading the potential clients to accept a tender or both parties to mutual concessions and changes to the tender; informing of the properties of the principal's goods or services; verifying the creditworthiness and solvency of potential customers etc.¹⁶

In turn, the activity of the Polish agent-attorney consists substantially in executing contracts on behalf of the principal and collecting for him declarations. The agency contract should specify these contracts and declarations. For receiving the declarations the provisions on power of attorney applies appropriately (Article 109 c.c.).¹⁷

The Article 759 c.c. regulates additionally an issue which has not been included in article 1 of the directive. It reads as follows: „in case of doubt, it is deemed that the agent is authorized to receive, for the principal, payment for any performance made for the principal and to receive for the principal performances for which he pays, and to accept notices of defects and declarations concerning performance of any contract which he has executed on the principal's behalf". Therefore, we have here a statutory definition of the scope of activity of the agent-attorney. This provision finds application, however, only when the parties did not determine the scope of agent's activity. It results from the expression "in case of doubt". This is confirmed by the judgment of the Polish Supreme Court of 22nd August 2001¹⁸ where the court said that an agent acting as a proxy "is entitled not only to execute a contract, but also to perform the contract with the client. For this reason to doubt that such an agent is authorized to receive payment for the principal for the service (Article 759 c.c.) there must be distinct circumstances for assumption that the operating entity it is not authorized to receive money for the sold thing. Any other interpretation violates both the safety of the trading and the need of protection of the justified consumer interest".

3. The form of the agency contract

The directive does not provide for any specific form of conclusion of an agency contract. However, in Article 13.2 the directive allows Member States to provide that an agency contract will not be valid unless evidenced in writing. Such a solution was adopted *inter alia* by France, Greece and Ireland. The Polish legislator did not take advantage of this reservation. As a result, in Polish law an agency contract may be concluded in any form. Nevertheless, according to Article 758² c.c. (that implements Article 3.1 of the directive) each party of an agency contract may demand that the other party confirm in writing the content of the contract and provisions amending or supplementing it. Any waiver of this right is invalid.

¹⁶ See judgment of the Polish Supreme Administrative Court dated 28th October 2010, I GSK 723/09, which points out examples of activities of an agent-intermediary.

¹⁷ However, it is controversial in the literature on the subject whether an agent collecting declarations for the principal should be treated as an agent-attorney; for more see I. Mycko-Katner, *Umowa...*, p. 47-48.

¹⁸ The judgment of the Polish Supreme Court dated 22nd August 2001, V CKN 423/00.

4. Rights and duties of the parties to the agency contract

a) General rights and duties of the parties

The commercial agent acts in the interest of the principal. For that purpose according to Article 760¹ c.c. and Article 758 § 1 c.c. he should: a) properly engage in intermediary in executing contracts with clients for the benefit of the principal and, where appropriate, execute contracts on his behalf; b) comply with the instructions of the principal that are reasonable in the given circumstances; c) communicate any information that is significant to the principal; d) take, within the scope of the affairs managed, any action needed to protect the principal's rights.¹⁹

On the other hand according to Article 760² § 1 c.c. (and respectively Article 4 of the directive) the principal is obliged to submit to the agent documents (like written guarantee, technical specification, etc.) and information needed to properly perform the contract. He should also indicate to the agent which information have a confidential nature. The agent is obliged to keep them secret (Article 760¹ c.c. and Article 3 of the directive). The principal is also obliged to notify the agent within reasonable time of the acceptance or refusal of any proposal to execute a contract and of the non-performance of any contract executed with the agent's intermediary or which the agent has executed on the principal's behalf. As well he should notify the agent that the number of contracts the principal expects to be executed or their value will be significantly lower than that which the agent could normally have expected (Article 760² §§ 2 and 3 c.c. and respectively Article 4 of directive). Provisions of a contract contrary to the abovementioned rights and duties of the agent and the principal are invalid.

b) Remuneration

In return for his services an agent is entitled to a remuneration. It constitutes the objectively essential element of relationship of the agency. Due to this the way of determining the remuneration should be stipulated in a contract. In practice the remuneration is most often specified as a commission dependent on transactions concluded with participation of the agent.

In Poland the commission is defined in Article 758¹ § 2 c.c. It provides that „commission is remuneration which depends on the number or value of the contracts executed”. This regulation is modeled on Article 6.2 of the directive which defines commission as „any part of the remuneration which varies with the number or value of business transactions”. Before the amendment of the Polish Civil Code of 2000 Article 761 c.c., which concerned the remuneration of the agent, did not define the commission.

The wording of Article 761⁶ c.c. and Article 6.3 of the directive indicates that instead of commission the parties to the agency contract may agree to another type of remuneration, for example in a form of a lump sum.²⁰ However, Article 758¹ § 1 c.c. provides that if the contract does not specify the remuneration payment

¹⁹ See judgment of the Polish Supreme Court dated 11th December 2007, II CSK 370/07, glossed by K. Topolewski, PS 2012, No. 11-12, p. 181-187. The Supreme Court pointed that the duties of an agent consisting in checking the financial and legal credibility of the clients are within the statutory duties of the agent specified in Article 760¹ § 1 c.c. *in fine*.

²⁰ See I. Mycko-Katner, *Umowa...*, p. 204-208.

manner, the agent is entitled to commission (Article 758¹ § 1 c.c.). The commission may also constitute the whole or a part of agent's remuneration. In such a situation the parts of remuneration that are fixed (does not depend on number or value of business transactions) are outside the scope of the Civil Code regulation of the agency contract (unless the parties agreed otherwise).

According to Article 758¹ c.c. the amount of the remuneration (commission) is specified by the parties in the contract. However, if there is no such provision in the contract, the commission due is in the amount customarily accepted in relations of the given type in the place of business conducted by the agent. If the commission cannot be determined in this way, the agent is entitled to commission of an appropriate amount, taking into account all the circumstances directly related to performance of the actions ordered (Article 758¹ § 3 c.c.; in Article 6.1 of the directive "taking into account all the aspects of the transaction").

In principle an agent may demand commission on contracts executed as a result of his activity during the term of the agency contract (Article 761 § 1 c.c.; see Article 7.1.a of the directive). An important and indispensable premise to acquire the right to commission is the conclusion of an agreement with a client, regardless of whether or not such agreement was concluded directly by the agent or by the principal as a result of activity of the agent-intermediary. There are, however, few exceptions from this principle.

First, according to Article 761¹ § 1 c.c., based on Article 8 of the directive, an agent may demand commission on a contract executed after dissolution of the agency contract if the principal or agent received a proposal from a client to execute the contract before the agency contract was dissolved. He may also demand commission on a contract executed after the agency contract was dissolved if the said contract was executed primarily as a result of his activity during the term of the agency contract and within a reasonable time of its dissolution (Article 761¹ § 2 c.c.).

Secondly, the Polish Civil Code and the directive give an agent the right to commission on contracts executed without agent's activity if they were executed with clients previously obtained by the agent for contracts of the same type (Article 761 § 1 c.c. and Article 7.1.b of the directive).

Thirdly, if the agent was granted an exclusive right with regard to a specified group of clients or geographical area, and during the term of the agency contract a contract is executed with a client from this group or area without the agent's participation, the agent may demand commission on the contract. The principal is obliged to notify the agent, within a reasonable time of the execution of the contract (Article 761 § 2 c.c. and Article 7.2 of the directive).

According to Article 761³ c.c. (and Article 10 of the directive) the agency contract should specify when the agent acquires the right to commission.²¹ In the absence of such provisions the right to commission is acquired at the time: a) the principal made his performance or b) the principal should, according to the contract with the client, have made his performance or c) the client made his performance.

²¹ Article 761³§1 c.c. provides for certain restrictions in this respect, consistent with the Article 10.2 of the directive.

The commission shall be paid not later than at the end of the last day of the month following the quarter in which the agent acquired the right to commission. Any provision of a contract less favorable for the agent is invalid (Article 761³ § 3 c.c. and Article 10.3 and 4 of the directive).

Article 761⁴ c.c. is very similar to Article 11 of the directive and provides that “the agent cannot demand commission if it is obvious that the contract with the client will not be performed due to circumstances for which the principal is not liable, and if the commission has already been paid to the agent it will be returned. Any provision of an agency contract less favorable for the agent is invalid”.

Following Article 12 of the directive Article 761⁵ c.c. regulates the agent’s right to control the amount of the commission due. “The agent may demand to be given access to the information needed to determine whether the amount of the commission due to him has been correctly calculated; he may especially demand excerpts from the principal’s commercial books (...)” (Article 761⁵ § 2 c.c.). If the information is not made available to the agent, he may demand that it be made available by bringing an action in court within six months of the demand being submitted to the principal (Article 761⁵ § 3 c.c.). The access to the principal’s commercial books is available not only to the agent, but also to a certified auditor chosen by the parties or designated by the court in case of dispute (Article 761⁵ §§ 2 and 4 c.c.). The agency contract cannot contain provisions to the detriment of the agent. It is worth noticing that the directive does not contain provisions relating to the certified auditor.

c) The right to compensatory performance

An entitlement to the compensatory performance is a significant agent’s right. It is the institution which before the Civil Code amendment of 2000 had not been previously known to the Polish civil law. However, the directive required Member States to provide certain protection for the agent after termination of an agency contract. It was supposed to consist in granting him a claim for damages or a claim for an indemnity (Article 17.1 of the directive), constituting a compensation for the remuneration lost by the agent in the situation, when the principal after the termination of the agency contract is still profiting from activity of the agent. The Polish legislator opted for the concept of a claim for compensatory performance.²² Nevertheless, pursuant to Article 764³ § 3 c.c. „obtaining a compensatory performance does not deprive the agent of the right to claim compensation on general terms” concerning the contractual liability for damages (Article 471 c.c.) or tort remedies (Article 415 c.c.).

In the Polish law the provisions concerning the right of the agent to demand the compensatory performance are placed in Articles 764³, 764⁴ and 764⁵ c.c. The

²² See E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna po nowelizacji. Komentarz*, Cracow 2001, p. 223–224; E. Rott-Pietrzyk (in:) E. Rott-Pietrzyk, W. Klyta, *Świadczenie wyrównawcze przysługujące agentowi – nowa instytucja w prawie polski*, KPP 2004, No. 3, p. 781; T. Wiśniewski (in) G. Bieniek (ed.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania*, vol. 2, Warsaw 2011, p. 654 and 657; T. Wiśniewski, *Świadczenie wyrównawcze przysługujące agentowi*, PS 2001, No. 10, p. 48.

regulation is similar to German one.²³ Until the agency contract is dissolved, the parties cannot agree on terms and conditions which are less favorable for the agent.

According to Article 764³ § 1 c.c., which implements Article 17.2 of the directive, after the agency contract is terminated, the agent may demand a compensatory performance from the principal if, during the term of the agency contract, he obtained new clients or led to a significant increase in turnover with existing client, and the principal continues to draw significant benefits from contracts with those clients. Deriving these benefits must therefore remain in the casual nexus with the agent's activity at a time when he was bound by the agency contract.²⁴ The agent is entitled to that claim if, given all the circumstances, and especially the loss by the agent of the commission on the contracts executed by the principal with those clients, such a claim is supported by the equitable principle.

The premise „all the circumstances” should be understood as only those circumstances which had or have a connection with the given agency contract and affect granting of compensatory performance or its amount, like number of obtained clients, database of the obtained clients left to the principal, exclusive agency. The provisions of the directive indicate that such circumstance may also be the application or otherwise of a restraint of trade clause for a period following the dissolution of the agency contract (Article 2.a of the directive). Thus, the circumstances that do not remain in relation to the agency contract, like agent's financial difficulties, personal or health problems, etc. are meaningless for the assessment of whether the agent is entitled to this performance.²⁵

From the Article 764³ § 1 c.c. results also a need to examine whether the granting of compensatory performance is supported by “the equitable principle”. This premise raises some controversy. It seems, however, that the **Court of Justice of the European Communities** while interpreting Article 17.2 of the directive in Italian case *Honyvem Informazioni Commerciali srl v. Marielli De Zotti* rightly pointed out that equity is relevant only if, due to unusual circumstances in a particular case, it is necessary to adjust the amount of the performance which was originally calculated in accordance with the objective premises specified in Article 17.2 of the directive.²⁶ Similarly in its judgment of 26th March 2009 in case *Turgay Semen v. Deutsche Tamoil GmbH* the Court of Justice of the EC accepted that “the equitable principle” may not exclusively decide on the right to claim indemnity.²⁷

Negative premises of acquisition of a compensatory performance, that is circumstances of its non-admission (of not paying), are also regulated in the Polish Civil Code in the same way as in the directive. Therefore, a compensatory

²³ See § 89b HGB; see M. Sokołowski, *Dochodzenie świadczenia wyrównawczego przez polskiego przedstawiciela handlowego od niemieckiego zleceniodawcy*, PPH 2005, No. 9, p. 43–50.

²⁴ See judgment of the Polish Supreme Court dated 29th September 2011, IV CSK 650/10.

²⁵ See the judgment of the Polish Supreme Court dated 8th November 2005, I CK 207/05, OSNC 2006, No. 9, item 150.

²⁶ *Honyvem Informazioni Commerciali srl v. Marielli De Zotti* (C-465/04) (2006) ECR I-2879 ECJ.

²⁷ *Turgay Semen v. Deutsche Tamoil GmbH* (C-348/07) (2009) ECR I-2341; see also the reasons for the judgment in case *Volvo Car Germany GmbH v. Autohof Weidensdorf GmbH* (C-203/09) (2010) ECR I-10721.

performance is not due to the agent if: 1) the agency contract was terminated due to circumstances for which the agent is liable and which constitute grounds for termination without notice or 2) the agent has terminated the contract unless the termination is justified by circumstances for which the principal is liable or by the agent's age, disability or illness, and the equitable principle does not allow further performance of the agent's actions to be demanded from him or 3) the agent, with the principal's consent, has transferred his rights and obligations under the contract to another person (Article 764⁴ c.c.).

Neither the Polish Civil Code nor the directive decides on the legal nature of the indemnity. In the Polish legal literature and case law it is accepted, however, that the compensatory performance is not a claim for remuneration, or provision, or unjustified enrichment. It should, in fact, be treated as a separate claim that an agent has *ex lege* after the statutory premises are satisfied.²⁸

Like the directive, the provisions of the Polish Civil Code does not specify how to calculate the compensatory performance and only specify the maximum amount. It is regulated in Article 764³ § 2 c.c. similarly as in the directive (Article 17.2.b). Thus, a compensatory performance cannot exceed the agent's remuneration for one year calculated on the basis of the average annual remuneration received during the last five years that is the sum of the remuneration from the last five years divided by five. If the term of the agency contract was shorter than five years, the remuneration is calculated with account taken of the average for the whole contract term (Article 764³ § 2 c.c.). The wording of that provision shows that the indemnity is determined in amount of money. Thus, it has a nature of monetary performance. It should be also noted that according to the Civil Code the maximum amount of indemnity should be calculated taking into account the agent's remuneration and not his income calculated for tax purposes. Therefore, the amount of remuneration of the agent is not reduced by the costs of its activities (e.g. training, advertising or promotion).

In the absence of determining the manner of calculating the compensatory performance in the Polish law, significant are the guidelines contained in the report of the European Commission of 23rd July 1996 that reflect the practice developed by the German courts.²⁹ In accordance with them in order to determine the amount of the indemnity one should take into account: 1) the number of new clients and the increased volume of business with existing clients; the gross commission on such clients is calculated for the last 12 months of the agency contract; 2) the expected period of drawing benefits from such clients by the principal; 3) the rate of migration of the clients; 4) accelerated receipt of income by an agent; 5) the equity principle

²⁸ See the judgment of the Polish Supreme Court dated 29th September 2011, IV CSK 650/10 and T. Wiśniewski, *Umowa...*, p. 159; E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna...*, p. 551; E. Rott-Pietrzyk, W. Klyta, *Świadczenie wyrównawcze...*, p. 781. A compensatory performance is a reciprocal performance, paid the agent for creating a group of clients with whom the principal is still cooperating in his own interest after the agency contract is terminated. However, see the judgment of the German Supreme Court dated 16th June 2010, where it is accepted that the compensatory performance has a nature of a claim for remuneration.

²⁹ See Commission of the European Communities Report on the application of article 17 of Council Directive on the co-ordination of the laws of the Member States Relating to self-employed commercial agents (86/653/EEC).

mentioned above. Finally the amount calculated should be compared with the maximum amount of indemnity and – if necessary – corrected.³⁰

The possibility to claim a compensatory performance depends on the agent or his heirs filling an appropriate demand with the principal within one year of the contract being dissolved (Article 764³ § 5 c.c.).

d) Restriction of competitive activity

Articles 764⁶–764⁸ c.c. contain regulation concerning prohibition of competitive activity³¹ of an agent, based on Article 20 of the directive (a restraint of trade clause). The adopted solution is similar to German one.³² It is worth noticing that the issue was not regulated in Polish Civil Code before the amendment of 2000.

According to Article 764⁶ § 1 c.c. (modeled after Article 20.2 of the directive) the parties to the agency contract may, in writing subject to invalidity, restrict the agent's competitive activity for a period following the dissolution of the agency contract. The restriction is valid if it relates to a group of clients or a geographical area covered by the agent's activity and the types of goods or services being the subject of the contract. In the light of Article 764⁶ § 2 c.c. (and Article 20.3 of the directive) such restriction cannot be stipulated for a period longer than two years after the contract is dissolved. These regulations are mandatory.

It follows from the above that the Civil Code and the directive protect an agent against too easy commitment and too wide range of restraint of trade clauses. First, such clause must be in written form *ad solemnitatem*. This is a very specific formal limitation of the possibility to enter non-competition clause, given that the conclusion of the agency contract for its validity is not subject to any formalities. Pursuant to Article 764⁷ c.c. this solution applies also to cancellation of the clause by the principal. Secondly, the prohibition of competition may only relate to a specified geographical area or a specified group of clients or the types of goods or services being the subject of the agency contract. Nothing more.

It should be raised that neither the directive nor the Polish Civil Code specify what the restriction of competitive activity of the agent consists in.³³ However, it should be assumed that by establishing a prohibition of competition the agent commits that it will not conduct competitive activity against the principal after the dissolution of the agency contract within the specified scope, like it will not provide the same services to other principals, sell, buy, or produce similar products, reveal trade or technical secrets.

The discussed restriction of competitive activity covers only the period following the dissolution of the agency contract. As regards the prohibition of competition while the agency contract is still in force, it can be derived from Article 3 of the directive that provides that commercial agent must look after his principal's

³⁰ See more E. Rott-Pietrzyk, W. Klyta, *Świadczenie wyrównawcze...*, p. 781–785; see also the judgment of the Court of Appeal in Warsaw dated 6th February 2009, I ACa 752/08, OSA 2009, No. 3, item 20, and the judgment of the Court of Appeal in Poznań dated 18th July 2007, I ACa 415/07.

³¹ In the literature of the subject the terms „restriction of competitive activity” and „prohibition of competitive activity” are used interchangeably.

³² See § 90a of the German Commercial Code (hereinafter referred to as HGB).

³³ See more in I. Mycko-Katner, *Umowa...*, p. 268-270.

interest and act dutifully and in good faith (duty of loyalty). Similar solution is adopted in Poland. The agency contract is based on trust, which means that each party should act loyally towards the other party (Article 760 c.c.), in accordance with the substance of the contract and in a manner complying with its social and economic purpose and the principles of community life, and if there is established custom in this respect – also in a manner complying with this custom (Article 354 § 1 c.c.), in good faith and with due care (Article 355 c.c.). Performing a competitive activity towards the principal during an agency relationship may, therefore, be treated as a breach of the principle of loyalty (disclosure or use by an agent for his own purposes of trade and technical secrets of the principal, spreading information likely to harm the reputation of the principal, participation in entities, which conduct activity of the same kind and on the relevant market). A similar position has been expressed in German doctrine which developed a rule that if the parties to the agency contract do not stipulate clearly on the prohibition of competitive activity during the term of the contract, the agent is bound – on the basis of generally worded agent's duty – by such prohibition.³⁴

As a consequence, it should be assumed that an agent acting in Poland and EU countries, in spite of his independence of the principal, cannot represent several persons in the same market, if they are conducting competitive activity. However, he can take new orders from other persons, if they do not compete with the principal.

Analyzing the regulations in the directive on a restraint of trade clause one can come to the conclusion that they set only a minimum of what should be found in national laws.³⁵ Therefore, national legislations of some European countries in line with Article 20 of the directive adopt a narrow non-competition regulation, while other extend it considerably.³⁶ It is so, because the directive overlooks a number of important issues. One of them is a compensation for an agent for a restraint of trade clause, which is regulated in the Polish law. According to Article 764⁶ § 3 c.c. „the principal is obliged to pay the agent an appropriate amount of money for the restriction of competitive activity during its term unless the contract provides otherwise or unless the agency contract was dissolved due to circumstances for which the agent is liable”. If the amount was not set forth in the contract, “the amount due corresponds to the benefits obtained by the principal as a result of the restriction of competitive activity and the agent's earning opportunities lost as a result thereof” (Article 764⁶ § 4 c.c.).

Amended provisions of the Polish civil code contain also regulation concerning the impact of termination of agency contract under certain circumstances on a non-competitive clause. An Article 764⁸ c.c. points out that „if the agent terminates the contract due to circumstances for which the principal is liable, he may be released from the obligation to observe the restriction of competitive activity by

³⁴ See F.J. Witman, *Rapport Allemand* (in:) *Representation Commerciale Internationale*, Brussels 1971, p. 81.

³⁵ See E. Rott-Pietrzyk, *Komentarz do Dyrektywy Rady nr 86/653*, ZNUŚ PPHZ 2000, No. 19–20, p. 254–256.

³⁶ It is so *inter alia* in Germany, Belgium, Netherlands and Luxemburg.

submitting a written declaration to the principal within one month of the termination date”.³⁷

Moreover, the Polish law provides that „the principal may, until the day the contract is dissolved, cancel the restriction of competitive activity to the effect that after six months pass from the cancellation, he will be released from the obligation to pay the sum” on account of such restriction (Article 764⁷ c.c.). This solution is also unknown to the directive.

e) Other rights and duties of the parties to agency contract

Apart from the remuneration described above, in the Polish law an agent may receive also a so-called *del credere* commission. As a general rule it is due to the agent for the fact that he is taking on the responsibility for performing the obligation by the client. According to Article 761⁷ c.c. “an agency contract executed in writing may stipulate that the agent is liable, against separate remuneration (*del credere* commission), within an agreed scope, for the client performing the obligation. The agent is liable for the client making the performance unless the contract provides otherwise. If written form is not observed for the contract, the agency contract is deemed executed without this stipulation. The agent’s liability may apply only to a specified contract or contracts with a specified client executed with the intermediary of the agent or executed by the agent on the principal’s behalf”. The directive regulates neither *del credere* obligation nor *del credere* commission. However, this issue is brought up in Article 2:213 of the project of the European Civil Code.³⁸

Regardless of the agent’s right to remuneration, he is entitled also to reimbursement of expenses (Article 762 c.c.). In the absence of a contractual provision to the contrary, the agent acquires this right in case of fulfillment of three conditions cumulatively. First of all, these expenses must be related to performing the order. Secondly, they must be reasonable. Thirdly, the amount of the expenses must exceed the usual amount accepted in the given relations. The directive does not provide for similar solution.

Moreover, in the Polish law „in order to secure a claim for remuneration and for reimbursement of expenses and advances paid to the principal, the agent has the statutory pledge on the principal’s things and securities received in connection with the agency contract so long as those objects are with him or with a person who holds them on his behalf or so long as he can dispose of them using documents” (Article 763 c.c.). Also in this respect the directive does not contain provisions.

5. Expiration of an agency contract

An agency contract may be executed for a fixed or non-fixed term. In the light of regulations in the Polish Civil Code and other specific acts of parliament the agency contract expires in case of: 1) passage of the term of the contract; 2) dissolution of the contract; 3) subsequent impossibility of performance; 4) death or

³⁷ See E. Rott-Pietrzyk, *Zakaz działalności konkurencyjnej w umowach agencyjnych*, Rejent 1999, No. 4, p. 46–48.

³⁸ For more see I. Mycko-Katner, *Umowa...*, p. 289.

loss of legal capacity of the agent or the principal; 5) agent's or principal's bankruptcy.

The last three situations are not regulated in the directive, and in the Polish law they are regulated *inter alia* in the Law on Bankruptcy and in the Code Civil, but outside the provisions on the agency contract.

The first case of expiration, that is the expiration of an agency contract due to lapse of time, concerns only the contracts executed for a fixed term. Such contract expires when its fixed term passes. However, a contract executed for a fixed term and performed by the parties after the term for which it was executed is deemed executed for a non-fixed term (Article 764 c.c.). This solution was taken after Article 14 of the directive.

The second case of the expiration, that is the dissolution of the agency contract, may be a result of 1) an agreement of the parties, which is quite obvious, or 2) a termination of the contract.

Each party may terminate the agency contract. The termination in Civil Code and in the directive can be divided into the termination of a contract executed for a non-fixed term subject to statutory notice periods (Article 764¹ c.c.) and termination without notice terms (Article 764² c.c.). In the first case - as in the directive (article 15.2) - the period and conditions of notice depend on the duration of the contract. A contract may be terminated with one month's notice in the first year, two months' notice in the second year and three months' notice in subsequent years of the contract term. These notice periods cannot be shortened by the parties (Article 764¹ § 1 c.c.), but they may be extended in a contract. The period set for the principal cannot be, however, shorter than the period set for the agent. An extension of the period for the agent results in the same extension for the principal (Article 764¹ § 2 c.c.). A notice period ends at the end of the calendar month unless the contract provides otherwise (Article 764¹ § 3 c.c.).

In the event of termination without notice (Article 764² c.c.) the Polish legislator adopted the same premises of the immediate termination as in the Article 16 of the directive. Therefore an agency contract, even though executed for a fixed term, may be terminated without notice due to non-performance of the obligations by either party in whole or in a significant part, and also if extraordinary circumstances occur (Article 764² § 1 c.c.). The Civil Code also points out that „if termination is made due to circumstances for which the other party is liable, the other party is obliged to remedy any damage suffered by the terminating party as a result of the contract being terminated” (Article 764² § 2 c.c.).

It is worth noting that neither the provisions of the directive nor of the Civil Code on the agency contract regulate a termination of agency contract executed for an fixed term in regular mode, but only in immediate one. We believe, however, that in the Polish law parties may stipulate such provision under the principle of freedom of contracts (Article 353¹ c.c.), but they should indicate in detail in the contract the circumstances giving entitlement to termination with notice.

6. Summary

In comparison with the previous state of law, by the amendment of the Civil Code of July 26, 2000 Polish legislator largely increased the number of mandatory

rules governing an agency contract. The Civil Code contains now provisions concerning an exclusive agent and *del credere* liability of an agent that were in the Polish Commercial Code of 1934, but were excluded from previous regulation of the agency contract in the Civil Code. The amendment introduced also new institutions like restriction of competitive activity for a period following the dissolution of the contract (Articles 764⁶ and 764⁷ c.c.), compensatory performance (Articles 764³ and 764⁴ c.c.) and the right to demand written confirmation of the content of the contract by each party (see Article 758² c.c.).

In comparison with the directive no. 86/653 the Polish legislator has widened the scope of regulation of an agency contract,³⁹ especially with regard to: 1) the concept of an agency contract (an agent may provide intermediary in executing all types of contracts, not only sale or purchase of goods); 2) *del credere* obligation of an agent (Article 761⁷ c.c.); 3) reimbursement of expenses (Article 762 c.c.); 4) security for the agent's claims (Article 763 c.c.); 5) principal's obligation to pay the agent an appropriate amount of money for the restriction of competitive activity for a period following the dissolution of the contract (Article 764⁶ §§ 3 and 4 c.c.); 6) cancelation of such restriction by the principal (Article 764⁷ c.c.) and 7) the agent's right to demand that a certified auditor is given access to the information needed to calculate commission (Article 761⁵ §§ 2 and 4 c.c.).

Finally it is worth noticing that aside from the Civil Code an agency contract is also regulated in the Polish law in other acts of parliament that deal with more specialized types of agency. It is so with *inter alia* sea agents, insurance agents, travel agents, customs agents, postal agents, real estate agents as well as agents acting on behalf of investment companies or banks.

Contact

pkatner@hotmail.com

³⁹ So did most of the Member States, *inter alia* Austria, Germany, Netherlands.

JUDr. Marián Prievozník, PhD.

advokát

Zánik účasti ako spôsob riešenia sporov medzi spoločníkmi spoločnosti s ručením obmedzeným

Abstrakt

Autor sa zaoberá spormi medzi spoločníkmi spoločnosti s ručením obmedzeným, ktoré môžu vzniknúť pri rozhodovaní o záležitostiach spoločnosti. Poukazuje na to, že riešenie týchto sporov vynúteným odchodom niektorého zo spoločníkov sú obmedzené, pričom pravdepodobnejšie je zrušenie účasti menšinového spoločníka, ktorý svoje povinnosti neporušuje, ako spoločníka porušujúceho povinnosti, pokiaľ má väčšinu hlasovacích práv. Porovnáva právnu úpravu týkajúcu sa vzťahov medzi spoločníkmi navzájom s právnou úpravou podielového spoluvlastníctva, pričom dospieva k záveru, že striktná právna úprava zániku účasti v spoločnosti s ručením obmedzeným môže byť kontraproduktívna a neprispieva k rozvoju podnikania.

Abstract

The author deals with disputes arising between shareholders of a limited liability company, arising in decision-making process related with the company. He points out the fact that the possibilities of resolving these disputes by a forced expulsion of one of the shareholders are limited, while it is more probable to achieve the expulsion of a non-breaching minority shareholder, than of a majority shareholder who breaches his obligations. He compares the legal regulation of mutual relationships between shareholders with the legal regulation of co-ownership, and he reaches the conclusion that strict legal regulations related with the expulsion of shareholders of a limited liability company may be contra-productive and does not contribute to improvement of business.

Spoločnosť s ručením obmedzeným je v podnikateľskej praxi na Slovensku výrazne najfrekvencovanejšie používaným typom obchodnej spoločnosti. Jej popularita je dôsledkom kombinácie viacerých faktorov – obmedzeného ručenia spoločníkov, relatívne nízkych nákladov spojených so založením a fungovaním spoločnosti, ako aj veľkej variability a flexibility poskytovanej touto právnou formou. Spoločnosť s ručením obmedzeným umožňuje podnikanie jedinej osobe

v malom rozsahu, ale aj spojenie viacerých osôb za účelom podnikania v ľubovoľne veľkom rozsahu. Práve existencia viacerých spoločníkov v jednej spoločnosti nie zriedkavo vytvára živnú pôdu pre vznik rôznych sporov, od menej závažných názorových rozporov ohľadom riešenia konkrétnych otázok, až po zásadné dlhodobé konflikty, ktoré sa postupne nevyhnutne začnú prejavovať na celkovom fungovaní spoločnosti, či už utlmením alebo až ukončením jej činnosti, zhoršením hospodárskych výsledkov, zatajovaním informácií pred spoločníkmi, úpadkom, alebo vynúteným rozlúčením spoločníkov. V advokátskej praxi sa na nás klienti často obracajú v rôznych štádiách takýchto konfliktov, či už s otázkou, akým spôsobom sa legálne zbaviť spoločníka, ktorý sa stal pre spoločnosť príťažou, alebo naopak, akým spôsobom sa brániť proti konaniam ostatných spoločníkov alebo konateľov, ktoré spoločníka poškodzujú. Predmetom tohto článku bude zamyslenie sa nad možnosťami, ktoré v tomto smere poskytuje právny poriadok, ako aj výsledkom, ktorým sa takéto konflikty môžu končiť.

V prvej časti sa budeme zaoberať situáciami, kedy v skutočnosti ešte nedochádza k porušovaniu práv ani povinností spoločníka, ale napriek tomu tu už existuje spor, ktorý si vyžaduje riešenie. K takýmto situáciám dochádza najčastejšie pri schvaľovaní rozhodnutí spoločníkmi na valnom zhromaždení, ktoré je najvyšším orgánom spoločnosti a má pôsobnosť rozhodovať o zásadných otázkach, ktoré sa jej týkajú. Valné zhromaždenie prijíma rozhodnutia väčšinovým hlasovaním, pričom zákon vyžaduje buď nadpolovičnú väčšinu hlasov prítomných spoločníkov, alebo v niektorých prípadoch⁴⁰ sa vyžaduje dvojtretinová alebo vyššia väčšina všetkých hlasov. Pre uznášaniaschopnosť valného zhromaždenia sa vyžaduje buď nadpolovičná účasť spoločníkov, alebo iná, buď nižšia alebo vyššia účasť stanovená spoločenskou zmluvou. V prípadoch, kedy zákon vyžaduje pre schválenie rozhodnutia dvojtretinovú väčšinu všetkých hlasov spoločníkov, musia byť samozrejme prítomní spoločníci, ktorí takouto väčšinou disponujú.

Z hľadiska predmetu nášho záujmu sa zameriame na nasledovné prípady:

1. Valné zhromaždenie nebude uznášaniaschopné z dôvodu, že sa ho spoločník alebo spoločníci s potrebnou väčšinou hlasov dlhodobo odmietajú zúčastniť so zámerom blokovat' prijímanie akýchkoľvek rozhodnutí.
2. Valné zhromaždenie síce bude uznášaniaschopné, avšak vzhľadom na pomer hlasov (najčastejšie 50 % : 50 %) nebude možné medzi spoločníkmi možné dosiahnuť schválenie akéhokoľvek rozhodnutia.
3. Valné zhromaždenie bude uznášaniaschopné a prijíma rozhodnutia, ktoré sú pre spoločnosť alebo prehlasovaných spoločníkov nevýhodné.

Ad 1:

Každý spoločník má právo zúčastniť sa na valnom zhromaždení a musí byť naň pozvaný v lehote stanovenej zákonom alebo spoločenskou zmluvou, pod hrozbou určenia neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia súdom⁴¹. Účasť na valnom zhromaždení je právom, nie však povinnosťou spoločníka – v odbornej literatúre⁴² sa možno stretnúť s názorom, že ani spoločenská zmluva nemôže

⁴⁰ § 125 ods. 1 písm. a), c), d), e) a i) Obchodného zákonníka

⁴¹ § 131 Obchodného zákonníka

⁴² Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa M. a kol.: Obchodní zákoník, C.H. Beck 6. vydanie 2001, str. 527

rozširovať dôvody na vylúčenie spoločníka zo spoločnosti nad rámec zákona napríklad tým, že bude neúčast' na valnom zhromaždení definovať ako porušenie povinností spoločníka. Prípadnú neúčast' spoločníka na valnom zhromaždení aj súdna prax⁴³ označila len za súčasť výkonu jeho práva zúčastniť sa na valnom zhromaždení, s ktorou nemožno spájať účinky protiprávneho konania a ani možnosť spoločnosti domáhať sa vylúčenia spoločníka.

V súdnom konaní, v rámci ktorého bol vyslovený vyššie uvedený názor, mal dotknutý spoločník, ktorého vylúčenia sa spoločnosť domáhala, len 10 % obchodný podiel a teda jeho neúčast' v zásade neblokovala spoločnosť v jej činnosti. Otázne je, akým spôsobom by súd postupoval, ak by mal spoločník 50 % hlasovacích práv, bez ktorých by valné zhromaždenie nemohlo byť uznášaniaschopné, a teda by nebolo možné prijímať akékoľvek rozhodnutia, napríklad ani schváliť účtovnú závierku alebo zvoliť konateľov. Neúčast' spoločníka v tomto prípade spoločnosť priamo ohrozuje – napríklad ju môže vystaviť hrozbe zrušenia súdom⁴⁴, čo v istom zmysle koliduje s ustanovením § 125 ods. 1 písm. i) Obchodného zákonníka. Pre rozhodnutie valného zhromaždenia o zrušení spoločnosti zákon vyžaduje dvojtretinovú väčšinu všetkých hlasov spoločníkov – spoločník, ktorý má sám len 50 % hlasov, však môže blokovať uskutočnenie valných zhromaždení a tak za určitých podmienok dosiahnuť zrušenie spoločnosti aj sám, bez dvojtretinovej väčšiny. V takomto prípade by sa podľa môjho názoru jednalo o zneužitie práv spoločníka, o porušenie § 56a Obchodného zákonníka, ktoré by malo byť dôvodom pre vylúčenie spoločníka súdom, napriek existencii vyššie uvedeného judikátu.

Ad 2:

Obchodný zákonník vyžaduje pre schválenie rozhodnutia valného zhromaždenia nadpolovičnú väčšinu hlasov, či už prítomných alebo všetkých spoločníkov. Ak sa takáto väčšina dosiahnuť nepodarí, žiadne rozhodnutie prijaté nie je, a jeho schválenie v zásade nie je možné dosiahnuť náhradným spôsobom, ani keby bolo pre spoločnosť zjavne výhodné alebo dokonca nevyhnutné. Z hľadiska právnej úpravy sa naskytá možnosť porovnania napríklad s podielovým spoluvlastníctvom – zatiaľ čo v prípade rovnosti hlasov alebo nedosiahnutia väčšiny alebo dohody pri rozhodovaní o hospodárení so spoločnou vecou rozhodne na návrh ktoréhokoľvek podielového spoluvlastníka súd⁴⁵, v prípade nedosiahnutia väčšiny hlasov spoločníkov na valnom zhromaždení takýto postup nie je možný, a to ani subsidiárnou aplikáciou Občianskeho zákonníka⁴⁶, ani per analogiam. Súd môže len zrušiť uznesenie valného zhromaždenia, ktoré je v rozpore so zákonom alebo spoločenskou zmluvou, nemôže však sám nahradiť prejav vôle spoločníkov.

Riešenie rovnosti hlasov v právnom poriadku prakticky neexistuje. V tomto prípade samozrejme neprichádza do úvahy podanie žaloby o určenie neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia, keďže žiadne uznesenie schválené nie je. Hlasovanie určitým spôsobom v zásade nie je možné považovať za porušenie práv spoločníka, takže do úvahy nebude prichádzať ani možnosť vylúčenia spoločníka.

⁴³ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky č. k. Obdo V 56/2002 z 25.02.2004

⁴⁴ § 68 ods. 6 písm. a) Obchodného zákonníka

⁴⁵ § 139 ods. 2 Občianskeho zákonníka

⁴⁶ § 1 ods. 2 Obchodného zákonníka

Teoreticky by síce mohlo byť poukázané na porušenie zákazu zneužitia väčšiny alebo menšiny hlasov, resp. zneužitie práv spoločníka, avšak pri rovnosti hlasov sa jednak technicky nejedná o väčšinu ani menšinu, nehovoriac o tom, že každý zo spoločníkov by mohol tvrdiť, že je to práve ten druhý, kto zneužíva svoje hlasovacie práva.

Čiastočná dispozitívnosť ustanovenia § 127 ods. 3 Obchodného zákonníka nedáva spoločníkom veľa priestoru ani pre zahrnutie prípadného riešenia rovnosti hlasov do spoločenskej zmluvy. Zákon umožňuje, aby spoločenská zmluva stanovila len vyšší počet hlasov než je prostá väčšina hlasov prítomných spoločníkov, takže v prípade pomeru hlasov 50 % : 50 % zrejme nebude prípustné dospieť k rozhodnutiu napríklad žrebovaním. Do úvahy prichádza napríklad použitie tretej osoby ako arbitra alebo mediátora sporu medzi spoločníkmi o konkrétnej otázke, výsledkom jeho „pôsobenia“ by však muselo byť len opakované hlasovanie spoločníkov, v súlade s jeho pokynmi, v rámci ktorého by bolo pôvodne neschválené uznesenie prijaté potrebnou väčšinou hlasov spoločníkov. Zákon prispieva k vyriešeniu tohto problému jedine nepriamym pôsobením na spoločníkov, a to v podobe hrozby zrušenia spoločnosti, aj to len ohľadom niektorých otázok (napríklad v prípade, ak sa spoločníci nevedia dohodnúť na tom, koho zvolia za konateľa po tom, čo funkcia predchádzajúceho zanikla).

Extrémnym, ale napriek tomu v praxi (najmä v zahraničí) používaným spôsobom riešenia je tzv. *shotgun provision* (nútené odkúpenie podielu). Obsahom takéhoto dojednania v spoločenskej zmluve je, že v prípade, ak o dôležitom bode nemožno prijať žiadne rozhodnutie, môže ktorýkoľvek spoločník ponúknuť druhému spoločníkovi, že odkúpi jeho obchodný podiel za ponúknutú cenu. Spoločník, ktorému bola takáto ponuka doručená, buď danú ponuku prijme a svoj podiel prevedie, alebo môže naopak sám odkúpiť podiel pôvodne ponúkajúceho spoločníka, a to za tú istú cenu. Extrémnosť tohto riešenia spočíva v tom, že jeho výsledkom nie je dohoda o konkrétnom hlasovaní spoločníkov (aj keď práve existencia takéhoto ustanovenia v spoločenskej zmluve nepochybne môže prispieť k jej dosiahnutiu), ale vynútený odchod jedného zo spoločníkov. Na druhej strane je tento spôsob riešenia konfliktu z ekonomického hľadiska možné považovať za spravodlivý, pretože spoločník, ktorý robí cenovú ponuku, nevie, či bude obchodný podiel kupovať alebo predávať, a preto urobí pravdepodobne férovú ponuku.

Z právneho hľadiska sa jedná o formu o zmluvy o budúcej zmluve. V prípade jej nedodržania je však otázne, akým spôsobom by sa k takémuto dojednaniu v spoločenskej zmluve postavila súdna prax, napríklad v rámci konania o nahradenie prejavu vôle spoločníka na zmluve o prevode obchodného podielu. Je pravdepodobné, že by sudy označili takéto dojednanie za neplatné, pretože v istom zmysle obchádza práve ustanovenie § 149 Obchodného zákonníka, keďže vedie k podobnému efektu ako vylúčenie spoločníka – k nútenému zániku jeho účasti v spoločnosti (s tým rozdielom, že namiesto vyrovnaného podielu by spoločník dostal dohodnutú odplatu za prevod obchodného podielu). Zároveň súdna prax⁴⁷ poukazuje na to, že ustanovenie § 289 Obchodného zákonníka vyžaduje dojednanie doby uzatvorenia budúcej zmluvy, ktoré v tomto prípade pravdepodobne nebude

⁴⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky č. k. 6 Obdo 37/2008 z 21.05.2009

možné (keďže nie je možné presne špecifikovať, kedy a či vôbec situácia nastane), čo môže byť tiež dôvodom neplatnosti zmluvy o budúcej zmluve.

Ad 3:

V poslednom prípade je rozhodnutie valného zhromaždenia schválené, ale spoločník bol prehlasovaný, s rozhodnutím nesúhlasí, prípadne takéto rozhodnutie nie je výhodné ani pre spoločnosť. Je potrebné uviesť, že pokiaľ nie je daný niektorý z dôvodov neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia (napríklad spoločník nebol riadne pozvaný, atď.), a pokiaľ sa nejedná o zneužitie väčšiny hlasov, čo v mnohých prípadoch nie je možné žiadnym spôsobom preukázať (napríklad pri voľbe osoby konateľa), právny poriadok spoločníkovi neumožňuje dosiahnuť zvrátenie rozhodnutia prostredníctvom súdu, ani z tohto dôvodu vystúpiť zo spoločnosti.

Spoločník je tak nútený zotrvať v spoločnosti, v ktorej nevie presadiť svoju vôľu, čo sa nepochybne prejavuje aj v hodnote jeho obchodného podielu. Súd napriek tomu judikovali, že menšina hlasov⁴⁸, nezhody medzi spoločníkmi ani hospodársky úpadok⁴⁹ nie sú postačujúce pre záver o tom, že od spoločníka nemožno spravodlivo požadovať, aby v spoločnosti zotrval, a vyžaduje sa explicitné a závažné porušovanie povinností spoločnosti alebo ostatných spoločníkov⁵⁰, prípadne až samotná nefunkčnosť spoločnosti, ktorá napríklad bráni spoločníkovi zaradiť sa do zoznamu uchádzačov o zamestnanie⁵¹ podľa príslušných predpisov o sociálnom zabezpečení.

Na rozdiel od toho napríklad český zákon o obchodných korporáciách⁵² dáva možnosť spoločníkom vystúpiť zo spoločnosti v prípade, ak spoločník nesúhlasil s prijatým rozhodnutím valného zhromaždenia, a hlasoval proti zmene prevažujúcej povahy podnikania spoločnosti alebo predĺženiu trvania spoločnosti, ktorá bola pôvodne zriadená na dobu určitú. Aj v tomto prípade sa zjavne jedná o právnu úpravu značne reštriktívnu, ktorá spoločníkom umožňuje vystúpiť zo spoločnosti len v ojedinelých a závažných, taxatívne stanovených prípadoch, zároveň sa však odbúrava potreba existencie súdneho rozhodnutia.

Od vyššie uvedených konfliktných situácií, kedy ešte dochádza len k výkonu práv spoločníkov, je potrebné odlišovať porušovanie povinností z ich strany, ktoré môže byť dôvodom pre vylúčenie spoločníka priamo valným zhromaždením alebo súdom. Takýchto povinností však v zákone veľa nie je:

1. Vkladová povinnosť spoločníkov – spoločníci sú povinní splatiť svoje vklady v lehotách určených spoločenskou zmluvou, najneskôr však do piatich rokov od vstupu do spoločnosti, pod hrozbou možnosti vylúčenia priamo rozhodnutím valného zhromaždenia, bez nutnosti súdneho konania. Najčastejšia prax na Slovensku je taká, že všetky vklady spoločníkov sú splatené v celom rozsahu už v čase podania návrhu na zápis spoločnosti do obchodného registra, a tak

⁴⁸ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky č. k. 4 Obo 110/2000 z 10.05.2001

⁴⁹ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky č. k. 2 Obo 179/2000

⁵⁰ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky č. k. 6 Obo 128/1996

⁵¹ Rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 9Cbs 68/2004

⁵² Zákon č. 90/2012 Sb. o obchodných spoločnostiach a družstvech (zákon o obchodných korporáciách), účinný od 01.01.2014

vylúčenie spoločníka z tohto dôvodu sa takmer nevyskytuje a spravidla nemôže byť spôsobom riešenia sporov medzi spoločníkmi.

2. Povinnosť splatiť vklad, na prevzatie ktorého sa spoločník zaviazal pri zvýšení základného imania spoločnosti – vylúčenie spoločníka z tohto dôvodu ako spôsob riešenia sporov medzi spoločníkmi si vyžaduje kombináciu viacerých okolností, ktorých splnenie nie je v praxi pravdepodobné: Jednak ostatní spoločníci musia sami disponovať dvojtretinovou väčšinou hlasov, ktorá im umožní schváliť uznesenie o zvýšení základného imania, a jednak sa dotknutý spoločník musí zaviazat' k prevzatíu nového vkladu, ktorý potom v stanovenej lehote nesplatiť. Spoločník sa môže proti takémuto konaniu ostatných spoločníkov brániť napríklad podaním návrhu na určenie neplatnosti príslušného uznesenia valného zhromaždenia súdom, ktorý však bude úspešný len v prípade, ak bol uznesením porušený zákon alebo spoločenská zmluva. Ak tomu tak nie je, spoločník má len dve možnosti – buď prevezme záväzok na nový vklad a bude musieť spoločnosti zaplatiť požadovanú sumu, alebo tento záväzok neprevezme, v dôsledku čoho sa zníži jeho obchodný podiel.
3. Príplatková povinnosť spoločníkov – táto musí byť zakotvená v spoločenskej zmluve⁵³, pričom jej dodatočné zavedenie v čase už existujúceho konfliktu medzi spoločníkmi spravidla vyústi v súdny spor o určenie neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia pre rozpor s § 141 ods. 2 Obchodného zákonníka. Ďalšími predpokladmi úspešného postupu voči spoločníkovi sú, že spoločnosť musí dosiahnuť stratu v určitej výške, ďalej že ostatní spoločníci disponujú dostatočným počtom hlasov na to, aby odsúhlasili príplatkovú povinnosť, ako aj to, že na spoločníka pripadne suma, ktorú nebude ochotný zaplatiť – táto suma v podstate vychádza z nominálnej hodnoty jeho vkladu, pričom môže dosiahnuť výšku najviac jednej polovice. Pokiaľ sa väčšinoví spoločníci nedopustia formálnej chyby v tomto procese, sú možnosti právnej obrany menšinového spoločníka voči takémuto konaniu značne zúžené. Jedná sa teda o pomerne efektívny nástroj nátlaku voči spoločníkovi, ktorý je však možné využiť len v obmedzenom rozsahu.
4. Povinnosť vrátiť podiel na zisku vyplatený v rozpore so zákonom – v praxi sú takéto prípady skôr ojedinelé, predpokladajú, že štatutárny orgán spoločnosťou vyplatiť určitú sumu a následne ju bude spoločnosť (konajúca prostredníctvom spravidla toho istého štatutárneho orgánu) vymáhať späť. Situácia môže nastať napríklad v prípade, ak sú obidvaja spoločníci zároveň konateľmi, a jeden z nich si napríklad vyplatiť preddavok na podiel zo zisku. Spoločník, ktorému z tohto dôvodu hrozí vylúčenie, však má v takomto prípade široké možnosti obrany – od zdokladovania iného účelu platby, cez predloženie potvrdenia o vrátení peňazí až po späťvzatie žaloby o vylúčenie spoločníka (ak je aj v čase súdneho konania zároveň konateľom). Nemožno vziať späť len žalobu, ktorou spoločník uplatňuje v mene spoločnosti nárok na vrátenie týchto platieb.
5. Iné povinnosti spoločníka – jedná sa napríklad o povinnosti nepeňažnej povahy, ako povinnosť niečo pre spoločnosť vykonať, odovzdať spoločnosti účtovné alebo iné doklady, prípadne sa zdržať určitého konania. Aj tu je však potrebné zdôrazniť, že súdy pristupujú k posudzovaniu plnenia týchto povinností zo

⁵³ § 121 ods. 1 Obchodného zákonníka

strany spoločníkov skôr reštriktívne a prípady, kedy by súd skutočne rozhodol o vylúčení spoločníka, sú v praxi ojedinelé až výnimočné:

- Spoločenské zmluvy napríklad často ukladajú spoločníkom povinnosť zúčastňovať sa osobne na podnikaní spoločnosti. V tejto súvislosti súd zamietol žalobu o vylúčenie spoločníka⁵⁴ s odôvodnením, že v zmysle § 66 ods. 3 Obchodného zákonníka mala byť uzatvorená písomná zmluva o výkone funkcie, v ktorej mal byť definovaný presný rozsah činností, ktoré má spoločník vykonávať, ako aj odplata za ne, teda podstatné obsahové náležitosti mandátnej zmluvy. Samotné uloženie tejto povinnosti v spoločenskej zmluve bez jej konkrétnej špecifikácie nie je možné považovať za dostatočne určité pre to, aby mohol spoločník porušovať svoje povinnosti.
- Súdny d'alej rozlišujú medzi povinnosťami, ktoré má tá istá osoba ako konateľ a ako spoločník. Porušenie povinností konateľa v zásade nemôže byť dôvodom vylúčenia tejto osoby ako spoločníka⁵⁵. V protiklade k tomu sa však sporadicky ako dôvod vylúčenia v súdnej praxi uznáva porušenie povinnosti lojality voči spoločnosti⁵⁶, čo podľa môjho názoru do istej miery odporuje vyššie vyslovenému názoru, na základe ktorého nemožno vylúčiť spoločníka, ktorý porušuje svoje povinnosti ako konateľ – je otáznosť, do akej miery je spoločník lojálny voči spoločnosti, ak ako jej konateľ napríklad uskutočňuje právne úkony, ktoré spoločnosť poškodzuje, prípadne porušuje zákaz konkurencie, a pod.

Výsledkom takto reštriktívne chápaného ustanovenia § 149 Obchodného zákonníka je, že prevažná väčšina žalôb o vylúčenie spoločníka je súdmi zamietaná, ak sa súd vôbec meritórne zaoberá porušením povinností spoločníka, pretože prevažujúcim dôvodom zamietania žalôb zo štatistického hľadiska je nedodržanie formálneho postupu pri vylúčení spoločníka (písomné upozornenie na porušovanie povinností, rozhodnutie valného zhromaždenia, podanie žaloby oprávnenou osobou, atď.).

Ďalším faktorom ovplyvňujúcim početnosť podávania žalôb o vylúčenie spoločníka je slabý vplyv spoločníka a jeho obmedzené možnosti iniciovať takéto konanie. Predovšetkým spoločník sám nemôže podať žalobu o vylúčenie iného spoločníka⁵⁷, ale túto musí podať samotná spoločnosť, pričom nie je možné ani uplatnenie nároku v mene spoločnosti – tzv. derivatívne žaloby⁵⁸. Pokiaľ spoločník nie je sám konateľom alebo nedisponuje sám väčšinou hlasov potrebnou na zmenu konateľa, v podstate nemá možnosť proti vôli existujúceho konateľa alebo väčšiny hlasov na valnom zhromaždení presadiť, aby bola podaná žaloba o vylúčenie iného spoločníka, a to ani v prípade, ak takýto spoločník zjavne porušuje svoje povinnosti. Považujem za paradoxné a nespravodlivé, že v takomto prípade spoločník, ktorý sám povinnosti neporušuje, môže z tohto dôvodu podať jedine žalobu o zrušenie vlastnej

⁵⁴ Rozsudok Krajského súdu v Košiciach č. k. 4Cob 3/2012 z 22.02.2012

⁵⁵ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky č. k. 4Obo 350/1998

⁵⁶ Uznesenie Najvyššieho súdu Českej republiky č. k. 29Odo 1007/2005

⁵⁷ Rozsudok Vyššieho súdu v Prahe č. k. 7Cmo 89/94

⁵⁸ § 122 ods. 3 Obchodného zákonníka

účasti v spoločnosti, nemôže však proti vôli väčšiny dosiahnuť podanie žaloby o vylúčenie spoločníka porušujúceho povinnosti, ani vylúčenia takéhoto spoločníka domôcť akýmkoľvek iným spôsobom, ani účinne vopred riešiť takúto situáciu v spoločenskej zmluve (do úvahy prichádza napríklad nemecký inštitút „zabavenia podielu“ – Einziehung⁵⁹ z dôvodov upravených v spoločenskej zmluve).

Vzhľadom na vyššie uvedené problémy, najmä na značne obmedzené možnosti spoločníka riešiť vzájomné spory vynútením odchodu druhého zo spoločníkov, považujem za vhodné zaoberať sa širšími súvislosťami a úvahami *de lege ferenda*. Je nepochybné, že právna úprava ochrany obchodného podielu a práv spoločníka zakotvená v Obchodnom zákonníku je oveľa vyššia než napríklad ochrana práv podielového spoluvlastníka veci vyplývajúca z Občianskeho zákonníka, hoci z ústavného hľadiska sa jedná v oboch prípadoch o ochranu toho istého základného práva vlastniť majetok:

1. Zákon umožňuje súdu v prípade podielového spoluvlastníctva kreovať rozhodnutia týkajúce sa spoločnej veci v prípade, ak medzi spoluvlastníkmi nemožno dosiahnuť väčšinu, a zároveň umožňuje prehlasovaným spoluvlastníkom zvrátiť prostredníctvom súdu rozhodnutie väčšiny, ak sa jedná o dôležitú zmenu spoločnej veci. Naproti tomu v spoločnosti s ručením obmedzeným zákon skúma len formálnu stránku rozhodnutí a ich súlad so zákonom, nie však hľadisko výhodnosti z hľadiska spoločnosti alebo spoločníkov. Súd môže len zrušiť schválené rozhodnutia, pričom sám nemôže v akýchkoľvek prípadoch nahrádzať vôľu spoločníkov.
2. Nikoho nemožno nútiť, aby mal vec v spoluvlastníctve s inou osobou. Na základe žaloby podanej podielovým spoluvlastníkom súd podielové spoluvlastníctvo zásadne zruší (pokiaľ nie sú dané dôvody osobitného zreteľa) a prikáže vec do výlučného vlastníctva niektorého zo spoluvlastníkov za náhradu, pokiaľ ju nie je možné reálne rozdeliť. Naproti tomu v prípade spoločnosti s ručením obmedzeným zákon viaže nútený zánik účasti na porušovanie povinností spoločníka zásadným spôsobom, pričom zároveň zakazuje vystúpenie zo spoločnosti.
3. Spoločník samotný nemôže dosiahnuť proti vôli väčšiny ostatných spoločníkov alebo bez vplyvu na konateľa spoločnosti podanie žaloby o vylúčenie iného spoločníka, ktorý porušuje svoje povinnosti. Porušovanie povinností väčšinovým spoločníkom môže byť skôr dôvodom pre to, aby spoločník neporušujúci povinnosti požiadal súd o zrušenie vlastnej účasti v spoločnosti.
4. V nepochopiteľnom rozpore s vyššie uvedeným sa podielovému spoluvlastníkovi priznáva ako náhrada za zánik jeho spoluvlastníctva peňažné vyjadrenie podielu na skutočnej hodnote veci v čase rozhodovania súdu, zatiaľ čo spoločník má pri zániku svojej účasti v spoločnosti s ručením obmedzeným právo na vyplatenie vyrovnacieho podielu, teda podielu na účtovnej hodnote čistého obchodného imania spoločnosti za predchádzajúce účtovné obdobie, ktorý môže byť v zjavnom nepomere k skutočnej hodnote jeho obchodného podielu v čase zániku účasti.

Takáto zvýšená ochrana obchodného podielu je podľa môjho názoru značne kontraproduktívna, pretože môže viesť k tomu, že spoločníci budú často „uväznení“

⁵⁹ § 34 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

v spoločnostiach s ručeným obmedzeným, z ktorých nemajú ako vystúpiť, a zároveň nemajú žiadnu možnosť presadiť svoj názor do rozhodovania o záležitostiach spoločnosti, pokiaľ nemajú väčšinu hlasov, ani účinným zákonným spôsobom riešiť rovnosť hlasov. Práve toto sú často dôvody, pre ktoré spoločnosti s ručením obmedzeným končia svoju reálnu činnosť a ostanú len zápismi v obchodnom registri.

Za otázky považujem ekonomický a spoločenský dôvod týchto značných rozdielov. Neporovnateľne vyššia ochrana obchodného podielu oproti spoluvlastníckemu podielu zrejme nevyplýva z ústavy, keďže obidve spadajú pod ten istý článok 20. Mohla by mať pôvod v článku 35 ods. 1 ústavy, ktorý zakotvuje právo podnikat' a uskutočňovať inú zárobkovú činnosť, avšak je potrebné uviesť, že doterajšia judikatúra Ústavného súdu Slovenskej republiky tomu príliš nenasvedčuje⁶⁰. Nevyplýva ani z právnych aktov Európskej únie, ktoré sa otázke vylúčenia spoločníkov alebo ochrany ich obchodných podielov osobitne nevenujú. Dôvodom zrejme bude ochrana investícií, ktorá je vo vzťahu k zahraničným subjektom zakotvená vo viacerých bilaterálnych medzivládnych dohodách, ako aj praktický aspekt, nakoľko ingerencia súdov do rozhodovania záležitostí týkajúcich sa spoločnosti by si často vyžadovala rozsiahle dokazovanie, nehovoriac o dĺžke súdnych konaní, ktorá nie je kompatibilná s potrebou rýchleho rozhodovania v podnikaní.

Napriek tomu zastávam názor, že zmena právnej úpravy, najmä uvoľnenie podmienok, za ktorých je možné dosiahnuť nútené rozlúčenie spoločníkov spoločnosti s ručením obmedzeným, by mohlo prispieť k ešte väčšiemu rozvoju podnikania prostredníctvom tohto typu obchodnej spoločnosti.

Pre úplnosť je potrebné dodať, že obchodný podiel môže byť v spoluvlastníctve viacerých osôb, pričom v takom prípade sa vyššie analyzované právne úpravy v Obchodnom a Občianskom zákonníku dostávajú do priameho kontaktu. Do úvahy bude vo vzťahu k riešeniu sporov prichádzať tak aplikácia ustanovení o vylúčení spoločníka, ako aj aplikácia ustanovení o zrušení a vyporiadaní podielového spoluvlastníctva. Zároveň bude súd na základe žaloby jedného zo spoluvlastníkov zrejme oprávnený rozhodovať o hospodárení so spoločnou vecou, prípadne o dôležitých zmenách spoločnej veci, ktorou v prípade obchodného podielu môžu byť napríklad zmeny spoločenskej zmluvy – toto rozhodovanie sa však bude môcť vzťahovať len na konkrétny obchodný podiel, ktorý je v spoluvlastníctve, a nie na vzťahy k ostatným spoločníkom a ich obchodným podielom.

Táto úvaha nevyhnutne vedie k na prvý pohľad neobvyklej právnej otázke, či si spoločníci môžu pri založení obchodnej spoločnosti zvoliť právny režim podielového spoluvlastníctva vyplývajúci z Občianskeho zákonníka namiesto právneho režimu vzťahov medzi spoločníkmi vyplývajúceho z Obchodného zákonníka, a to tak, že založia spoločnosť, v ktorej bude jediný obchodný podiel, ktorý však bude patriť viacerým osobám ako podielovým spoluvlastníkom. Takáto dohoda výslovnému zneniu zákona neodporuje, keďže aj ustanovenie § 114 ods. 3 Obchodného zákonníka priamo predpokladá, že jeden obchodný podiel môže patriť viacerým osobám. Je otázne, či neobchádza ustanovenie § 261 Obchodného zákonníka, lenže k takejto situácii môže dôjsť aj bez toho, aby bola vôbec dohodnutá v spoločenskej zmluve (napríklad jediný spoločník zomrie a dedičia sa dohodnú, že budú mať jeho

⁶⁰ napríklad Uznesenie I. ÚS 91/03, Uznesenie IV. ÚS 185/2012

obchodný podiel v podielovom spoluvlastníctve). Dohoda by umožnila prekonať niektoré z vyššie uvedených právnych problémov týkajúce sa sporov medzi spoločníkmi.

Kontakt

prievoznik@straka-partners.sk

Доцент Ольга Анатольевна Терновая, кандидат юридических наук, PhD

Кафедра «Гражданское право» Финансового университета при Правительстве Российской Федерации и кафедра адвокатуры и нотариата Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации.

Развитие российского корпоративного законодательства в свете вступления России в ВТО

Abstract

Основная идея статьи – показать влияние права ВТО на формирование российского корпоративного законодательства. Чрезмерная закрытость и непрозрачность рынка является помехой на пути получения выгод при вступлении России в ВТО. Прежде всего, нуждается в совершенствовании российское корпоративное законодательство, которое на сегодняшний день недостаточно эффективно защищает интересы акционеров, клиентов и инвесторов, а такие принципы корпоративного управления как честность, прозрачность, подотчетность и ответственность нуждаются в дальнейшем развитии. Проблема чрезмерной закрытости и непрозрачности рынка является помехой на пути либерализации международной торговли не только для России, но и для других стран – участниц ВТО. Поэтому необходимо искать новые пути совершенствования корпоративного права не только на национальном, но и на международном уровне.

Недавнее вступление России в ВТО заставляет серьезно задуматься о не только о правовых и экономических последствиях такого решения, но и принять необходимые меры, направленные на адаптацию российского законодательства к новым условиям международного торгового оборота.

Поскольку Правовую основу ВТО составляют Генеральное соглашение о торговле услугами (ГАТС) и Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), то ВТО можно рассматривать как многосторонний торговый договор, определяющий права и обязанности правительств в сфере международной торговли товарами и услугами. Либерализация международной торговли, обеспечение ее справедливости, экономического роста и повышение благосостояния людей – основные задачи ВТО, которые решаются различными методами. Например, путем контроля за выполнением многосторонних соглашений, проведения

торговых переговоров, специальным порядком урегулирования торговых конфликтов и т.п. В принятии решений участвуют все государства – члены ВТО.

С одной стороны, вступление в ВТО дает России множество таких важных преимуществ как получение лучших условий для доступа российской продукции на иностранные рынки; доступ к международному механизму разрешения торговых споров; создание более благоприятного климата для иностранных инвестиций в результате приведения законодательной системы в соответствие с нормами ВТО; расширение возможностей для российских инвесторов в странах-членах ВТО; создание условий для повышения качества и конкурентоспособности отечественной продукции в результате увеличения потока иностранных товаров, услуг и инвестиций на российский рынок; участие в выработке правил международной торговли с учетом своих национальных интересов; улучшение имиджа России в мире как полноправного участника международной торговли.

С другой стороны, чрезмерная закрытость и непрозрачность рынка является помехой на пути получения выгод при вступлении России в ВТО. Прежде всего, нуждается в совершенствовании российское корпоративное законодательство, которое на сегодняшний день недостаточно эффективно защищает интересы акционеров, клиентов и инвесторов, а такие принципы корпоративного управления как честность, прозрачность, подотчетность и ответственность нуждаются в дальнейшем развитии. Особое значение принципы корпоративного управления имеют для обеспечения стабильности финансовых рынков, поскольку реализация принципов корпоративного управления в конечном итоге влияет на экономическое развитие страны. Принцип прозрачности означает своевременное раскрытие информации о результатах производственной и финансовой деятельности корпорации, а также практики корпоративного управления. Необходимо максимально приблизить российские стандарты в области прозрачности к международным стандартам, что позволит создать условия для равной и справедливой конкуренции.

В качестве основы для изменения российского корпоративного законодательства наиболее интересен опыт стран Европейского союза не только потому что ЕС – основной торговый партнер России, но и потому что как отмечено в Указе Президента 2008 года Указа Президента РФ от 18.07.2008 г. №1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ основными целями модернизации гражданского законодательства является необходимость сближения положений кодекса с правилами регулирования соответствующих отношений в праве Европейского Союза, а также использования в гражданском законодательстве страны положительного опыта модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран.

¹ СЗ РФ. - 2008. - № 29 (часть I). - Ст. 3482.

1. Российское корпоративное право как новая подотрасль гражданского права

Осуществление корпоративного управления и контроля включает в себя деятельность корпорации по поводу собственности, а также отношения не только между субъектами корпорации, но и между корпорацией и третьими лицами. Правовое регулирование такой деятельности требует разработки эффективного корпоративного законодательства, а выделение корпоративного права в качестве отдельной подотрасли гражданского права представляется необходимым.

Вопрос о признании корпоративного права как подотрасли гражданского права долгое время вызвал бурные дискуссии среди российских правоведов. Однако на сегодняшний день в доктрине получила наибольшее распространение точка зрения о том, что корпоративное право – это отдельная, относительно самостоятельная подотрасль гражданского права. Так, по мнению М.Ю.Челышева «в рамках предмета гражданского права она имеет свой собственный предмет, особенности метода, принципов, свои юридические процедуры. Наконец, она имеет собственную внутреннюю структуру: общую часть – нормы, применяемые в отношении всех юридических лиц, сосредоточенные в части первой ГК РФ, систему специальных правовых институтов, включающие совокупности норм об отдельных юридических лицах»².

Фактом, подтверждающим включение корпоративных отношений в предмет регулирования гражданского права являются последние изменения в российском гражданском законодательстве.

Изучая в сравнительном аспекте корпоративное законодательство стран ЕС и России, следует учитывать уровень его развития и национальные особенности этих стран. Если в странах ЕС меняется уже сформированное корпоративное законодательство, то в России только формируются его основы. Например, долгое время в российском законодательстве отсутствовало легальное определение корпорации, корпоративных отношений, и только сейчас ситуация начинает меняться: в Проекте поправок № 47538-6/2 (во втором чтении) в Гражданский кодекс Российской Федерации «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, статью 1 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)» впервые на законодательном уровне предлагается внести понятие корпорации, а все юридические лица предлагается разграничить на корпорации и унитарные организации. В соответствии с предложенными поправками в предмет гражданского законодательства включена еще одна группа отношений, регулируемых гражданским законодательством, а именно корпоративные отношения, под которыми следует понимать отношения, связанные с участием в корпоративных организациях. Реализация такой

² Челышев М.Ю. О корпоративном праве как о гражданско-правовой подотрасли. Актуальные проблемы частноправового регулирования: материалы Всероссийского VIII научного форума (Самара, 24-25 апреля 2009 г.) науч. ред. Н.А.Баринов, отв.ред. С.В.Мартышкин. – Самара: Издательство «Самарский университет», 2009, С.183. - 612 с.

систематизации юридических лиц в еще большей степени потребует глубокого изучения современными юристами правового статуса организаций, созданных по корпоративному типу.

Таким образом, российское корпоративное право можно рассматривать как подотрасль гражданского права, регулирующее корпоративные отношения с целью защиты их участников от неэффективной деятельности наемных менеджеров. На формирование корпоративного права влияют экономическая и политическая ситуация в стране, практика деловых отношений, национальные особенности и т.д.

Нельзя также не учитывать тот факт, что уровень развития корпоративного законодательства различных государств напрямую зависит от происходящих в этих странах социально-экономических процессов. Именно поэтому сближение правовых систем законодательного регулирования корпоративных отношений является одной из наиболее заметных тенденций развития корпоративного законодательства во всем мире. В странах ЕС эта тенденция реализуется путем унификации и гармонизации законодательства стран – участников.

В связи с тем, что Россия на сегодняшний день все еще является страной с переходной экономикой, корпоративное управление и корпоративное право находятся на стадии формирования и требуют дальнейшего совершенствования. Как показывает зарубежная практика последних лет, одной из тенденций развития корпоративного права является не только расширение диспозитивного регулирования, но и совершенствование императивных норм корпоративного законодательства. Наиболее оптимальным представляется гармоничное сочетание этих двух подходов. К такому выводу приходят и некоторые современные европейские исследователи. Например, анализируя современное состояние корпоративного законодательства во Франции, Ален Куре отмечает, что «общее впечатление, которое создаётся при взгляде на современное положение дел, - это ощущение, что эффективность рекомендательных норм начинает подвергаться сомнению. Кризис показал, как сложно полагаться лишь на саморегуляцию. Всё чаще отмечается тенденция возвращения органов государственной власти к директивным способам регуляции»³.

С учетом вышеизложенного можно сделать вывод о необходимости формирования эффективного российского корпоративного законодательства, обеспечивающего правовую защиту деятельности участников корпораций, модернизации законодательства о рынке ценных бумаг, о банках, о процедуре банкротства и т.д. Практическое осуществление гармонизации права в этой сфере осложняется тем, что корпоративные отношения регулируются целым комплексом норм разных отраслей и подотраслей права: гражданским, финансовым, административным, конкурентным правом. Именно поэтому

³ Куре А. Управление в хозяйственных обществах и отношения между участниками // Юридические лица в России и во Франции: сравнительный анализ: материалы семинара. Москва, 27 апреля 2011 г. / Отв. ред. О. А. Терновая. РПА Минюста России, 2011. С. 99. – 111с.

позитивный опыт гармонизации корпоративного права стран – участниц ЕС может быть полезен для модернизации российского права.

2. Применимое право при создании и функционировании корпораций

В ЕС правовое регулирование создания и деятельности корпораций в основном относится к компетенции национального права. Именно на уровне национального законодательства отдельных стран ЕС решаются такие вопросы как участие наемных работников в управлении производством, требования к размеру уставного капитала, его увеличение и уменьшение, выпуск «многоголосых» акций, право компании приобретать собственные акции.

Приоритет национального корпоративного законодательства стран ЕС над правом ЕС подтверждается также судебной практикой. Например, в решении по делу Daily Mail Европейский Суд указал, что отличие от физических лиц компании являются созданием права и на настоящей стадии развития права Сообщества они являются созданиями национального права. Они существуют только на основании различных положений национального законодательства, определяющего их учреждение и функционирование.

Однако реализация идеи создания общего рынка делают все более заметной тенденцию унификации и гармонизации корпоративного законодательства.

Формирование единых подходов к регулированию деятельности юридических лиц корпоративного типа происходит двумя основными методами. Первый метод – издание директив, направленных на гармонизацию национального законодательства стран-участниц ЕС, в соответствии с которыми эти страны обязаны в установленный срок внести изменения в свое законодательство. Второй метод – создание новых наднациональных форм юридических лиц, регулируемых непосредственно правом ЕС и получающих равное признание во всех странах Сообщества, то есть фактически речь идет об унификации.

Источником унификации корпоративного права ЕС является регламент, который обладает прямым действием, и для его применения не требуется дополнительная имплементация в национальное законодательство. В ЕС регламенты принимаются с целью создания наднациональных юридических лиц, чей правовой статус регулировался бы не на национальном уровне, а на уровне ЕС. Именно путем принятия регламентов, например, создавались Европейские объединения с общей экономической целью (European Economic Interest Grouping). Деятельность таких объединений, не связанных с извлечением прибыли, направлена на содействие производственной активности их участников посредством проведения единой экономической политики и объединения ресурсов.

Среди наднациональных юридически лиц следует назвать Европейское общество (SE), предназначенное для крупных предприятий с эффективными экономическими и конкурентными возможностями и Европейский кооператив.

Исследование особенности Европейской компании представляется особенно интересным, поскольку именно возможность использования достаточно простого механизма образования Европейской компании через транснациональное слияние или присоединение нескольких компаний из различных стран ЕС способствует оптимальной организации европейского бизнеса. Этот опыт был бы интересен не только для России, и для стран СНГ, поскольку в законодательстве этих стран отсутствуют нормы, регулирующие создание наднациональных объединений.

Преимущество законодательства ЕС в рассматриваемой сфере заключается, прежде всего, в том, что вместо формально самостоятельных компаний в каждой из стран ЕС можно создать одну Европейскую компанию, которая откроет свои филиалы и представительства в различных европейских странах. Такой подход существенно упрощает административные процедуры, связанные с созданием компании, а также контроль над коммерческими операциями Европейской компании.

Таким образом, Регламент позволяет предложить универсальный правовой механизм, согласно которому вся хозяйственная деятельность компаний из разных стран ЕС могут осуществляться через общую Европейскую компанию, наделенную многими признаками наднационального юридического лица частного права.

3. Развитие законодательства, регулирующего деятельность транснациональных корпораций и право ВТО

Глобализация экономики в современном мире ведет к тому, что юридические лица все чаще выступают в трансграничных гражданско-правовых отношениях. Нередки случаи, когда юридические лица, созданные на территории одного государства, не ограничиваются территорией этого государства, а осуществляют свою деятельность на территории других стран. В связи с этим могут возникнуть некоторые вопросы. Во-первых, в соответствии с каким правопорядком определяются внутренние и внешние правоотношения юридического лица. Во-вторых, какой правопорядок является для юридического лица компетентным.

Для развития международного экономического сотрудничества определение права, применимого к юридическому лицу является весьма важным, особенно если речь идет о праве, применимом к деятельности основного субъекта права ВТО - транснациональных корпораций. Следует учитывать, что в зарубежном праве корпорация часто рассматривается как организация, созданная для осуществления предпринимательской деятельности. Однако в проекте изменений в ГК РФ корпорация может быть не только коммерческой, но и некоммерческой организацией.

Транснациональный характер деятельности корпораций предполагает объединение нескольких самостоятельных лиц, связанных между собой общей хозяйственной целью и функционирующих в соответствии с правовыми нормами разных государств. Причем обязательным условием является осуществление своей деятельности на территории ряда стран. Концентрация огромного капитала и доминирующее положение на рынке позволяют ТНК

быть не только активными участниками частноправовых отношений, но и выходить на публично-правовой уровень.

Транснациональные корпорации часто заключают договоры с государствами, чтобы избежать подчинения национальному праву государства, в котором осуществляют инвестиции. Всемирная торговая организация (ВТО) не входит в ООН и, соответственно, законы ВТО стоят для ТНК и стран-членов ВТО выше законов ООН.

Как справедливо отмечает А.Саркисов «нормы ВТО часто не имеют прямого действия и не могут применяться непосредственно в том виде, в каком они сформулированы в соглашении, что предполагает обязательство государства включить их в национальную систему права ВТО – международной организации, которая изначально руководствуется международным публичным правом, но, тем не менее, допускает привнесение частного начала. Природу этого явления объясняет особенность ВТО, возникшей по волеизъявлению государств и функционирующей на основе делегированного права суверенных субъектов международного права, но осуществляющей свою деятельность, в первую очередь, в интересах частных лиц, хотя бы и являющихся резидентами тех или иных государств, а также в интересах государственных, квазигосударственных и транснациональных корпораций, и поэтому приспособляющей свое внутреннее право под эти интересы.»⁴

Дипломатическая защита транснациональных предприятий зависит от их национальной принадлежности. Согласно теории учреждения (инкорпорации), которая преобладает в англо-американском праве, всегда применяется право государства, в котором предприятие было создано. То есть при таком подходе легко установить национальную принадлежность. Однако корпорация может повлиять принять решение о местонахождении по праву определенного государства, что является проблемой. Поскольку международное право требует наличие реальной связи с государством, предоставляющим дипломатическую защиту.

Другая теория местонахождения получила распространение в континентальной Европе основной критерий – местонахождение центра управления. При этом возникают сложности в случае смены государства местонахождения.

Теория контроля принадлежность предприятия по гражданству большинства собственников капитала. В настоящее время – в Швейцарии. Следует учитывать, что в условиях, отличающихся низкими информационными стандартами, эффективный контроль за деятельностью компаний затруднен или невозможен, что открывает возможности для недобросовестного корпоративного управления. Чтобы обеспечить эффективность корпоративного управления, официальное регулирование раскрытия информации должно гарантировать подготовку компаниями точной, полной и своевременной информации, а уровень практической полезности публикуемой информации должен быть достаточным для того, чтобы дать

⁴ Андрей Саркисов. Статья. Концептуальные подходы к содержанию унификации права на примере правовых механизмов Всемирной торговой организации. Адвокатское бюро «Статус-кво». 2012-01-24 <http://www.sqlaw.ru/news/987.html>

финансово заинтересованным лицам возможность отслеживать процесс управления корпорацией, а также качество ее производственной и финансовой деятельности.

Россия, присоединившись к Генеральному соглашению по торговле и услугам (ГАТС) должна привести свое законодательство в отношении допуска на рынок услуг в соответствие с основными принципами ВТО – допуск на рынок, национальный режим и режим наибольшего благоприятствования. Положения ГАТС в некотором смысле облегчают выход на рынок европейским страховым компаниям и банкам. Например, допуская 100-процентное иностранное владение российскими страховыми компаниями, создание филиалов страховых компаний. Однако в соответствии с положениями ГАТС Россия воспользовалась преимуществом в виде исключений из режима наибольшего благоприятствования и приложения, касающегося особых обязательств, которые позволяют члену ВТО отступать от правил ГАТС и определять, к каким сферам услуг и на каких условиях не будут применяться правила и принципы ГАТС. Можно прийти к выводу о том, что под влиянием права ВТО формируется новый унифицированный режим торговли финансовыми услугами, влияющий на правовое регулирование рынка финансовых услуг. Как справедливо отмечает Г.В.Петрова «ограничения и изъятия из обязательств по ВТО/ГАТС в части торговли финансовыми услугами, которые оговорены Россией при вступлении в ВТО, не дают четких гарантий, что деятельность российских субъектов финансовых рынков не подпадет под различные ограничительные меры ВТО, например, «Соглашения о субсидиях и компенсационных мерах».⁵

Действительно, в настоящее время международная торговая система переживает нелегкие времена, поскольку многие страны все больше стремятся защитить свои рынки, а не двигаться в сторону либерализации. Но ни одно из ранее подписанных региональных двусторонних или многосторонних соглашений не приводило к автоматическому сокращению субсидий, этого не будет и в дальнейшем, считает генеральный директор ВТО Паскаль Лами: субсидии — одна из главных проблем международной торговли, при их сохранении снижение таможенных барьеров может не дать эффекта.⁶ Таким образом, проблема чрезмерной закрытости и непрозрачности рынка, а также проблема субсидий является помехой на пути либерализации международной торговли не только для России, но и для других стран – участниц ВТО. Поэтому необходимо искать новые пути совершенствования корпоративного не только на национальном, но и на международном уровне.

⁵ См. более подробно <http://www.cfo-russia.ru/stati/index.php?article=7674> CFO -Russia . Галина Петрова: «Российским финансовым директорам придется осмыслить контрактные элементы права ВТО»

⁶ См. более подробно http://www.wto.ru/ru/opinion.asp?msg_id=30246 Россия и Всемирная торговая организация. Мнения.19.07.2013 15:45:41 Международная торговая система зашла в тупик, считает гендиректор ВТО Паскаль Лами: страны стараются защитить свои рынки, а не двигаться в сторону либерализации ("Ведомости", 19 июля 2013)

Contact

ternovaya16@yandex.ru

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Brno, Česká republika

K PŘÍPUSTNOSTI PODNIKÁNÍ NADACÍ V EVROPĚ NA POČÁTKU 21. STOLETÍ

Abstrakt

V příspěvku je věnována pozornost možnosti podnikání nadací ve vybraných evropských zemích. Ač jsou nadace právnické osoby zakládáné primárně za jiným účelem než podnikáním a stávající česká i slovenská právní úprava možnost vyvíjet tuto činnost zákonem značně omezuje, v jiných evropských zemích je podnikání nadací poměrně běžné. V příspěvku je zmapován právní rámec pro podnikání nadací v Německu, Švýcarsku, Nizozemí, Rakousku, Česku (za stávající úpravy i po rekodifikaci soukromého práva) a na Slovensku, jeho doktrinní zdůvodnění i související judikatura. Zvláštní pozornost je věnována i důležité související otázce – ochraně věřitelů.

1. ÚVODEM

K otázce přípustnosti podnikatelských aktivit nadací jsou v jednotlivých evropských zemích zaujímány velmi rozdílné přístupy. I když tuto činnost nadacím většina evropských právních řádů v zásadě umožňuje, jednotlivá koncepční uchopení se od sebe v řadě ohledů odlišují. Zatímco jsou v některých zemích aktivity značně limitovány (Česká republika, Slovensko), případně tolerovány (Rakousko), jinde jsou naopak běžné (Švýcarsko), případně jsou podnikající nadace dokonce považovány za zvláštní faktický typ (Nizozemí, Německo).

Argumentem pro nutnost limitace podnikání nadací je zejména obava ze ztráty majetku a míry rizika, které je s touto činností pojmově spjata. Nadace je taktéž, na rozdíl od korporace, osobou bez vlivu vlastníka či akcionáře, který by mohl vykonávat určité kontrolní funkce. Tuto neschopnost „vlastní“ kontroly je pak nutno nahrazovat jinými mechanismy – zákonnými limity, povolávání vnějších orgánů dohledu atd.

¹ Autorka příspěvku působí na katedře občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. Dlouhodobě se věnuje nadačnímu právu v evropském kontextu. Tento příspěvek vznikl v rámci plnění projektu specifického výzkumu č. 22/0821, Právní aspekty fundraisingu NNO.

I když je právní úprava liberální, vždy záleží primárně na vůli zakladatele, zda v nadační listině nebo ve statutu podnikání zakáže či omezí, nebo zda se pokusí pro tyto aktivity vytvořit co nejvýhodnější podmínky. Důležitým pravidlem rovněž je, že podnikání by mělo být pro nadaci vždy pouhým prostředkem dosahování účelu, nikoli jejím účelem samotným².

V následujícím příspěvku je zmapován právní rámec pro podnikání nadací v Německu, Švýcarsku, Nizozemí, Rakousku, Česku (za stávající úpravy i po rekodifikaci soukromého práva) a na Slovensku, jeho doktrinní zdůvodnění i související judikatura. Zvláštní pozornost je věnována i důležité související otázce – ochraně věřitelů.

2. PODNIKÁNÍ NADACÍ

Nadace může svého účelu dosahovat různými způsoby – rozdělování nadačních příspěvků, realizací vlastních programů či dalšími činnostmi, které určí zakladatel v nadační listině. I při těchto činnostech může být za určitých okolností dosahováno kladného hospodářského výsledku (zisku/výdělku), a přitom není nutno takovou činnost vždy kvalifikovat jako podnikání. Tím se rozumí „*soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku*“³. Pokud však chybí jeden nebo více z pojmových znaků podnikání – např. soustavnost, zaměření k dosahování zisku – o podnikání nepůjde. Tato diferenciací má zásadní význam v těch právních řádech, kde je podnikání omezeno na „pouhou“ vedlejší činnost (např. v Rakousku či České republice po 1. 1. 2014).

Aktivitami (často výdělečnými), které směřují k dosahování nadačního účelu (tj. vykonávané v rámci hlavní činnosti nadace), které není možno kvalifikovat jako podnikání, jsou zejména správa vlastního majetku, včetně jeho investování, pronájem nemovitostí, které nadace vlastní, fundraising, pořádání veřejných sbírek a loterií, příležitostné nebo jednorázové pořádání společenských, kulturních, sportovních akcí, či poskytování určitých služeb apod.

Podle judikatury Soudního dvora EU nelze považovat za podnikání ani správu obchodních podílů. Bylo judikováno⁴ (ve vztahu k veřejné podpoře), že pouhé držení podílů v obchodních korporacích, dokonce majoritních, pokud umožňuje pouze výkon práv spojených s postavením akcionáře či společníka, nebo přijímání dividend a jiných výnosů, v zásadě nepostačuje ke kvalifikaci dané osoby vlastníci obchodní podíly jako podnikatele. Pokud však bude vlastnictvím majoritních podílů obchodní korporaci „ovládat“ tím, že se přímo nebo nepřímo bude vměšovat do její správy, musí být považována za osobu účastnící se na podnikání této korporace.

² Výdělečný účel je nadaci cizí. Některé právní řády sice připouštějí i zvláštní nadační entity, u kterých je umožněn i účel podnikatelský (např. Dánsko, či Lichtenštejnsko). Jedná se však o výjimky a v této stati budou ponechány stranou, neboť mají blíže k obchodním korporacím než k „nadačním“ v „běžném“ slova smyslu.

³ § 2 odst. 1 českého ObchZ

⁴ Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci *Cassa di Risparmio di Firenze and Others, Case C 22/04*

2.1. FORMY PODNIKÁNÍ

Nadace může podnikat jednak „přímo“, tj. vyvíjet samostatně a soustavně – na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost za účelem dosažení zisku. Základní podmínkou je, že případný zisk nadace reinvestuje k podpoře statutárního účelu nadace, který zakladatel určí v nadační listině. V právní teorii napříč Evropou není stále dosaženo obecné shody, zda může podnikající nadace jednat jinak, než je stanoveno obecně pro podnikatelské subjekty vnitrostátním či evropským právem.

V zásadě platí, že pokud podniká, vztahují se na ni se zřetelem k této činnosti pravidla pro podnikatele. Volba právní formy nadace nezaručuje proti tomuto imunitu a zakladatelé nadací nemohou v tomto ohledu hledat v právní formě nadace žádné výhody⁵. Např. soutěžní právo evropských společenství je aplikovatelné na podnikatelské aktivity bez ohledu na právní formu, tedy i na nadace⁶.

Nadace se mohou podílet i na podnikání jiných osob – jako společníci obchodních společností, akcionáři, komanditisté; mohou vlastnit a spravovat podíly v obchodních společnostech, což není v duchu judikatury Soudního dvora EU možno považovat za podnikání v pravém slova smyslu (viz výše). Naproti tomu osoba, která vlastnictvím majoritních podílů korporaci „ovládá“ tím, že se přímo či nepřímo vměšuje do její správy, musí být považována za osobu účastnící se podnikání vykonávaného ovládanou osobou. Jde o jednu z forem tzv. „nepřímého“ podnikání. Nadace může rovněž zvolit i jiné formy smluvní nebo faktické účasti na podnikání jiných osob, např. být součástí podnikatelských seskupení (např. koncernů).

2.2. PŘÍMÉ PODNIKÁNÍ NADACÍ

I když je podnikání nadací ve většině evropských zemí běžnou realitou, na právně teoretické úrovni není o jeho přípustnosti zdaleka dosaženo obecného konsensu. V Německu podnikání nadací zákon neřeší, což vytváří prostor pro mnohé názorové střety, ve kterých se zrcadlí i střet generační. Konzervativnější zastánci klasického konceptu plédují pro chápání nadací v tradičním pojetí s omezenou možností podnikatelských aktivit⁷. Nepřipouští podnikání nadací buď vůbec, nebo se případně kloní k aplikaci restriktivních ustanovení určujících pro spolky s jiným než hospodářským účelem. Ty mohou vyvíjet podnikatelskou činnost jen jako činnost doplňkovou (vedlejší)⁸, přičemž všechny aktivity musí směřovat k naplňování jejich statutárního účelu (viz stati profesorů *Reutera*⁹ nebo *Rawerta*¹⁰, kteří se k jakékoli

⁵ Blíže KRONKE, H. Familien- und Unternehmensträgerstiftungen. In HOPT, K.J., REUTER, D. *Stiftungsrecht in Europa*. Köln : Carl Heymans Verlag KG, Deutschland, 2001. s. 168.

⁶ Tamtéž.

⁷ Viz též REUTER, D. Die wirtschaftliche Betätigung von Nonprofit organisationen. In HOPT, J.K., WALZ, W.R., von HIPPEL, T. *Non profit Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft – Theorien, Analysen, Corporate Governance*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, s. 317 a násl. nebo rovněž REUTER, D. *Müncher Kommentar zum Art. 80 BGB*. München, C.H. Beck, 2006, s. 962.

⁸ § 21 a 22 německého BGB

možnosti nadací vyvíjet podnikatelskou činnost staví velmi rezervovaně). Argumentují, že pokud je stanovena omezující právní úprava pro spolky, jejichž podnikání je omezeno na pouhou vedlejší činnost, tím spíše by tato omezení měla platit pro nadace¹¹. Toto pojetí se však zdá být v Německu již překonané. Zejména generačně mladší¹² autoři prosazují liberálnější a progresivnější přístupy, což se projevilo i při diskusích v souvislosti s reformou nadačního práva v Německu v roce 2001¹³ a oponují, že pro analogii není v tomto ohledu dán prostor.¹⁴ Svůj názor opírají o existenci orgánu dohledu nad nadacemi a neexistenci členů, a tedy nemožnost poškození jejich práv¹⁵. I tak je však v celé řadě německých spolkových zemí běžné, že se orgány dohledu nad nadacemi snaží zabráňovat vzniku nadací, které by sloužily výlučně k podnikání v zájmu zakladatele nebo jeho rodiny.

Ani ve Švýcarsku není přípustnost podnikání nadací přijímána bez výhrad. Konzervativnější autoři se spíše kloní k omezení či úplnému zapovězení těchto aktivit¹⁶. Otázka omezení podnikání nadací byla dlouhodobě diskutována v průběhu 90. let¹⁷; otázku řešil i nejvyšší spolkový soud. Znovuotevřena pak byla i v souvislosti s poslední reformou švýcarského nadačního práva¹⁸, kdy nicméně zůstal zachován dosavadní poměrně liberální přístup. V každém případě je však vyloučeno, aby měla nadace výdělečný účel.

⁹ Viz REUTER, D. Die wirtschaftliche Betätigung von Nonprofit-Organisationen. In HOPT, J.K., WALZ, W.R., von HIPPEL, T. op.cit. s. 317.

¹⁰ Viz RAWERT, P. Kommentar zum Art. 80 – 89 BGB. In von Staudinger, J.(hgst.). *Kommentar zum BGB, § 80*. Berlin, Sellier de Gruyter, 1995, s. 402 až 405, též von HIPPEL, T. Nonprofit organization in Germany. In HOPT, J.K., von HIPPEL, T. *Comparative Corporate Governance of Non-profit- Organisations*, Cambridge university press, UK, 2010 s. 223.

¹¹ REUTER, D. *Müncher Kommentar zum Art. 80 BGB*. op.cit. s. 961.

¹² Existuje však i řada mladých konzervativních autorů, kteří argumentují pro zaování tradičního konceptu nadací v Německu.

¹³ Viz *Der Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Modernisierung des Stiftungsrechts* [online]. s. 49 [citováno 14.3.2013]. Dostupné z: < <http://www.bmj.bund.de/files/-/405/Abschlussbericht.pdf> >

¹⁴ Viz HIPPEL, T. Nonprofit organization in Germany. In HOPT, J.K., von HIPPEL, T, op.cit. s. 223

¹⁵ Tyto argumenty převážily např. i při reformě nadačního práva v Německu v roce 2002.

¹⁶ RIEMER, H.M. *Bernner Kommentar, 3.Band, Personenrecht, Juristischen Personen, Stiftungen, Systematischer Teil § 80 - § 89bis*. Bern : Stämpfli Verlag, 1975. s. 238 a násl.

¹⁷Viz RIEMER, H.M. *Aktuelle Revisionsbestimmungen im schweizerischen Stiftungsrecht*. Basel, 2001. kde se tento renomovaný autor zasazoval o omezení možných podnikatelských aktivit nadací

¹⁸ Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, nabyla účinnosti 1.1. 2006

Pro podnikatelské aktivity nadací nejsou v *Nizozemí* stanoveny v podstatě žádné limity, až na zákaz rozdělování zisku což je středobod celé nizozemské úpravy nadačního práva¹⁹. Nizozemský občanský zákoník (*Burgerlijk Wetboek* z roku 1976, Kniha 2, dále jen „BW“) normuje, že se pro podnikající nadace použijí ustanovení, jež jsou primárně určující pro obchodní korporace. Pro nadace provozující činnost za účelem dosažení zisku nebo participující v podnikatelském konkurenčním prostředí jsou určující stejné povinnosti: zápis do obchodního rejstříku²⁰, povinnost zřizovat zvláštní kontrolní orgán v případě, že mají více jak 50 zaměstnanců, atd. Členové správní rady, která je v insolvenční, odpovídají podobně jako členové vedení obchodních korporací²¹. Další ochranná opatření se týkají především větších nadací²², zejména právo soudu autoritativně zrušit nadaci (ze zákonem stanovených důvodů)²³, povinnost vést účetnictví a vyhotovovat účetní závěrku²⁴. Není však dána povinnost ji zveřejňovat. Podnikající nadace mají stejný daňový režim jako obchodní korporace, tj. nepožívají daňových výhod, pokud nesplní zvláštní podmínky pro získání statusu veřejné prospěšnosti. Podnikání nadací je v Nizozemí velmi rozšířené, především v oblastech, kde není dosahování zisku prvořadým důvodem existence dané organizace, např. v oblasti vzdělávání, kultury, umění, sociální péče²⁵.

Rakouské soukromé nadace (v režimu *Privatstiftungsgesetz* z roku 1993, dále jen „PSG“) mohou podnikat pouze v omezeném rozsahu. Pokud je podnikání provozováno, musí být „pouhou vedlejší činností“²⁶. Pojem „hospodářská činnost“ je většinou chápán jako totožný s pojmem „podnikání“²⁷. Příkladem přípustné vedlejší (doplňkové) hospodářské činnosti je prodej pohlednic v muzeu²⁸.

V *České republice* a *na Slovensku* je dosud přímé podnikání nadací v podstatě zakázáno, až na zákonem stanovené výjimky (viz § 23 odst. 1 českého zákona č. 227/1997 Sb., o nadacích a nadačních fondech, dále jen „ZNNF“ a § 29 odst. 1 zákon č. 34/2002 Sb., o nadacích) Tato striktní úprava je odrazem snahy zákonodárce o

¹⁹ 2:285 odst. 3 BW

²⁰ § 3 odst. 1 HRV Handelsregisterwet – nizozemský zákon o obchodním rejstříku

²¹ 2:300a BW; tato úprava se dostala do nizozemského občanského zákoníku na základě tzv. „třetího zákona proti zneužívání“ zejména společností s ručením omezeným, k tomu blíže von HIPPEL, T. *Grundprobleme von Nonprofit- Organisationen*. op.cit. s. 530.

²² 2:346 písm. c) BW

²³ 2:19a odst. 1 BW

²⁴ 2:10 BW

²⁵ Právní formu nadací mají rovněž penzijní fondy.

²⁶ § 1 odst. 2 č. 1 PSG, koncepční přístup zvaný „Nebenzweckprivileg“.

²⁷ KALSS, S. In DORALT, P., NOWOTNY, CH., KALSS, S. *Privatstiftungsgesetz, Kommentar zum § 1*. Linde, Wien, 2005, s. 85.

²⁸ Blíže viz KALSS, S., op.cit. s. 90 – 91.

zachování majetku nadace pro naplňování nadačního účelu a minimalizaci rizik souvisejících s podnikáním. Nadace i nadační fondy mohou dále vykonávat i jinou výdělečnou činnost, která však nesmí naplnit pojmové znaky podnikání.

2.3. „NEPŘÍMÉ“ PODNIKÁNÍ NADACÍ

V zásadě není vyloučeno, aby se nadace podílely na podnikání jiných osob, tj. podnikaly „nepřímo“. V *Německu* převažuje názor, že zakladatel může svým projevem vůle nadaci umožnit, aby mohla nabývat podíly v obchodní společnosti (tzv. *Holding-stiftung*). *Švýcarská* ani *nizozemská* úprava nepřímé podnikání v zásadě nelimitují. Co se týče nepřímého podnikání v *Rakousku*, v zásadě je přípustné podnikání formou holdingu. Zákon ovšem naopak zakazuje, aby se nadace podílela na „řízení“ obchodní společnosti nebo byla jejím neomezeně ručícím společníkem²⁹.

V *České republice* je v režimu ZNNF je tato možnost v zásadě vyloučena³⁰. Existuje pouze výjimka, že nadace může, v omezeném rozsahu, úplatně nabývat majetkové účasti na akciových společnostech. Celkový rozsah úplatné majetkové účasti však nesmí přesáhnout 20 % z majetku nadace, po odečtení hodnoty nadačního jmění³¹. V praxi proto nadace, které chtějí vyvíjet podnikatelskou činnost, často zakládají obecně prospěšné společnosti³², jež podnikatelské aktivity vyvíjet mohou, i když pouze jako svou doplňkovou činnost.

3. PODNIKÁNÍ NADACÍ V NOVÉM ČESKÉM OBČANSKÉM ZÁKONÍKU

Jednou z podstatných změn, které nový občanský zákoník (dále též „NOZ“) do nadační sféry přináší, je umožnění podnikání nadací za zákonem stanovených podmínek a za předpokladu, že tuto možnost zakladatel nevyloučí v nadační listině. S ohledem na výše zmiňovanou evropskou tendenci i fakt, že česká nadační praxe na tyto limity opakovaně narážela, bylo přistoupeno k částečné liberalizaci. Nadacím je napříště podnikání umožněno, ovšem pouze při dodržování zákonných omezení.

3.1. Základní pravidla pro podnikání nadací

Občanský zákoník podnikání nadací do budoucna umožňuje, nicméně jej omezuje v tom smyslu, že musí vždy představovat pouhou vedlejší činnost nadace (§ 307 odst. 1 věta první NOZ).

Pro podnikání nadací jsou určující především tato základní pravidla:

²⁹ Blíže viz KALSS, S. op.cit. s. 102.

³⁰ § 23 odst. 1 věta poslední ZNNF

³¹ Pokud ovšem nabude majetkové účasti na akciové společnosti bezplatně, toto omezení neplatí; a contrario § 23 odst. 5 ZNNF

³² V režimu zákona č. 248/1995 Sb., o obecně prospěšných společnostech, v aktuálním znění

1. Nadace nemůže být založena za účelem podnikání - výlučně výdělečný účel je nadacím cizí. Podnikání však musí být vždy pouhým prostředkem k dosahování nadačního účelu, nikoli účelem samotným.

2. Nadace může podnikat, pokud podnikání představuje pouhou vedlejší činnost. Za stejných podmínek může převzít vedení obchodní společnosti (být majoritním společníkem).

3. Výtěžky z podnikání musí být použity jen k podpoře nadačního účelu.

4. Záleží na vůli zakladatele, zda v nadační listině nebo ve statutu podnikání zakáže, omezí, nebo zda pro takové aktivity naopak vytvoří co nejpríznivější podmínky.

5. Pouhé vlastnictví (držení) podílů v obchodních korporacích (i majoritních), pokud umožňuje výkon práv akcionáře či společníka, nebo přijímání dividend a jiných výnosů, v zásadě nepostačuje ke kvalifikaci dané osoby vlastníci obchodní podíly jako podnikatele. Naproti tomu osoba, která vlastnictvím majoritních podílů korporaci „ovládá“ tím, že se přímo či nepřímo vměšuje do její správy, musí být považována za osobu účastnící se podnikání vykonávaného ovládanou osobou.

6. Nadace nesmí být nikdy neomezeně ručícím společníkem obchodní společnosti. K právnímu jednání, kterým nadace převezme neomezené ručení za jinou osobu, se nepřihlíží (§ 338 odst. 2 NOZ), tedy se na něj hledí, jako by nebylo učiněno. Tímto omezením je sledována především ochrana majetku nadace před nepříznivými dopady zákonného ručení za dluhy třetí osoby.

3.2. LIMITY PRO PODNIKÁNÍ

Občanský zákoník při vymezení limitů podnikání nadací nachází inspiraci zejména v *rakouském* zákoně o soukromých nadacích z roku 1993³³. Výslovně uvádí, že nadace nesmí sloužit výdělečným účelům, čímž se nadace odlišuje od obchodních společností a dalších podnikatelů. Podnikatelem je ve smyslu § 420 odst. 1 NOZ ten: „*kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, je považován se zřetelem k této činnosti za podnikatele.*“ Pojmovými znaky podnikání jsou tedy: účel – dosažení zisku, samostatnost, výdělečnost, soustavnost, výkon činnosti na vlastní účet a na vlastní odpovědnost, činnost konaná živnostenským nebo obdobným způsobem.

Občanský zákoník považuje za podnikatele osoby zapsané v obchodním rejstříku (§ 421 NOZ). Nadace není podnikatelem, ale může však být se zřetelem ke své činnosti za podnikatele považována, obdobně jako každá jiná právnická osoba nezapsaná v obchodním rejstříku. Např. pokud bude vyvíjet podnikatelskou činnost na základě živnostenského (viz definice § 2 zákona č. 455/1995 Sb., živnostenský zákon) nebo jiného oprávnění, a to vždy pouze se zřetelem k této činnosti. To platí i v případě, bude-li neoprávněně podnikat bez takového příslušného povolení, avšak její činnost naplní pojmové znaky podnikání. Může provozovat obchodní závod (§ 502 NOZ) - např. restauraci v nemovitosti, kterou vlastní. Závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu. Závod může být vnitřně členěn na pobočky, tj.

³³ § 1 odst. 2 rakouského PSG

takové části, které vykazují hospodářskou a funkční samostatnost, a o kterých nadace rozhodne, že budou pobočkou (§ 503 NOZ).

Při svém podnikání bude nadace vystupovat pod vlastním jménem (názvem). Občanský zákoník obsahuje i další pravidla určující pro podnikatele: sídlo podnikatele (§ 429 NOZ) a zastoupení (§ 430 NOZ), která jsou odůvodněna zejména zájmem na vyšší míře ochrany práv věřitelů a dalších osob. Na nadace, pokud budou podnikat, dopadá i zákaz konkurence (§ 432 a násl. NOZ). Může mít i své obchodní tajemství – konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí se závodem a u něhož zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení (§ 504 NOZ). Může být i přihlašovatelem ochranné známky ve smyslu zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách.

Také pro účely ochrany spotřebitele je nadace osobou, která se považuje za podnikatele ve smyslu § 420 odst. 2 NOZ, pokud bude uzavírat smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností. Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná (§ 419 NOZ).

Členové volených orgánů nadace si budou muset i při podnikání vždy počínat s péčí řádného hospodáře (§ 159 odst. 1 NOZ), tj. vykonávat funkci s nezbytnou loajalitou i s potřebnými znalostmi a pečlivostí. Pro nadace, i když budou vyvíjet podnikatelskou činnost, se však neuplatní tzv. pravidlo podnikatelského úsudku, určující pouze pro obchodní korporace.

4. OCHRANA VĚŘITELŮ PODNIKAJÍCÍ NADACE

4.1. PROSTŘEDKY OCHRANY VĚŘITELE A JEJICH VYUŽITELNOST

S činností nadací, zejména podnikatelskou, úzce souvisí nutnost ochrany věřitelů. Jedním ze základních definičních znaků právnických osob, a tedy i nadací, je jejich oddělenost od osoby zakladatele. Nadace je, stejně jako jakákoli jiná právnická osoba, individualizovaným subjektem práva, jež je nositelem vlastní majetkové odpovědnosti. Tato samostatnost je důvodem, proč ani členové orgánů nadace v zásadě neodpovídají za její závazky a dluhy, pokud ovšem zákon nestanoví jinak. Věřitelé se musí v zásadě uspokojit z majetku dané právnické osoby. Pokud majetek není dostatečný, jde tato situace k tíži věřitele, což souvisí s podnikatelským rizikem.

Zákonodárce, ale i zakladatel v nadační listině, se může pokusit o nastavení pravidel, za pomoci kterých by bylo možno tato rizika minimalizovat. V každém případě se však jedná o právně politické rozhodnutí, zda bude zvolen liberální nebo spíše striktní přístup. Za hlavní nástroje, kterých lze při ochraně věřitele využít, lze v zásadě považovat³⁴:

- 1) omezení aktivit nadace, ať už zákonem nebo projevem vůle zakladatele,

³⁴ Blíže KALSS, S. *The Protection of Members and Creditors*. In HOPT, J.K., von HIPPEL, T. *Comparative Corporate Governance of Non-profit-organizations*. op.cit. s. 791.

- 2) stanovení požadavků pro majetkovou stabilitu (vytvoření a zachování určitého nadačního jmění),
- 3) nastavení dostatečné úrovně standardů pro účetnictví,
- 4) povinnost auditu a zveřejňování informací o hospodaření nadace,
- 5) odpovědnost orgánů nadace i jejich jednotlivých členů.

Preventivně v této souvislosti v každém případě působí i asistence příslušné veřejné autority, která se účastní na vzniku nadace a následně dohlíží nad její činností či kogentní úprava insolvenčního práva. Není bez zajímavosti sledovat, jakým způsobem se ochranné nástroje uplatňují v jednotlivých evropských právních řádech, které se s touto problematikou vypořádaly různě.

V *Německu* je ochrana věřitelů řešena pouze v několika ustanoveních, které se sice primárně týkají spolkového práva, jsou však přiměřeně použitelná i pro nadace. Jak bylo uvedeno výše, podnikatelské aktivity nadace v zásadě omezeny nejsou, zákon nestanovuje ani požadavek vytvoření a zachování nadačního jmění. Pozice věřitelů je zde komplikovaná, zejména z důvodů neexistence veřejných nadačních rejstříků a chybějící povinnosti zveřejňovat dokumenty, jež vypovídají o stavu hospodaření nadačního subjektu (účetní závěrky). Tyto chybějící atributy jsou do jisté míry vyvažovány poměrně silným postavením orgánu dohledu nad nadacemi, který je oprávněn, pokud dojde k pochybení, přiměřeně zasáhnout.

O možném analogickém užití pravidel pro obchodní společnosti v případě podnikajících nadací se vedou v německé odborné literatuře dalekosáhlé diskuse³⁵. V případě úpadku je právní režim obdobný jako režim obchodní společnosti v téže situaci a řešena insolvenčním právem. Pokud tak správní rada neučiní, odpovídají přímo její členové vůči věřitelům. Jinak odpovědnost členů orgánů nadace vůči věřitelům v zásadě dána není.

Obdobnou koncepci lze nalézt i ve *Švýcarsku*. Oproti německé úpravě však lze shledat dvě základní odlišnosti. Jednak je u „klasických“ nadací obligatorně zřizován vnitřní orgán dohledu nad nadacemi - *Revisionsstelle*, který dohlíží nad hospodařením nadace, což působí svým způsobem preventivně. Rovněž lze ve *Švýcarsku* zaznamenat snahu o samoregulaci v podobě kodexu dobré správy (*Swiss Foundation Code*), který nastavuje mimo jiné určité standardy směřující k ochraně věřitelů.

I když je *nizozemské* pojetí charakteristické svou liberálností, tato svoboda není zdaleka absolutní. Zákon v zásadě neomezuje možné činnosti nadace (jediné omezení se týká zákazu rozdělování zisku) ani nepožaduje trvalost zachování určitých majetkových hodnot. Důraz je však kladen na dodržování účetních standardů, požadavků na vnitřní organizaci a v neposlední řadě na odpovědnost členů osob jednajících jménem nadace. Za určitých podmínek má totiž věřitel možnost domáhat se náhrady škody po členech správní, příp. dozorčí rady nadace. Toto pravidlo však platí pouze pro podnikající nadace. V případě, že je nadace v insolvenci, členové správní rady odpovídají společně a nerozdílně s nadací, pokud se nadace dostala do insolvence porušením jejich povinností v posledních třech letech a toto porušení mělo za následek úpadek nadace³⁶. Rovněž členové dozorčí rady mohou být

³⁵ Viz výše pozn. 10.

odpovědni, pokud neplněním svých povinností zapříčinili úpadek³⁷ nadace. Tato regulace byla do nizozemského občanského zákoníku včleněna v roce 1986 jako tzv. „třetí zákon proti zneužívání“³⁸ právnických osob. V tzv. „druhém zákonu proti zneužívání“, rovněž z roku 1986, byla členům správní rady podnikajících nadací porušujících své povinnosti stanovena odpovědnost vůči státu za platbu daní, povinného sociálního a zdravotního pojištění, příspěvku na nezaměstnanost atd. Tímto zákonodárce rozšířil odpovědnost členů orgánů právnických osob i vůči orgánům veřejné správy. Judikatura směřující k odpovědnosti členů *vnitřních* orgánů vůči věřitelům (zejména u obchodních společností) je v *Nizozemí* poměrně rozvinutá, zejména v případech, kdy jednající poškodil věřitele uzavřením smlouvy, i když věděl, že nebude schopen plnit³⁹.

V *Rakousku* je u soukromých nadací omezena možnost podnikání soukromých nadací na pouhou vedlejší činnost. Při založení nadace je sice požadováno, aby měla nadace určitý minimální majetek, ten ale může být následně spotřebován a nemá pro ochranu věřitelů v zásadě valný význam⁴⁰. Co se týče účetnictví, platí pro nadace pravidla srovnatelná s pravidly pro obchodní společnosti. Vnitřní kontrolní orgán – *Stiftungsprüfer* provádí kontrolu hospodaření, přičemž si může vyžádat i zvláštní vnější audit⁴¹. Zveřejňování informací o hospodaření není zákonem požadováno, což je odůvodněno často až „intimním“ charakterem rodinných nadací. Co se týče insolvence, nezáleží na právní formě a insolvenční řízení může být zahájeno u nadací⁴², jež jsou v platební neschopnosti nebo předlužené. Odpovědnost členů orgánů vůči věřitelům může být dána pouze, pokud tak stanoví smlouva nebo zákon⁴³. Ten např. zakazuje rozdělovat nadační příspěvky beneficiářům, pokud by tím mohla být poškozena práva věřitelů, za což nese správní rada nadace odpovědnost.

³⁶ 2:50a a 2:300a BW

³⁷ 2:50a a 2:300a, obdobně a též 2:149 BW

³⁸ Blíže viz van der PLOEG, T. *Nonprofit Organizations in the Netherlands*. In HOPT, J.K., von HIPPEL, T. *Comparative Corporate Governance of Non-profit-organizations*. op.cit. s. 260.

³⁹ Viz Rozsudek Hoge Raad 6.10. 1989, NJ, 1990, 286 (Beklamel) a Rozsudek Hoge Raad 8.12. 2000, NJ 2000, 295 (Oosterhof). K této problematice blíže de SAVORNIN LOHMAN, H.A. *Duties and Liabilities of Directors and Shareholders Under Netherlands Law*. London : Kluwer International, 1996. s. 64 a násl.

⁴⁰ Požadavek na minimální majetek soukromých nadací směřuje spíše ke snaze dodat tomuto institutu větší vážnosti a zabránit vzniku miniaturních nadací, Viz blíže RIEL, S. *Stiftungsvermögen*. In DORALT, P., NOWOTNY, CH., KALSS, S. *Privatstiftungsgesetz(PSG)*. op.cit. s. 126.

⁴¹ K tomu blíže GRUBER, E. *Sonderprüfung*. In DORALT, P., NOWOTNY, CH., KALSS, S. *Privatstiftungsgesetz(PSG)*. op.cit. s. 411.

⁴² § 66 a násl. Konkurs Ordnung (KO)

⁴³ § 17 odst. 2 PSG

Český zákon o nadacích a nadačních fondech i slovenský zákon o nadáciach se od výše zmíněných přístupů zásadním způsobem odlišují. Zákonodárci, ve snaze navrátit nadacím jejich kredit, o který přišly počátkem 90. let, vymezili pro nadace a členy jejich orgánů pouze velmi omezený manévrovací prostor, což přispívá právě k ochraně věřitelů. U českých a slovenských nadací nalezneme využití téměř všech nástrojů jejich ochrany – omezení činnosti nadace, povinnost zachování alespoň minimálního nadačního majetku po celou dobu existence nadace, vznik nadace registrací ve veřejném rejstříku, poměrně přísná pravidla pro vedení účetnictví a zveřejňování informací, u velkých nadačních subjektů obligatorní audit. Pro postavení nadace v úpadku je určující zvláštní úprava, obsažená v insolvenčním právu.

4.2. OCHRANA VĚŘITELŮ PODNIKAJÍCÍCH NADACÍ V NOZ

I nový občanský zákoník věnuje značnou pozornost ochraně věřitelů, přičemž klade důraz na prevenci. Požaduje vytvoření a zachování nadační jistiny v zákonem stanovené minimální výši, omezuje podnikatelské aktivity nadace na pouhou vedlejší činnost s povinnou reinvesticí případného zisku do naplňování statutárního účelu. Správní rada nadace (tj. její členové) musí při správě majetku postupovat vždy s péčí řádného hospodáře. U rozhodnutí orgánů nadace, která by mohla mít zásadní vliv na postavení věřitelů, ukládá zákon nadaci povinnost zveřejňování zákonem stanovených skutečností (např. při přemístění sídla do zahraničí, změně právní formy nadace na nadační fond apod.).

Zároveň ponechává zakladateli prostor, aby nastavil podmínky (mnohdy přísnější) fungování nadace odlišně od zákona: může např. zakázat nadaci podnikat, změnu účelu nadace či snížení nadačního kapitálu, nepřipustit změnu nadace na nadační fond apod. Zároveň může stanovit podmínky pro užití majetku nadace, včetně změny věcné skladby nadační jistiny, nebo ovlivnit způsob ustavování členů orgánů nadace. Zároveň si může ponechat nad její činností určitou kontrolu.

Kodex stanovuje u nadací speciální pravidla pro úpravu vnitřních poměrů nadace, povinnost mít orgán vnitřního dohledu (správní rady, revizora), výslovně zakotvená neslučitelnost funkcí, aplikovatelná je i obecná úprava způsobilosti k výkonu funkce atd.

Preventivně působí i povinnost nadace vyhotovovat každoročně výroční zprávu se zákonem stanoveným minimální obsahem⁴⁴, kterou je nadace povinna uveřejnit ve veřejném rejstříku, u dobročinných nadací postačí v sídle nadace. Výroční zpráva musí obsahovat účetní závěrku a přehled o veškeré činnosti nadace, včetně zhodnocení této činnosti. Formou uveřejnění výroční zprávy veřejně prospěšných nadací ve sbírce listin veřejného rejstříku je zajištěna transparentnost vůči veřejnosti.

Občanský zákoník nadacím mimo to ukládá povinnost účtovat odděleně o nadačních příspěvcích, ostatních činnostech k naplnění účelu nadace a o nákladech na její správu. U nadací, jejichž nadační kapitál nebo obrát v uplynulém účetním období dosahuje více jako 5 mil. Kč, podléhá účetní závěrka ověření auditorem, stejně jako v případě, že nadace rozhoduje o snížení nebo zvýšení nadačního kapitálu, nebo o přeměně nadace (§ 341).

⁴⁴ § 358 a násl. NOZ

Důležitá pro ochranu věřitelů je i obecná úprava určující pro všechny právnické osoby, kde je obecně požadováno, že právnické osoby musí vést spolehlivé záznamy o svých majetkových poměrech, aktualizovat údaje ve veřejných rejstřících, přičemž je chráněna dobrá víra v údaje zapsané v obchodním rejstříku (§ 121) atd.

Platí obecné pravidlo, že právnickou osobu zavazuje protiprávní čin, kterého se při plnění svých úkolů dopustil člen voleného orgánu, zaměstnanec nebo jiný její zástupce (§ 167). Za podmínek stanovených v § 159 odst. 3 ručí věřiteli za dluh nadace členové jejich vnitřních orgánů, pokud způsobili a nenahradili nadaci jimi způsobenou škodu a věřitel se proto nemůže domoci vůči nadaci.

ZÁVĚREM

V právních úpravách jednotlivých evropských zemí existuje celé spektrum přístupů k otázce, jaké činnosti a aktivity může nadace vykonávat. Všude v zásadě platí, že majetek nadace musí být použit jen v souladu s účelem a podmínkami stanovenými v zákoně, nadační listině či ve statutu. Činnost nadace by měla vždy směřovat k naplňování nadačního účelu, zejména prostřednictvím užívání, správy a rozmnožování majetkových hodnot, jež byly nadaci věnovány.

Společná tendence, kterou lze v Evropě na počátku 21. století na poli nadačního práva pozorovat, směřuje bez pochyby k postupnému uvolňování striktně nastavených pravidel pro investování majetku a podnikatelskou činnost. Na druhou stranu je patrna tendence uplatňovat pro podnikající nadace stejná pravidla, jako jsou nastavena pro jiné podnikatelské subjekty, zejména z důvodů eliminace zneužití nadační právní formy, ochranu věřitelů a zachování právní jistoty jako takové.

I když je ve většině evropských zemí podnikání nadací jako takové přípustné, zásadní rozdíly lze shledat ve vymezení jeho limitů. Nadace mohou podnikatelskou činnost vyvíjet buď přímo, nebo prostřednictvím majetkové či jiné účasti na podnikání jiných osob. Zákonná omezení jsou většinou motivována nikoli snahou vyloučit nadace z možnosti participovat v podnikatelském prostředí, ale spíše eliminací rizik, které s sebou takové činnosti přináší⁴⁵. V neposlední řadě jde i o udržení majetku nadace pro její statutární účel.

V Německu regulace podnikání nadací v občanském zákoníku chybí úplně, což vytváří, prostor pro nekonečné akademické dispute⁴⁶ a do jisté míry i právní nejistotu; podnikání nadací je však běžným jevem. Ve Švýcarsku⁴⁷ a v Nizozemí jsou

⁴⁵ Blíže KALSS, S. The Protection of Members and Creditors. In HOPT, J.K., von HIPPEL, T. *Comparative Corporate Governance of Nonprofit Organisations*. op.cit. s. 797. , obdobný názor též HURDÍK, J., TELEČ, I. *Zákon o nadacích a nadačních фондах, Komentář*. op.cit. s. 157.

⁴⁶ Z novější literatury, kde jsou sporné body shrnuty viz HÜTTEMANN, R., RAWERT, P. Kommentar zum Art. 80 – 89 BGB. In *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Erstes Buch. Allgemeiner Teil*, § 80- 89 BGB (Stiftungsrecht). Berlin : Sellier - de Gruyter, 2010. s. 70.

⁴⁷ Např. ve Švýcarsku debatu na téma podnikajících nadací ukončil švýcarský nejvyšší soud (Bundesgerichtshof), který ve svém Rozhodnutí z roku 2001 (BGE 127 III 337) dovodil, že nadace podnikat mohou. K tématu viz též: von HIPPEL, T. Comparative View to Art. 6.2. In

podnikající nadace akceptovány⁴⁸ a považovány za faktickou zvláštní formu nadací. V *Rakousku* musí být podnikání pouhou vedlejší činností⁴⁹ a vždy podřízeno nadačnímu účelu. Dnešní *česká* (do 31. 12. 2013) a *slovenská* koncepce nadačního práva je nastavena zcela odlišně; podnikání je v podstatě zakázáno, až na výjimky zákonem stanovené. I když má přísnost těchto úprav má své historické odůvodnění⁵⁰, nemá v evropském kontextu obdoby a v praxi se ukázala jako nevyhovující. Proto nový český občanský zákoník přináší v tomto ohledu podstatnou změnu a bude zajímavé sledovat, jak se s ní budoucí právní praxe vypořádá.

KONTAKT

katerina.ronovska@law.muni.cz

HOPT, J.K., WALZ, W.R., von HIPPEL, T., THEN, T. (eds.). *The European Foundation – A new Legal Approach*. Cambridge: Bertelsmann Stiftung, 2005, . s. 229.

⁴⁸ I když ne zcela bez výhrad.

⁴⁹ § 1 odst. 2 PSG, tzv. Nebenzweckprivileg

⁵⁰ S ohledem na zneužití právní formy nadace na počátku 90. let 20. stol. v bývalém Československu, k tomu blíže např. RONOVSÁ, K., *Nové české nadační právo v Evropském srovnání*, Woltes Kluwer, 2013, str. 34

*Роман Сабодаш (Roman Sabodash), кандидат юридических наук
(PhD)*

ассистент кафедры гражданского права Киевского национального
университета имени Тараса Шевченко

**Право акционеров (участников) компании на «непрямой» иск
(в контексте практики Европейского суда по правам человека
и Конституционного суда Украины)**

Abstract

Настоящее исследование посвящено сравнению национального законодательства в области защиты корпоративных прав с решениями Европейского суда по правам человека. В этой статье проанализировано: 1) национальное законодательство на предмет его соответствия требованию "качество закона" установленного практикой Суда; 2) национальное законодательство и национальная судебная практика в соотношении со ст. 1 Протокола 1 Конвенции и практикой ее применения Судом; 3) место решений ЕСПЧ в системе источников гражданского права.

This article is devoted to the treatment of the company's shareholders with an indirect action in the interests of the company. Analyzing the practice of European Court of Human Rights and the decisions of Ukrainian national courts, the author consider that the right at indirect claim may be used only by shareholders owning more than 75 votes in the company, and only if they prove that their rights cannot be protected in other ways (eg, by direct action of the legal entity).

Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года (далее - Конвенция) была подписана в Риме 4 ноября 1950. От имени Украины Конвенция была подписана 9 ноября 1995 и ратифицирована Законом Украины "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года, Первого протокола и протоколов N 2, 4, 7 и 11 к Конвенции" от 17 июля 1997 года. Согласно пункту 3 статьи 59 Конвенции для тех государств, которые подписали эту Конвенцию и ратифицируют ее после вступления в силу, Конвенция вступает в силу со дня сдачи на хранение Генеральному секретарю Совета Европы ратификационной грамоты. В решении Европейского суда от 25 июля 2002 года по делу «Совтрансавто Холдинг» против Украины» указано,

что датой вступления Конвенции в законную силу в отношении Украины является 11 сентября 1997 года.

Для наиболее эффективного исполнения решений Европейского суда по правам человека по делам и устранения причин нарушения Украиной Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод и протоколов к ней 23.02.2006 года был принят Закон Украины «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» (вступил в силу 30.03.2006 года). Статьей 17 настоящего Закона установлено, что [национальные] суды при рассмотрении дел применяют Конвенцию и практику Суда как источник права. Вступление в силу ст. 17 Закона Украины «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» вызвало бурную полемику среди отечественных юристов-практиков и ученых. Единого мнения по этому вопросу, как и следовало ожидать, не найдено.

В настоящем исследовании мы не будем останавливаться на правовой природе практики Суда как источника права, а лишь отметим, что одним из основных признаков источника права установление им каких-либо правил поведения.

Таким образом, мы проанализируем решения Европейского суда, которые, по нашему мнению, устанавливают правовой статус юридических лиц, отличный от урегулированного национальным законодательством, сопоставим эту практику с практикой национальных судов и обоснуем необходимость изменения национального подхода при решении отдельных корпоративных споров в Украине. Для достижения поставленной цели обратим свое внимание на теории сущности юридического лица и спорах, связанных с правом акционеров на предъявление исков в интересах юридического лица.

Указанным проблемам были посвящены работы Д. Афанасьева, Микеле де Сальвиа, D.J. Harris, M.O'Boyle, E.P.Bates, C.M. Buckley и других правоведов. Однако комплексного исследования этой проблематики в Украине не проводилось, что и обуславливает актуальность данного исследования.

Анализ судебной практики свидетельствует, что наиболее проблемными являются споры по искам акционеров (участников) хозяйственных обществ к обществу и/или его контрагенту и/или третьему лицу, причинившему, по мнению такого акционера, вред обществу. Подобные иски получили название «непрямые». Сложность в решении подобных споров состоит в том, что суду следует установить, были ли действительно нарушены права акционера (участника) общества, или же вред был причинен самому обществу, а поэтому акционер не уполномочен обращаться в суд с иском о защите прав и интересов общества.

Решение обозначенной проблемы кроется в теории гражданского права, а именно в теориях сущности самого юридического лица, т.к. только определившись с тем, чем именно является юридическое лицо, можно ответить на вопрос, правомерно ли удовлетворять иски акционеров (участников), поданные в интересах хозяйственных обществ.

Одной из наиболее известных теорий сущности юридического лица является теория фикции (олицетворения) юридического лица. Указанную теорию можно назвать одной из старейших. Так, голосаторы (Азо, Анстант,

Мартин, Якоб) и консилиаторы (Синус где Пистойя, Балдус где Убалдис) не разрабатывали теорию юридического лица, однако отмечали, что римский союз или корпорация - это признанный государством субъект права, однако субъектом права выступала не корпорация как личность, а совокупность членов такого союза. Указанная теория в дальнейшем была поддержана канонистами (Папа Иннокентий IV, Папа Иоанн XXIII), которые определяли юридическое лицо как представление права, когда допускается представленное существования факта, о котором известно, что он не существует или существует в другом виде. Но наиболее целостную и последовательную теорию фикции юридического лица предложил Фридрих Карл фон Савиньи, которая получила название - теория олицетворения юридического лица. Суть учения Савиньи сводилась к тому, что правоспособными могут быть только физические лица и эта правоспособность может быть перенесена законом на нечто другое, что не является человеком. По мнению автора теории, право вынужденно применяет фикцию (представление или условный перенос), когда конкретные человеческие цели не могут быть достигнуты отдельным человеком и возникает необходимость создать корпорацию и наделить ее имущественными и иными правами. Эти правомочия, по мнению Савиньи, не имеют реального владельца, но бессубъектных прав быть не может, и поэтому с целью практической жизни создается воображаемый субъект. Как простая фикция юридическое лицо не имеет сознания и воли, она является недееспособной и этот недостаток восполняется представительством. Последователи теории олицетворения юридического лица Пухта и Резлер утверждали, что юридическое лицо существует, когда на это есть указание закона, признающего такое лицо субъектом права. Однако другие сторонники теории олицетворения (Пфейфер, Рот) полагали, что законодательство не создает, а только мирится, ради юридических целей, с существованием искусственного субъекта, предназначенного для реализации определенных человеческих потребностей.¹

Интересным, с точки зрения развития теории фикции, является решение председателя Верховного суда США Дэниала Маршалла в деле «The Trustees of Dartmouth College v. Woodward», в котором корпорация определена как искусственное образование, невидимое, неосязаемое и существующее только с точки зрения закона.²

Стоит также отметить и решение Суда ЕС по делу № C-214/89 *Powell Duffryn PLC v. Wolfgang Petereit*, в котором отмечается, что компании с уставом (для целей Брюссельской конвенции) должны рассматриваться как договор, охватывающий как отношения между акционерами, так и отношения между ними и тем, кого они создали. Кроме того, суд отмечает, что устав

¹ Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: Учебное пособие. – М.: «Статут», 2003. – С. 115-126

является выражением существования общности интересов между акционерами в достижении общей цели.³

Указанная теория была резко раскритикована сторонниками теории реальности юридического лица (авт. - ее мы охарактеризуем позже), которая приобрела особую популярность у советских ученых-юристов. Однако не все положения теории «фикции (олицетворения)» юридического лица являются ложными и не пригодными для их применения и выявления сущности юридических лиц с учетом определенных особенностей.

Теория реальности юридического лица (ее приверженцы - Безелера, Гирке, Циттельман, Салейль, Д.И. Мейер, М.С. Суворов, В.И. Синайский, Б.Б. Черепахин) имела два основных направления: 1) Юридическое лицо – это живой организм. По мнению сторонников теории, наряду с индивидуальным субъектом существуют более индивидуальные субъекты, а именно - социальные организмы. Юридическое лицо, как считал Гирке, это не фикция, а телесно-духовный организм, который может желать и действовать, имеет собственную волю и чувство. 2) Юридическое лицо как явление объективной действительности, создаваемое или признаваемое правом. Сторонники второго течения утверждали, что юридическое лицо является субъектом права в силу закона, поэтому субъект правоотношений не обязательно должен иметь одновременно ум и сознание.⁴ Особого внимания заслуживает и позиция Черепахина Б.Б., который утверждал, что при изучении человеческого субстрата юридического лица не нужно ставить вопрос, «кому на самом деле принадлежат права», поскольку на такой вопрос следует отвечать, что это права юридического лица. Вместе с тем проф. Черепахин Б.Б. отмечал, что права юридического лица несомненно установлены ради людей и предназначены служить их интересам.⁵

Интересным направлением исследований сущности юридического лица является теория «целевого» или «бессубъектного» имущества, сторонниками которой выступали Б. Виндшейд, Кеппен, Бринц. По мнению этих ученых, имущество может не только предназначаться для достижения определенных целей, но и принадлежать этой цели. Так, Бринц отмечал, что совместное управление имуществом членами союзов не создает нового субъекта правоотношений. Интересным направлением развития указанного учения является теория «олицетворенного имущества» Белау, суть которой сводилась к тому, что в корпорациях и учреждениях роль личности играет

3 EUR-Lex; Judgment of the Court of 10 March 1992 in case C-214/89 Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit. – Часть официального веб-сайта Европейского Союза, реализующая доступ к праву Европейского Союза и других документов. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. – Режим доступа: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61989J0214&lg=en, свободный

⁴ Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: Учебное пособие. – М.: «Статут», 2003. – С. 136-147

⁵ Черепахин Б.Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица // Черепахин Б.Б. Труды по гражданскому праву (под ред. д.ю.н., проф. Суханова Е.А.). М.: «Статут», 2001. (Классика российской цивилистики). – С.298-300

имущество, которое не принадлежит отдельному лицу, но служащее определенной цели для пользы многих людей. Стоит также отдельно отметить теорию «бессубъектного имущества», которая указывает, что за фиктивным юридическим лицом стоит что-то другое, какая-то цель.⁶

Ряд теорий сущности юридического лица была выдвинута в советский период, а именно «теория администрации» (Александров, Кечекян), «теория директора» (Ю.К. Толстой), «теория коллектива» (А.В. Венедиктов), «теория организации» (А.А. Красавчиков). Суть указанных теорий легко усматривается из их названий, а потому мы не будем отдельно их характеризовать.

Анализ современного гражданского права Украины свидетельствует о том, что преимущество в теориях сущности юридического лица было отдано теории реальности юридического лица. Как правило, юридические лица признаются самостоятельными субъектами гражданских правоотношений, рассматриваются собственниками принадлежащего им имущества, юридические лица не отвечают по обязательствам своих учредителей и наоборот, последние не отвечают по обязательствам созданных ими юридических лиц. Учредители (участники) юридических лиц не могут быть истцами в интересах этих юридических лиц, что обуславливается тем, что юридические лица сами защищают свои права и интересы в суде. Такой подход характерен не только для Украины и постсоветских стран, но и для большинства правовых систем, входящих в романо-германскую правовую семью.

В целом, анализ практики Европейского суда по правам человека показывает, что его позиция не отличается от таковой в законодательствах большинства европейских стран.

Так, в своей практике Европейский суд указывает на то, что "жертва" по смыслу статьи 34 Конвенции обозначает лицо, непосредственно затронутое рассматриваемым действием или бездействием.⁷ Для того чтобы заявить себя жертвой нарушения, к лицу должно быть прямо применено оспариваемое мероприятие (see, for example, *Buckley v. the United Kingdom*, judgment of 25 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996 - IV, p. 128, §§ 56 - 59)⁸.

⁶ Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: Учебное пособие. – М.: «Статут», 2003. – С. 131-135

⁷ Веб-сайт Справочно-правовой системы «Право.Ru» [Электронный ресурс] /Определение Европейского суда по правам человека по делу «Алексей Носов (Aleksey Nosov) против Российской Федерации» (Application no. 30877/02) – Электрон. дан. - ООО "ПРАВОДник", 2013 – Режим доступа <http://docs.pravo.ru/>, свободный доступ

⁸ Официальный веб-сайт Европейского суда по правам человека [Электронный ресурс] /HUDOC Database; Judgment case of CASE OF TEREM LTD, CHECHETKIN AND OLIUS v. UKRAINE (Application no. 70297/01) – Электрон. дан.- Strasbourg: European Court of Human Rights, 2013 – Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70638>, - свободный

Кроме того, Суд отдельно указывает на то, что акционеры компании, включая крупных акционеров, не могут утверждать, что они являются жертвами нарушения прав компании по Конвенции.⁹

Аналогичной позиции придерживается и Верховный суд Украины. В частности, в п. 51 постановления Пленума Верховного суда Украины «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» указано, что законом не предусмотрено право акционера (участника) хозяйственного общества обращаться в суд за защитой прав или охраняемых законом интересов общества вне отношений представительства. На этом основании хозяйственным судам, по мнению Верховного суда Украины, следует отказывать акционерам (участникам) хозяйственного общества в удовлетворении иска о заключении, изменении, расторжении или признании недействительными договоров и других сделок, совершенных хозяйственным обществом.¹⁰

Однако, в отличие от Верховного суда Украины, Европейский суд по правам человека не связан предписаниями национального законодательства и постепенно смещает свою приверженность от теории реальности юридического лица к теории его фикции, используя для этого популярную в системе общего права теорию «протыкания корпоративной вуали». В этой связи следует отметить, что Суд несколько «модифицировал» указанную теорию, начав использовать ее не только для привлечения учредителей юридических лиц к ответственности, но и для предоставления им права на судебную защиту их интересов.

Европейский суд не единожды указывал на то, что отказ от рассмотрения юридической правоспособности компании в свете вопроса о статусе "жертвы" может быть оправдан в исключительных обстоятельствах, в частности, когда ясно установлено, что компания не имеет возможности обратиться в Европейский суд через органы, созданные ею в соответствии со своим уставом или, в случае ее ликвидации или банкротства, через арбитражных управляющих при ликвидации или поверенных при банкротстве. Исключением также является случай, когда с жалобой в Суд обращается единоличный собственник юридического лица.¹¹

⁹ Официальный веб-сайт Европейского суда по правам человека [Электронный ресурс] /HUDOC Database; Judgment case of CASE OF AGROTEXIM AND OTHER v. GREECE – Электрон. дан.- Strasbourg: European Court of Human Rights, 2013 – Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57951>, - свободный

¹⁰ Система информационно-правового обеспечения «ЛИГА: ЗАКОН ПРЕМИУМ» (версия 9.1.5.) [Электронный ресурс] / постановление Пленума Верховного суда Украины «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» № 13 от 24.10.2008 года – Электрон. дан.- ООО «Информационно-аналитический центр «Лига», 2013; ООО «ЛИГА ЗАКОН», 2013 - Режим доступа: файл VS080448.LHT, - платный

¹¹ Дело «Алексей Носов (Aleksey Nosov) против Российской Федерации» (Application no. 30877/02) – там же

В подтверждение указанной теории в литературе¹² часто встречаются отсылки к делам "Капитал Банк А.Д." против Болгарии" (Capital Bank AD v. Bulgaria) от 9 сентября 2004 г. (жалоба N 49429/99), "Кредитный и индустриальный банк против Чешской Республики" (Credit and industrial bank v. Czech Republic) от 21 октября 2001 года (жалоба 29010/95), "G.J. против Люксембурга" (G.J. v. Luxemburg) от 26 октября 2000 г. (жалоба N 21156/93), "Агротексим" и другие против Греции" (Agrotexim and Others v. Greece) от 24 октября 1995 г. (Series A, N 330, p. 25, § 66).

Однако такую позицию надлежит признать оправданной только частично.

Так, в деле "Капитал Банк А.Д." против Болгарии" (Capital Bank AD v. Bulgaria) от 9 сентября 2004 г. (жалоба N 49429/99) Суд отказал Правительству в удовлетворении его ходатайства об исключении жалобы из списка дел Суда. При этом Суд указал, что удаление жалобы из списка дел на том основании, что юридическое лицо ликвидировано и исключено из реестра, нивелирует всю систему защиты прав человека, поскольку позволит государству в любой момент ликвидировать юридических лиц и прекращать производство по делу в Суде. Кроме того, само дело касалось нарушения прав Банка при осуществлении его ликвидации.

В деле "Кредитный и индустриальный банк против Чешской Республики" (Credit and industrial bank v. Czech Republic) от 21 октября 2001 года (жалоба 29010/95) Суд признал право заявителя на обращение в связи с нарушениями, связанными с назначением ликвидатора Банка. При рассмотрении дела Суд установил, что поскольку ликвидатор становится единоличным представителем Банка, то истец, будучи, мажоритарным акционером и бывшим президентом Банка, имеет право на защиту интересов общества в части оспаривания правомерности назначения ликвидатора общества. Аналогичная позиция изложена в деле "G.J. против Люксембурга" (G.J. v. Luxemburg) от 26 октября 2000 г. (жалоба N 21156/93).

Таким образом, перечисленные решения Европейского суда направлены как на применение теории «протыкания корпоративной вуали», так и на защиту прав физических лиц на управление и владение юридическим лицом.

Следует обратить внимание на другие решения Европейского суда по правам человека. Так, в деле "Губиев против Российской Федерации" от 19 июля 2011 года (жалоба № 29309/03) установлено, что единственный собственник компании может требовать признания его "жертвой" в значении статьи 34 Конвенции в той мере, в которой это касается оспариваемых действий, совершенных в отношении его компании, поскольку в деле, где фигурирует единственный собственник, отсутствует риск расхождения во мнениях между акционерами или между акционерами и советом директоров по вопросу о нарушении охраняемых Конвенцией прав либо о наиболее правильном способе реагирования на подобное нарушение (см. Решение

12 Д. Афанасьев Возможности защиты предоставляемые участникам и акционерам компаний в Европейском суде по правам человека // Хозяйство и право. – 2012. - №1. – С.49-57

Европейского Суда от 27 июня 2000 г. по делу "Анкаркрона против Швеции" (Ankarcrona v. Sweden), жалоба N 35178/97, Решение Комиссии по правам человека от 7 сентября 1990 г. по делу "Дюрвольд против Швеции" (Dyrgwold v. Sweden), жалоба N 12259/86, упоминавшееся выше Решение Европейского Суда по делу "Носов против Российской Федерации" или Постановление Европейского Суда по делу "Хамидов против Российской Федерации" (Khamidov v. Russia, жалоба N 72118/01, § 123, ECHR 2007-XII (извлечения)). В этом же деле судом установлено, что заявитель являлся единственным учредителем, собственником и директором компании. Следовательно, очевидно, что отсутствует риск того, что любые конкурирующие интересы и/или разногласия могут создать трудности, которые были отражены в соответствующей прецедентной практике Европейского Суда. При таких обстоятельствах Европейский Суд находит, что заявитель может утверждать, что является "жертвой" нарушения статьи 1 Протокола N 1 к Конвенции, на которое он ссылался, и что возражение властей Российской Федерации подлежит отклонению.¹³

Отдельного внимания заслуживает решение Европейского суда по правам человека по делу "Ватан против Российской Федерации" от 7 октября 2004 года (жалоба № 47978/99). Указанное дело касалось права политической партии "Ватан", зарегистрированной в качестве юридического лица, обжаловать меры, примененные Государством - ответчиком в отношении областного отделения этой партии, также зарегистрированного в качестве юридического лица. Рассматривая это дело, Суд отметил, что прежде всего он должен установить, может ли данное дело рассматриваться как таковое, в котором партия "Ватан" представляет собой форму организации "зонти", включающей в себя саму партию "Ватан" и областное отделение как ее составляющую часть. Европейский суд установил, что хотя устав партии "Ватан" предусматривает создание "региональных подразделений", никаких подобных положений в уставе областного отделения не усматривается. Уставные документы отделения содержат лишь одну прямую ссылку на партию "Ватан" при установлении порядка обжалования исключения из партии (пункт 2.5 Устава). Устав областного отделения оставляет открытым вопрос о том, было ли отделение структурно зависимо от партии "Ватан" при принятии решений и имело ли оно политические обязательства перед последней.

Таким образом, в делах "Ватан против Российской Федерации" и "Губиев против Российской Федерации" Суд действительно применил в отношении юридических лиц теорию «протыкания корпоративной вуали», признав де-факто, что в отдельных случаях учредитель юридического лица может обращаться в суд с исками о защите прав и интересов учрежденного им юридического лица. Частично такой подход применяется Судом и в делах, где он возлагает ответственность на государство по обязательствам созданных им юридических лиц публичного права. Так, в п. 42 решения Европейского суда

¹³ Официальный веб-сайт Европейского суда по правам человека [Электронный ресурс] /HUDOC Database; Judgment case of CASE OF AGROTEXIM AND OTHER v. GREECE – Электрон. дан.- Strasbourg: European Court of Human Rights, 2013 – Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57951>, - свободный

по правам человека по делу «Михайленки и другие против Украины» (заявления № № 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800 / 02, 38296/02, 42814/02) от 30.11.2004 года, п. 12 решения Европейского суда по правам человека по делу «Шафраново против России» заявление № 24766/04) от 25 сентября 2008, п. 98 решения Европейского суда по правам человека по делу «Касарог v. Serbia» 6 (заявления 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06) от 15 января 2008 Суд указал, что при решении вопроса о том, несет ли государство ответственность по обязательствам государственного юридического лица, необходимо установить, имеет ли такое лицо достаточную институциональную и операционную независимость от государства. При этом, по мнению Суда, не должна браться во внимание его формальная классификация по национальному законодательству. В п. 97 решения Европейского суда по правам человека по делу «Касарог v. Serbia» (заявления 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06) от 15 января 2008 Суд, определяя возможность несения государством ответственности по обязательствам юридических лиц, установил, что должник принадлежит государству, преимущественно состоит из социального капитала и контролируется Агентством по вопросам приватизации, а также правительством. Изложенные обстоятельства дали основания Суду утверждать о наличии институциональной и организационной зависимости компании от государства.

Таким образом, краеугольное значение для Европейского суда по правам человека имеет отсутствие расхождений во мнениях юридического лица и его руководства с мнением акционеров (участников), что может быть достигнутым только в случае, когда у акционера (участника) установлен полный контроль над юридическим лицом. И только в этом случае такое юридическое лицо и его акционер (основатель либо участник) рассматриваются как единое целое.

По нашему мнению, такая позиция Европейского суда по правам человека должна получить должную поддержку на уровне национального законодательства и судебной практики. Утверждение о том, что единоличный собственник юридического лица (в т.ч. государство или иное юридическое и физическое лицо), не осуществляет реального влияния на деятельность такого юридического лица и такое юридическое лицо не является инструментом своего собственника по достижению определенных им целей, необходимо признать иллюзорным и не отражающим реального положения вещей. Это же утверждение следует применять и при наличии в обществе нескольких акционеров (участников), когда у одного из них доля в таком юридическом лице позволяет ему де-факто единолично, без учета мнения иного участника, принимать все решения в обществе. Чаще всего в таких ситуациях второй участник в обществе является номинальным и присутствует там в формальных целях, например, для обеспечения такому обществу возможности выступать единоличным учредителем иного общества.

Отчасти национальное право Украины позволяет национальным судам применять теорию «протыкания корпоративной вуали» посредством разъяснений Конституционного суда Украины.

Так, в решении по делу № 1-10/2004 от 01.12.2004 года по конституционному представлению 50 народных депутатов Украины относительно официального толкования отдельных положений части первой статьи 4 Гражданского процессуального кодекса Украины (дело об охраняемом законом интересе) Конституционный суд Украины разъяснил, что термин «охраняемый законом интерес» надо понимать как стремление к пользованию конкретным материальным и/или нематериальным благом. Охраняемый законом интерес, как предопределенное общим содержанием объективного и прямо не определенное в субъективном праве простое легитимное разрешение, является самостоятельным объектом судебной защиты и других средств правовой охраны с целью удовлетворения индивидуальных и коллективных потребностей, которые не противоречат Конституции и законам Украины, общественным интересам, справедливости, добросовестности, разумности и другим общеправовым принципам. К сожалению, нормативный акт, толкование которому предоставляет Конституционный суд Украины, на сегодня утратил силу, что позволяет национальным судам формально не обращать на него внимание.

Однако в своем решении от 19 сентября 2012 года в деле № 1-8/2012 по конституционному обращению частного предприятия «ИКИО» касательно официального толкования положений части первой ст. 61 Семейного кодекса Украины Конституционный суд Украины разъяснил, что уставной капитал и имущество частного предприятия являются объектом права совместной собственности супругов. При этом из мотивировочной части решения Конституционного суда Украины можно установить, что такое утверждение касается всех видов предприятий, к которым относятся и хозяйственные общества.

Определяя частное предприятие, его уставной капитал и имущество как объект права совместной собственности супругов, Конституционный суд Украины предоставил им право обращаться в суд с исками в интересах такого предприятия. Отметим, что в таком случае иск де-юре будет подан с целью защиты не интересов предприятия, а права собственности физического лица – владельца частного предприятия.

Учитывая изложенное, можно утверждать, что подход Верховного суда Украины, согласно которого акционеры (участники) юридического лица не имеют право на обжалование сделок этого юридического лица, является ошибочным и подлежит пересмотру с учетом правовых позиций Европейского суда по правам человека и Конституционного суда Украины. Так, необходимо признать за акционерами (участниками) юридического лица, которым принадлежит более 75 % голосов¹⁴ в обществе, право на обращение в суд с исками о защите прав и интересов юридических лиц, акционерами (участниками) которых они являются, если их права не могут быть защищены

¹⁴ Основным условием признания совпадающими мнений юридического лица и акционера является возможность осуществления фактически единоличного контроля над юридическим лицом. Поэтому для каждого юридического лица этот показатель будет различным, так для акционерного общества - это $\frac{3}{4}$ голосов (ч. 5 ст. 42 Закона Украины «Об акционерных обществах»), для обществ с ограниченной ответственностью 50% + 1 голос. Иное количество голосов может быть установлено и уставом общества.

другими способами (например, путем прямого обращения юридического лица с иском).

Kontakt
sabodash@yahoo.com

JUDr. J. Schwarcz, PhD.

sudca Všeobecného súdu EÚ

v spolupráci s *Mgr. A. Stecom,*

poradcom na Všeobecnom súde EÚ

Ochrana hospodárskej súťaže. Zneužitie dominantného postavenia. Analýza niektorých aktuálnych otázok (s dôrazom na rozhodnutia Európskej komisie, Všeobecného súdu a Súdneho dvora EÚ)

Abstrakt

„Predmetný článok pojednáva o aktuálnych otázkach z oblasti ochrany hospodárskej súťaže v európskom práve, najmä z oblasti zneužívania dominantného postavenia. Príspevok upriamuje pozornosť čitateľa na niektoré z čerstvých rozhodnutí Súdneho dvora EÚ, Všeobecného súdu EÚ, ako aj na rozhodovaciu činnosť Európskej Komisie v tejto oblasti. Autori ďalej rozoberajú niektoré procesné otázky týkajúce sa právomoci a/alebo povinnosti Komisie konať, či už ide o otázky procesných možností pozastaviť vyšetrovanie po dohode s vyšetrovaným subjektom, prípadne, v niektorých konkrétnych situáciách, aj nezávisle od existencie takej dohody, alebo o otázky teritoriálneho rozsahu jej právomoci, napríklad pri konaniach firiem, ktoré sú dohodnuté a zosúladené mimo EÚ, ale ktoré môžu mať dôsledky na území Únie. Článok v tomto smere analyzuje, mimo iného, mieru voľnej úvahy Komisie v jej procesných postupoch. V tomto rámci autori tiež uvádzajú niektoré problematické situácie, ktoré môžu nastať pri vymedzovaní relevantných trhov, a upriamujú pozornosť čitateľa na možnosť zneužívania dominantného postavenia na viacerých prepojených trhoch. Na záver je v príspevku v krátkosti odkázané na niektoré doktrínálne prúdy, ktoré sa zaoberajú otázkou, do akej miery je potrebné preukazovať ekonomickými analýzami potencionálny negatívny efekt niektorých konaní dominantných firiem na relevantné trhy.“

Úvod

V čase, keď sa kladú mnohé otázky ohľadom spôsobu fungovania Európskej únie, jej kompetencií a v niektorých členských krajinách dokonca ohľadom jej zmyslu, môže byť osobitne zaujímavé upriamiť pozornosť čitateľa na jednu z oblastí,

v rámci ktorých je vo všeobecnosti Európska únia považovaná za významného hráča na svetovej úrovni, čo, pravda, nebráni tomu, aby bola jej činnosť aj v predmetnej oblasti vystavená doktrínálnej analýze a viacerým prúdom myslenia.

Ide, konkrétne, o oblasť ochrany hospodárskej súťaže a, pre účely tohto článku, o právnú úpravu zabráňujúcu zneužívaniu dominantného postavenia.

Netreba ani zdôrazňovať, vzhľadom na mnohé články, ktoré sa k týmto témam pravidelne objavujú v tlači, že Európska Komisia v posledných rokoch prijala viacero rozhodnutí týkajúcich sa zabránenia zneužívania dominantného postavenia, v rámci ktorých sa uvalené sankcie pohybovali v stovkách miliónov eur (napr. vo veciach **Microsoft I**¹ a **Microsoft II**²), prípadne presiahli miliardu eur (vec **Intel**, aktuálne napadnutá v konaní na Všeobecnom súde EÚ³).

¹ **V tomto prvom prípade Microsoft** [Rozhodnutie Európskej Komisie 2007/53/ES, ktoré sa vzťahuje na konanie podľa článku 82 (ES) a článku 54 Dohody o EHP vedené proti spoločnosti Microsoft Corp. /vec COMP/C-3/37.792 – Microsoft/ (Ú.v. EÚ L 32, 2007, s. 23)] Európska Komisia rozhodla, v marci 2004, o pokute pre Microsoft za zneužitie dominantného postavenia, vo výške 497 miliónov Euro, pričom zároveň prikázala Microsoftu (i) sprístupniť, za primeraných a nediskriminačných podmienok, isté informácie potrebné k tomu, aby mohol software od konkurentov bezchybne fungovať v prepojení na Windows, či na PC počítačoch, alebo na serveroch [tzv. informácie súvisiace s interoperabilitou], a (ii) ponúknuť spotrebiteľom aj verziu Windows, ktorá by neobsahovala automaticky v cene aj Windows Media Player [tieto nápravné opatrenia mali odstrániť práve dve samostatne kritizované konania Microsoftu, pre ktoré Komisia mala za to, že bol porušený článok 82 Zmluvy ES (dnes článok 102 ZFEÚ), v zmysle ktorého sa zakazuje zneužívanie dominantného postavenia]. O predmetnej veci ďalej rozhodoval Súd prvého stupňa (dnes Všeobecný súd EÚ), ktorý z väčšej časti odmietol vyhovieť Microsoftu v jeho žalobe, a teda, v podstate, potvrdil rozhodnutie Komisie (Súd prvého stupňa rozhodnutie Komisie zrušil len v časti, kde boli isté jej kompetencie, zahŕňajúce kontrolu výkonu rozhodnutia Microsoftom, presunuté na nezávislého splnomocnenca, ktorý mal byť vybratý Komisiou zo zoznamu pripraveného Microsoftom, a ktorý mal mať prístup k informáciám a k interným dokumentom Microsoftu ; Súd svoje zrušenie rozhodnutia Komisie v tejto časti založil na absencii právnej bázy v komunitárnom práve pre takúto delegáciu vyšetrovacích alebo kontrolných kompetencií Komisie) [vec Microsoft Corporation/Komisia, T-201/04, Rozsudok Veľkej komory Súdu prvého stupňa zo dňa 17. septembra 2007, Zbierka judikatúry 2007 - II-03601].

² **V tomto druhom prípade Microsoft** [Rozhodnutie Európskej Komisie K(2008) 764 v konečnom znení, ktorým sa stanovuje konečná suma pravidelného penále uloženého Microsoftu rozhodnutím K (2005) 4420 v konečnom znení (vec CO P/C-3/37.792 - Microsoft) (Ú.v. EÚ C 166, 2009, s. 20)] Komisia pokutovala firmu Microsoft za nevykonanie právoplatného rozhodnutia z roku 2004, potvrdeného Súdom prvého stupňa v roku 2007. Konečná výška penále dosiahla 899 miliónov Euro, čo bolo, v tom čase, najvyššou pokutou, akú Komisia udelila (táto suma bola neskôr prekonaná pokutovaním spoločnosti Intel, tiež v oblasti zneužitia dominantného postavenia, sumou 1, 06 miliardy Euro). Následne, v konaní pred Všeobecným súdom, bola pokuta Súdom čiastočne znížená, na 860 miliónov euro. Microsoftu Komisia v tomto druhom prípade vyčítala, v podstate, najmä skutočnosť, že dlhodobo odmietal sprístupniť konkurentom informácie o interoperabilite, tak ako k tomu bol viazaný predchádzajúcim rozhodnutím Komisie, v rámci licencií poskytnutých za primeraných finančných podmienok. Microsoft, ktorý argumentoval tým, že výška finančnej odplaty, ktorú mohol za poskytnutie informácií o interoperabilite žiadať, nebola v pôvodnom rozhodnutí jasne definovaná a on sám ju nevedel s dostatočnou presnosťou určiť, a ďalej tým, že mu dokonca na jeho žiadosť o spresnenie toho, čo bolo treba pokladať za primeranú sumu, Komisia túto informáciu neposkytla, ale nechala naňho výpočet, neuspel so svojou žalobou

pred Všeobecným súdom. Súd zaujal naopak stanovisko, že išlo o sumu dostatočne presne definovanú v rámci rozhodnutia Komisie, a teda určiteľnú Microsoftom, vzhľadom na jeho znalosť povahy predmetných informácií, ktoré mali byť obsiahnuté v licenciách konkurentom (Súd taktiež odkázal na tzv. zásady hodnotenia, pripravené, za týmto účelom, Microsoftom a Komisiou). Treba, v tomto zmysle, tiež upriamiť pozornosť čitateľa najmä na tie body rozsudku Všeobecného súdu, kde súd zobral do úvahy skutočnosť, že Microsoft len postupne znižoval svoje finančné požiadavky, až nakoniec dospel k primeranej sume žiadanej od konkurentov, a ďalej na tie body, v ktorých súd analyzoval argumentáciu Microsoftu týkajúcu sa inovatívnej povahy predmetných technologických informácií. Jedným z predmetných kritérií v tomto spore bolo, aby finančná odplata, požadovaná Microsoftom za poskytnutie licencie, zodpovedala skutočnej hodnote technológií, o ktoré sa jednalo, t.j. ich inovatívne charakteru, a nie ich strategickému významu, t.j. nie tomu, že predmetné informácie umožňovali prepojenie softwaru konkurentov s operačným systémom dominantnej firmy Microsoft. Čo sa týka čiastočného zníženia sankcie Všeobecným súdom, išlo o skôr okrajovú záležitosť, pri ktorej sa prihliadalo na istý list od Komisie, ktorý bolo treba zohľadniť pri určení závažnosti konania Microsoftu v medziobdobí, ktoré predchádzalo vyneseniu rozsudku Súdu prvého stupňa zo dňa 17. septembra 2007, vzhľadom na skutočnosť, že z obsahu listu Komisie mohol Microsoft (v skratke) vyvodit' legalitu svojho konania, pokiaľ ešte prebiehal predmetný spor pred Súdom prvého stupňa [*vec Microsoft Corporation/Komisia, T-167/08, Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 27. júna 2012, ešte nebolo publikované v Zbierke judikatúry*].

³ **V tejto veci Intel (ohľadom procesorov nazývaných „CPU x86“),** [*Rozhodnutie Európskej Komisie K (2009) 3726 v konečnom znení z 13. mája 2009 týkajúce sa konania podľa článku 82 Zmluvy ES a článku 54 Dohody o EHP (vec COMP/C-3/37.990 – Intel), ktorým sa Intelu ukladá pokuta 1,06 miliardy eur za to, že zneužíjúc svoje dominantné postavenie uplatnil protiprávne protisúťažné postupy s cieľom vylúčiť konkurentov z trhu centrálnych procesorov nazývaných „CPU x86“*] má Komisia za preukázané, že firma Intel zneužila svoje dominantné postavenie tým, že poskytovala viacerým výrobcom počítačov (napr. firmám DELL, NEC, Lenovo či HP) výrazné rabaty pri nákupe procesorov nazývaných „CPU x86“, pričom podľa Komisie nešlo o rabaty viazané na objem predaja predmetných procesorov, ale o rabaty viazané na implicitnú podmienku výhradného nákupu u spoločnosti Intel, prípadne na podmienku takmer výhradného nákupu u predmetnej spoločnosti (t.j., podľa toho, o ktorú firmu išlo, sa jednalo o nákupy procesorov „CPU x86“ „Intel“ v objeme presahujúcom 80%, či dokonca 90% z celkového nakupovaného množstva procesorov), a nie u hlavného konkurenta, t.j., nie u firmy AMD. Podľa Komisie naznačoval Intel dostatočne jasne predmetným firmám, že pokiaľ by čo i len čiastočne (alebo nad dohodnutý limit) začali nakupovať predmetné procesory u konkurenčnej firmy AMD, ukončí poskytovanie rabatov, a to dokonca, podľa Komisie, v ich úplnosti a nielen proporcionálne k objemu nákupov procesorov, ktoré by tieto firmy realizovali prostredníctvom AMD. Intel pred Všeobecným súdom napáda, mimo iného, tak preukázanie skutkového stavu Komisiou, ako aj jej vyhodnotenie a právne posúdenie legality systému rabatov, ktoré boli poskytnuté. V podobnom zmysle sa v predmetnej veci ešte strany sporia ohľadom vyhodnotenia rabatov poskytnutých Intelom spoločnosti MSH, ktorá predáva mimo iného počítače, a ohľadom ktorých má Komisia tiež za preukázané, že boli viazané na podmienku, aby na istom segmente trhu (ktorý sa môže javiť, za istých okolností, ako osobitne zaujímavý z hľadiska ziskovosti) MSH predával len počítače obsahujúce procesory „CPU x86“ „Intel“ a nie AMD. Okrem už uvedeného Komisia vyčíta firme Intel niekoľko ďalších špecifických konaní (napr. voči firme Lenovo) ktoré mali, podľa nej, spočívať v zabránení komercializácie istých práve vyvinutých výrobkov, ako napr. laptopov, obsahujúcich procesory AMD. Je určite zaujímavé uviesť, že vzhľadom na objem spisu a na význam právnych otázok, ktoré sa kladú v predmetnom spore, pojednával Všeobecný súd štyri celé dni (v prvej polovici roku 2013) [*vec Intel/Komisia, T-286/09 (spor ešte prebieha)*].

Tiež ale treba upozorniť na to, že nie všetky Komisiou skúmané situácie končia pokutami, ale neraz môže predmetná firma dospieť s Komisiou k dohode⁴, prípadne môže Komisia sama rozhodnúť o tom, že konkurentmi napadnuté konania iných firiem, vyšetrované z titulu zneužitia dominantného postavenia, v skutočnosti nespádajú do tejto kategórie, či už z dôvodu absencie preukázania dominancie vyšetrovanej firmy na predmetnom trhu, alebo z dôvodu, že jej konanie nemôže byť pokladané za ilegálne, t.j. nepreukazuje charakter zneužívania existujúceho dominantného postavenia⁵.

⁴ V čase písania tohto článku prebiehalo **viacero vyšetrovacích konaní Komisie ohľadom zneužitia dominantného postavenia firmou Google**. Prvé z predmetných konaní, vyšetrované Komisiou, malo spočívať v tom, že firma Google podľa nej uvádzala, ako výsledok vyhľadávania prostredníctvom jej internetového prehliadača, opäť svoje vlastné služby, pokiaľ používateľ internetu zadal heslo rešerše, vďaka ktorému sa chcel dozvedieť, kto poskytuje isté konkrétne služby. Firma Google teda napríklad dávala do popredia, podľa predbežného názoru Komisie, svoje vlastné tzv. „špecifické“ vyhľadávacie služby (napr. pri vyhľadávaní reštaurácií, finančných služieb, nákupov cez internet, a podobne), nazývané tiež „vertikálne“ vyhľadávacie služby, a to bez toho, aby ich jasne odlišila od konkurenčných služieb. V čase písania tohto článku bola zverejnená informácia, že firma Google navrhla Komisii isté riešenia, aby dospela k dohode, a teda, aby Komisia nepokračovala vo vyšetrovaní činnosti, ktorá by, podľa tejto inštitúcie, mohla prípadne byť vyhodnotená ako zneužitie dominantného postavenia firmou Google. Návrh na kompromis obsahoval, mimo iného, záväzok, ktorý by bol platný 5 rokov, v zmysle ktorého firma Google vždy jasne označí používateľom internetu, že navrhované „špecifické“ vyhľadávacie služby sú tiež službami Google a nie službami konkurentov, a ďalej záväzok, že Google vždy zároveň viditeľne umiestni odkazy (tzv. „linky“) na konkurenčné internetové prehliadače, a to aspoň v počte troch odkazov na konkurenčné služby pri každom odkaze na služby Google. Komisia v čase písania tohto článku zverejnila svoj zámer zaoberať sa ponúknutým alternatívnym riešením sporu s firmou Google, zistiť, mimo iného, stanoviská konkurenčných firiem (osobitne tých, na základe sťažnosti ktorých celé vyšetrovanie v roku 2010 začala, a síce, medzi inými, internetového portálu Ciao, skúpeného Microsoftom v roku 2008 /Microsoft pristúpil k sťažnosti v roku 2011/) a predbežne uviedla, že má záujem rozhodnúť vo veci už v priebehu jesene 2013. V štádiu písania tohto článku teda ešte nebolo jasné, či Komisia pristúpi na predmetný návrh [zdroj: *Financial Times*, *Wall Street Journal*]. Len pre informatívne účely je možné dodať, že iným aktuálne vyšetrovaným konaním firmy Google zo strany Komisie je jej spôsob využívania operačného systému Android (pre mobilné telefóny), vzhľadom na sťažnosť konkurentov (včítane firiem ako NOKIA, Expedia či TripAdvisor), že Google prostredníctvom tohto systému zneužíva svoje dominantné postavenie a chce monopolizovať trh softwaru pre mobilné telefóny, ako aj kontrolovať údaje spotrebiteľov [zdroj: *vid' vyššie*].

⁵ V tomto ohľade môže byť zaujímavé spomenúť ešte iný prípad, v ktorom sťažovateľ napadol sťažnosťou pred Komisiou **opäť firmu Microsoft, ale kde Komisia posúdila, že nie je potrebné začať formálnu časť vyšetrovania vo veci, ohľadom preukázania zneužitia dominantného postavenia** [rozhodnutie Komisie C (2010) 8529 z 1. decembra 2010, týkajúce sa odmietnutia sťažnosti (vec COMP/39.784 – Omnis/Microsoft) vo veci predpokladaného porušenia článkov 101 ZFEÚ, 102 ZFEÚ a 106 ZFEÚ firmou Microsoft Corp. na trhu aplikačných softwarov pre firmy (včítane softwaru pre integrovaný manažment)]. V predmetnom prípade brala Komisia do úvahy, mimo iného, údaje, ktoré pokladala za dostatočne preukázané a z ktorých podľa nej vyplývalo, že na predmetnom geografickom a produktovom relevantnom trhu [išlo o špecifický trh aplikačných softwarov pre firmy (včítane softwaru pre integrovaný manažment) v Rumunsku] mal Microsoft veľmi slabý podiel na trhu a teda, že nemohol byť pokladaný za dominantnú firmu zneužívajúcu svoje postavenie. Podľa Komisie v predmetnom prípade nešlo ani o situáciu, kde by Microsoft vedel využiť

Vo všetkých vyššie uvedených situáciách môžu byť rozhodnutia Komisie napadnuté pred Všeobecným súdom EÚ, a prípadne, v odvolaní, pred Súdnym dvorom EÚ. Často sa tak naozaj stáva, či už vzhľadom na vysoké pokuty alebo vzhľadom na význam preskúmvaného konania firiem pre nerušené fungovanie hospodárskej súťaže v Európskej únii.

V tomto článku, po uvedení predmetných predpisov v rámci práva EÚ, by sme radi upriamili pozornosť na niektoré zaujímavé problémy, diskutované v aktuálnej judikatúre či v doktríne. Vzhľadom na rozsah tejto oblasti však pôjde, nevyhnutne, o istý výber, ktorý zďaleka nezahŕňa všetky aktuálne diskutované situácie.

Právna úprava

Hlava VII konsolidovaného znenia **Zmluvy o fungovaní Európskej únie** upravuje **spoločné pravidlá pre hospodársku súťaž, zdaňovanie a aproximáciu práva**.

Prvá kapitola predmetnej hlavy upravuje **pravidlá hospodárskej súťaže**, a jej oddiel prvý sa týka pravidiel uplatňovaných na podniky.

Pre účely tohto článku je podstatný **článok 102 ZFEÚ (pôvodný článok 82 ZES)** :

"Akékoľvek zneužívanie dominantného postavenia na vnútornom trhu či jeho podstatnej časti jedným alebo viacerými podnikateľmi sa zakazuje ako nezlučiteľné s vnútorným trhom, ak sa tým môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi.

Takéto zneužívanie môže zahŕňať najmä:

- a) priame alebo nepriame vynucovanie neprimeraných nákupných alebo predajných cien alebo iných obchodných podmienok ;*
- b) obmedzovanie výroby, odbytu alebo technického rozvoja na úkor spotrebiteľov ;*
- c) uplatňovanie nerovnakých podmienok voči obchodným partnerom pri rovnakých plneniach, čím ich v hospodárskej súťaži znevýhodňujú ;*
- d) podmieňovanie uzatvárania zmlúv prijatím dodatočných záväzkov, ktoré svojou povahou alebo podľa obchodných zvyklostí nesúvisia s predmetom týchto zmlúv."*

Prehľad niektorých aktuálnych otázok

Bez toho, aby sme sa pustili do konkrétnej analýzy vymenovaných konaní, ktoré sú uvedené pod písmenami a) až d) vyššie uvedeného článku 102 ZFEÚ, podčiarkneme, že jasne vyplýva z úvodného princípu, **že zakázané nie je dosiahnutie alebo udržanie dominantného postavenia, ale len jeho zneužívanie**. Inými slovami, nie je protiprávne byť dominantnou firmou, ani dosiahnuť dominanciu vďaka skutočnosti, že výrobky alebo služby tej ktorej firmy sú lepšie než

svoju dominanciu na primárnom trhu operačných systémov pre osobné počítače alebo servery (t.j. trh, ktorý bol v hre v oboch vyššie uvedených rozsudkoch Microsoft/Komisia), v prospech vylepšenia svojej pozície a vytlačenia konkurentov na sekundárnom trhu aplikačných softwarov pre firmy (včítane softwaru pre integrovaný manažment) v Rumunsku. Rozhodnutie Komisie bolo potvrdené Všeobecným súdom EÚ [*vec Omnis Group/Komisia, int. Microsoft Corp., T-74/11, rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 30. mája 2013, zatiaľ nebol publikovaný v Zbierke judikatúry*].

výrobky alebo služby súťažiteľov, t.j., vlastnou „šikovnosťou“ na relevantnom trhu (vid', v tomto zmysle, už citovaný rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 30. mája 2013, *Omnis Group/Komisia*, int. *Microsoft Corp.*, T-74/11, bod 61, a citovanú judikatúru).

Tiež treba zdôrazniť, že na rozdiel od (napríklad) americkej právnej úpravy sa článok 102 ZFEÚ týka len zakázaných konaní firiem, ktoré sa už nachádzajú v dominantnom postavení, t.j. nie firiem, ktoré ešte len získavajú dominanciu vďaka praktikám, obmedzujúcim hospodársku súťaž (tzv. „monopolizácia“ v zmysle amerického „antitrust“ práva) (vid', v tomto zmysle, „*EU Competition Law and Economics*“, D. Gerardin, A. Layne-Ferrar, N. Petit, Oxford University Press, 2012, str. 175, 4.01).

Je však tiež potrebné podčiarknuť, že pokiaľ si už dominantná firma posilňuje svoju pozíciu nedovolenými prostriedkami (ako napríklad využívaním svojej silnej finančnej situácie za účelom získania nových trhov poskytovaním tovarov alebo služieb „pod cenu“, t.j. s využitím tzv. „predátorských cien“, prípadne s cieľom úplného vytlačenia konkurentov z niektorých segmentov trhu), môže sa jednať o zneužívanie dominantného postavenia. V tomto zmysle treba pripomenúť, po prvé, že vyššie uvedený výpočet konaní, ktoré sú zakázaným zneužitím dominantného postavenia [vid' článok 102 ZFEÚ (pôvodný článok 82 ZES)], je len exemplifikatívny. Po druhé, za istých okolností môže byť zakázaným konaním aj skutočnosť, že si firma, ktorá sa už nachádza v dominantnom postavení, toto postavenie posilní spôsobom, ktorým *podstatne* naruší hospodársku súťaž. Po tretie, treba pripomenúť, že analýza zodpovednosti firiem, ktoré sa nachádzajú v dominantnom postavení, vychádza zo skutkového stavu toho ktorého konkrétneho konania, a teda zo skutočnosti, či predmetné konkrétne konanie môže mať za následok oslabenie hospodárskej súťaže. Inými slovami, môžu nastať situácie, v rámci ktorých konanie, ktoré nie je zakázané, pokiaľ ide o konanie bežných súťažiteľov, sa ukáže byť konaním naplňajúcim skutkové znaky zneužitia dominantného postavenia, pokiaľ pôjde o konanie firmy, nachádzajúcej sa v dominantnom postavení. Tu sa vychádza z toho, že analýza konania dominantnej firmy musí brať do úvahy skutočnosť, že pokiaľ má táto firma mimoriadne významnú časť relevantného trhu, tak koná z pozície sily, aspoň počas istého obdobia, a môže teda byť chápaná ako neprehliadnuteľný partner pre iné firmy⁶.

V podobnom zmysle uviedol Súdny dvor EÚ v relatívne nedávno vynesenom rozsudku **Tomra/Komisia** zo dňa 19. apríla 2012, C-549/10 P (ešte nepublikované v Zbierke rozhodnutí), v bode 17, že (v skratke) pojem zneužitia dominantného postavenia v zmysle článku 102 ZFEÚ je *objektívnym pojmom*, ktorý cieľ konania firmy nachádzajúcej sa v dominantnom postavení, ktoré bráni tomu, aby sa hospodárska súťaž na relevantnom trhu, kde je už oslabená práve z dôvodu dominancie predmetnej firmy, udržala aspoň v existujúcej miere, ako aj tomu (*a fortiori*) aby sa hospodárska súťaž rozvinula. Súdny dvor EÚ v tejto súvislosti ešte podčiarkol, že predmetné konania dominantnej firmy sú odlišné od tých konaní, ktoré možno chápať za bežné v rámci normálnej hospodárskej súťaže, t.j. pri súťaži na základe schopností jednotlivých ekonomických operátorov.

⁶ Vid', v tomto zmysle, napríklad rozhodnutie ESD z 16. marca 2000, *Compagnie maritime belge transports SA/Komisia*, vec C-395/96, Zbierka rozhodnutí 2000 I-01365, body 112 a ďalej, ako aj body 131 a ďalej.

Ďalej treba spomenúť, že vo výnimočných prípadoch môže dokonca nastať situácia, v rámci ktorej firma, ktorá je dominantná na jednom trhu, tzv. primárnom, môže byť sankcionovaná za zneužitie dominantného postavenia, hoci sa jej zakázaná aktivita odohrala na inom, tzv. sekundárnom trhu, na ktorom nie je dominantná. Takýto prípad však vyžaduje, aby boli naplnené presne predvídané podmienky.

V tomto zmysle je poučné vyššie uvedené rozhodnutie **Omnis group/Komisia**, v ktorom Všeobecný súd najsamprv konštatoval, že rozhodnutie Komisie bolo založené na tom, že Microsoft nemal dominantnú pozíciu na predmetnom relevantnom trhu aplikačných softwarov pre firmy (včítane softwaru pre integrovaný manažment), ako už bolo zhrnuté v poznámke pod čiarou č. 5 (viď tiež body 51 až 53 citovaného rozsudku). Všeobecný súd sa odvolal, v tomto zmysle, na informácie, ktoré mala Komisia k dispozícii, a síce na analýzu trhu tromi spoločnosťami z oblasti „*consulting*“, ktoré potvrdzovali nízky trhový podiel Microsoftu na relevantnom trhu, a ďalej na to, že na tomto trhu pôsobilo veľké množstvo firiem, pričom každá mala len malé trhové podiely, z čoho sa dalo vydedukovať, že existovali len slabé zábrany proti vstupu nových hráčov na relevantný trh, ktorý bol veľmi fragmentovaný.

Všeobecný súd následne analyzoval argument žalobcu, v zmysle ktorého Komisia pochybila, keď nemala za preukázané ani za pravdepodobné, že sa dominancia Microsoftu na primárnom trhu operačných systémov pre osobné počítače mohla negatívne prejaviť na sekundárnom relevantnom trhu aplikačných softwarov pre firmy, včítane softwaru pre integrovaný manažment. Žalobca sa odvolával, vo svojej argumentácii, na rozsudok Všeobecného súdu vo veci Microsoft/Komisia zo dňa 17 septembra 2007, T-201/04, Zbierka rozhodnutí s. II-3601 (ktorého podstata bola v krátkosti pripomenutá v poznámke pod čiarou č. 1) a mal za to, že vzhľadom na dominanciu Microsoftu na vyššie uvedenom primárnom trhu bolo bezpredmetné analyzovať, či bol dominantný aj na sekundárnom trhu, a teda, aký bol jeho podiel na tomto trhu, berúc do úvahy prepojenie medzi primárnym a sekundárnym trhom.

Všeobecný súd najprv konštatoval, čo sa týka dominantnej pozície Microsoftu na trhu operačných systémov pre osobné počítače, že tak, ako to vyplývalo z bodov 430 až 435 rozhodnutia Komisie C (2004) 900, z 24. marca 2004 (obsah uvedený v Ú.v. 2007, L 32, str. 23), ako aj z bodov 387, 980 a 1038 rozhodnutia Súdu prvého stupňa v predmetnej veci (T-201/04), toto dominantné postavenie bolo preukázané.

Súd ale pokračoval konštatovaním, že na rozdiel od toho, čo uvádza žalobca, existencia vyššie uvedeného dominantného postavenia Microsoftu nie je (sama osebe) dostatočným dôvodom na to, aby bola Komisia povinná začať formálne vyšetrovanie aj v predmetnom spore, týkajúcom sa sekundárneho trhu aplikačných softwarov pre firmy, včítane softwaru pre integrovaný manažment.

V tomto kontexte Súd najsamprv odkázal na konštantnú judikatúru, v zmysle ktorej môže byť, za istých okolností, článok 102 ZFEÚ aplikovaný aj na konanie firmy, ktorá má dominantné postavenie na trhu odlišnom od toho, kde ku predmetnému konaniu došlo (viď, v tomto zmysle, rozsudok Súdneho dvora EÚ z 14. novembra 1996, Tetra Pak/Komisia, C-333/94 P, Zbierka rozhodnutí s. I-5951, bod 25). Teda, pokiaľ ide o trhy síce rozdielne, ale prepojené, osobitné okolnosti môžu zdôvodňovať aplikáciu článku 102 ZFEÚ na konania na prepojenom trhu, kde firma nemá dominanciu, a ktoré majú účinky na predmetnom sekundárnom trhu (rozsudok

Tetra Pak/Komisia, citovaný vyššie, bod 27 ; vid' tiež rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 17. februára 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, Zbierka rozhodnutí s. I-527, body 84 až 86). Takéto okolnosti môžu jestvovať (napríklad), pokiaľ konania vertikálne integrovanej firmy, ktorá je v dominantnom postavení na trhu primárnom, spočívajú v snahe vytlačiť zo sekundárneho trhu konkurentov, ktorí sú aspoň rovnako schopní, ako dominantná firma. Totiž, také konania majú za možný následok, najmä vzhľadom na silné prepojenie medzi predmetnými trhmi, oslabenie konkurencie na sekundárnom trhu (rozsudok TeliaSonera Sverige, bod 87).

Pri aplikovaní vyššie uvedenej judikatúry na predmetný spor Omnis group/Komisia ale Všeobecný súd konštatoval, že v tejto veci žalobca naopak nepreukázal, že takéto okolnosti existovali ohľadom sekundárneho trhu aplikačných softwarov pre firmy, včítane softwaru pre integrovaný manažment. Podľa súdu nestačí jednoducho odkázať na rozsudok Microsoft/Komisia z roku 2007, v ktorom sa situácia líšila tým, že kvázi monopolistické postavenie Microsoftu na trhu operačných systémov pre osobné počítače mu umožňovalo mať vplyv na trhu operačných systémov pre skupinové servery, pričom práve silná dominancia na prvotnom trhu bola základom pre zneužívajúce konanie na sekundárnom trhu, ktorý bol technologicky prepojeným trhom. Naopak, vo veci Omnis group/Komisia, týkajúcej sa aplikačných softwarov, nebolo podľa Všeobecného súdu konkrétne preukázané, v čom mali spočívať obchodné a technologické vzťahy medzi oboma trhmi. Súd vyhodnotil argumenty žalobcu, ktoré takéto prepojenie mali preukázať, ako nedostatočné, lebo z nich nevyplývalo v čom mala byť pozícia Microsoftu posilnená v sektore aplikačných softwarov. Súd tiež nesúhlasil s tým, že by protiprávne konanie Microsoftu na sekundárnom trhu mohlo byť vyhodnotené ako „*notoricky známe*“, a teda potvrdil, že Komisia mohla uzavrieť vyšetrowanie bez otvorenia formálnej fázy skúmania, vychádzajúc z nízkej pravdepodobnosti preukázania zneužívania dominantného postavenia firmou Microsoft, ktoré by malo vplyv na trh v EÚ, osobitne vzhľadom na jej slabý podiel na relevantnom sekundárnom trhu. Všeobecný súd v tomto kontexte zdôraznil, že sťažovateľ nemá právo žiadať od Komisie, aby vždy vydala definitívne rozhodnutie o existencii alebo neexistencii ním napadnutého konania, vzhľadom na skutočnosť, že právna úprava nevyžaduje od Komisie za každých okolností viesť konanie až do štádia záverečného rozhodnutia, ale umožňuje jej, za istých okolností, vyšetrowacie konanie pozastaviť. Predmetné princípy, ktoré Komisia musí vziať do úvahy pri svojom rozhodovaní, sú uvedené v bodoch 42 až 50 rozsudku.

V krátkosti možno zhrnúť, že Komisia, ktorá má právomoc, podľa článku 105, odsek 1, ZFEÚ (pôvodný článok 85 Zmluvy ES), zabezpečiť uplatňovanie zásad uvedených v článkoch 101 a 102 ZFEÚ, definuje orientáciu politik hospodárskej súťaže v EÚ. Za účelom účinného plnenia svojej roly v tejto oblasti môže Komisia určovať rozličný stupeň priority sťažnostiam, ktoré sú jej doručené, a má v tejto oblasti istú mieru voľnej úvahy (tzv. „*pouvoir discrétionnaire*“). Môže sa, mimo iného, odvolať na záujem Únie pri určení takejto priority. Jej (istá) voľná úvaha je však ohraničená tým, že musí vždy dôkladne zanalyzovať všetky skutkové a právne okolnosti prípadu, na ktorý ju upozornia sťažovatelia. V rámci svojej analýzy musí ďalej zvážiť, aký je význam napadnutého konania na fungovanie trhu EÚ, aká je pravdepodobnosť preukázania existencie predmetného konania, ako aj, aký rozsah vyšetrowania by bol potrebný za účelom naplnenia právomoci zabezpečiť

uplatňovanie zásad uvedených v článkoch 101 a 102 ZFEÚ. Vzhľadom na skutočnosť, že každý prípad je osobitý, nemožno určiť ani ohraničiť kritériá, na základe ktorých sa Komisia bude rozhodovať. V prípade, ak sa Komisia rozhodne nepokračovať vo vyšetrovaní sťažnosti, musí detailne odôvodniť svoje rozhodnutie. Na záver treba uviesť, že pokiaľ je takého rozhodnutie Komisie nepokračovať vo vyšetrovaní napadnuté na Všeobecnom súde, tak tento súd nemôže nahradiť svojim voľným posúdením posúdenie Komisie, čo sa týka záujmu Únie na pokračovaní vyšetrovania, ale musí (len) verifikovať, či sa napadnuté rozhodnutie Komisie nezakladá na nesprávne určenom skutkovom stave (t.j. na nesprávne zistených skutkových okolnostiach), či Komisia neurobila chybu v posudzovaní aplikovateľnej právnej normy, či Komisia neurobila zjavnú chybu v posúdení (tzv. „*erreur manifeste d'appréciation*“) a či nezneužila svoju právomoc.

Toto nás privádza k otázke ďalšej procesnej úpravy konania Komisie pri analýze situácií zneužívania dominantného postavenia, ako aj k niektorým iným zaujímavým teoretickým otázkam v predmetnej oblasti.

Článok 103 ZFEÚ (pôvodný článok 83 ZES) znie takto :

*"1. Na návrh Komisie a po porade s Európskym parlamentom Rada vydá príslušné nariadenia alebo smernice na vykonávanie zásad stanovených v článkoch 101 a 102.
2. Nariadenia alebo smernice uvedené v odseku 1 sa prijímajú najmä so zámerom:
a) zaručiť dodržiavanie zákazov uvedených v článku 101 ods. 1 a článku 102 stanovením pokút a opakovaného ukladania pokút
b) stanoviť podrobné pravidlá uplatňovania článku 101 ods. 3 s prihliadnutím na nevyhnutnosť zabezpečiť účinný dozor pri čo najjednoduchšej správnej kontrole;
c) ak je to potrebné, vymedziť rozsah uplatňovania ustanovení článkov 101 a 102 v jednotlivých hospodárskych odvetviach;
d) vymedziť príslušné úlohy Komisie a Súdneho dvora Európskej únie pri uplatňovaní ustanovení uvedených v tomto odseku;
e) vymedziť vzťah medzi vnútroštátnymi zákonmi a ustanoveniami tohto oddielu alebo prijatými podľa tohto článku. "*

Vzhľadom na skutočnosť, že ZFEÚ upravuje len v krátkosti niektoré aspekty zneužitia dominantného postavenia, existuje v tejto oblasti celý rad vykonávacích nariadení Rady, ako aj Komisie.

Osobitne treba spomenúť nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy o založení ES (Ú. v. EÚ L 1, 4.1.2003, s. 205) [dnes sa jedná o články 101 a 102 ZFEÚ], ako aj, v kontexte nášho článku, procesné nariadenie Komisie (ES) č. 773/2004 zo 7. apríla 2004, ktoré sa týka vedenia konania Komisiou podľa článkov 81 a 82 Zmluvy o založení ES (Ú. v. EÚ L 123, 27.4.2004, s. 18).

Berúc do úvahy len limitovaný rozsah nášho článku, upozorníme iba na niektoré zo zaujímavých otázok, ktoré sa môžu vyskytnúť v oblasti procesnej pôsobnosti Komisie pri preverovaní situácie na trhu z hľadiska existencie (alebo absencie) situácií zneužitia dominantného postavenia.

Právomoc Komisie v oblasti vyšetrovania je osobitne upravená v **Kapitole V nariadenia č. 1/2003**.

Ako vyplýva z článkov 17 až 22 predmetného nariadenia, Komisia môže v tomto kontexte vykonať šetrenie v určitom odvetví hospodárstva alebo o určitom druhu dohôd v rôznych odvetviach. V priebehu vyšetrovania môže Komisia požiadať príslušné podniky alebo združenia podnikov o informácie potrebné na uplatňovanie článkov 81 a 82 Zmluvy ES (dnes 101 a 102 ZFEÚ) a môže vykonať za týmto účelom akúkoľvek inšpekciu (**článok 17**). Komisia môže najmä jednoduchou žiadosťou alebo rozhodnutím požiadať podniky a združenia podnikov o poskytnutie všetkých nevyhnutných informácií (**článok 18**), môže klásť otázky každej fyzickej alebo právnickej osobe, ktorá s tým súhlasí, s cieľom získať informácie týkajúce sa predmetu vyšetrovania (**článok 19**) a môže vykonávať všetky nevyhnutné inšpekcie podnikov a združení podnikov (**článok 20**).

Čo sa tejto poslednej kompetencie týka, nasledujúci článok nariadenia č. 1/2003 (**článok 21**) dokonca upravuje výrazný zásah do práv (riadiacich) pracovníkov preskúvaných firiem, keďže predvída, že – citujem – "*ak existuje dôvodné podozrenie, že obchodné knihy a iné záznamy týkajúce sa predmetu inšpekcie, ktoré môžu mať význam ako dôkaz vážneho porušenia článku 81 alebo článku 82 Zmluvy, sú uložené v iných priestoroch, pozemkoch a dopravných prostriedkoch, vrátane obydlií riaditeľov, manažérov a iných pracovníkov príslušného podniku a združení podnikov, Komisia môže rozhodnutím nariadiť, aby sa inšpekcia vykonala v takýchto priestoroch, pozemkoch a dopravných prostriedkoch.*"

Článok 22 predmetného nariadenia ešte upravuje, mimo iného, že Komisia môže požiadať o pomoc pri inšpekcii aj orgány hospodárskej súťaže členských štátov. Úradníci orgánov hospodárskej súťaže členských štátov, ktorí sú zodpovední za vykonávanie týchto inšpekcií, ako aj osoby nimi oprávnené alebo menované, vykonávajú svoje právomoci v súlade s ich vnútroštátnym právom.

Berúc do úvahy význam právomocí Komisie v predmetnej oblasti pri preskúvaní existencie alebo absencie konaní, ktoré možno pokladať za zneužívajúce dominantné postavenie na trhu, nemôže byť prekvapením skutočnosť, že sa v doktríne už relatívne dlhodobo analyzuje, na jednej strane, aký je teritoriálny rozsah predmetných právomocí Komisie a na strane druhej, v niektorých konkrétnych situáciách, ako má táto inštitúcia postupovať a akú mieru formálnosti zachovať. Tieto posledné otázky sa javia ako zaujímavé napríklad pri vypočúvaní osôb v rámci kompetencie Komisie upravenej vo vyššie uvedenom **článku 19** nariadenia č. 1/2003, ktorý jej umožňuje klásť otázky každej fyzickej alebo právnickej osobe, ktorá s tým súhlasí, s cieľom získať informácie týkajúce sa predmetu vyšetrovania. Rovnako stoja za zmienku v situáciách, kde Komisiu požiada samotná vyšetrovaná firma o vyžiadanie ďalších (často objemných) dokumentov alebo informácií, ktoré sú podľa nej nevyhnutné pre vyriešenie jej prípadu Komisiou. Toto je osobitne zaujímavá otázka, pokiaľ ide o vyžiadanie dokumentov a informácií od súdov alebo od úradov kompetentných v oblasti hospodárskej súťaže, ktoré sa nachádzajú v štátoch mimo EÚ.

Čo sa týka prvej otázky, je potrebné najprv pripomenúť, že tak analýza tovarového relevantného trhu, ako aj analýza relevantného územia sú dôležitou súčasťou rozboru existencie alebo absencie konania, ktoré možno označiť za zneužitie dominantného postavenia.

Po prvé, už samotné určenie tovarového relevantného trhu môže mať vplyv na výsledok šetrenia. Je to tým, že pokiaľ sa relevantný trh určí príliš široko, tak aj firma, ktorá je v skutočnosti dominantná v sektore (pokiaľ teda by bol sektor, čo do produktov, správne vymedzený), sa môže oslobodiť. Môže ísť napríklad o situáciu, keď preukáže, že jej pozícia nie je dominantnou na predmetnom trhu alebo ak zdôvodní, že predvídateľné účinky jej konania nie sú osobitne nebezpečné. Inými slovami, takáto situácia nastane, pokiaľ firma preukáže, vďaka nesprávne definovanému relevantnému trhu, že jej konanie nemá významnejší negatívny dopad na tento trh, napríklad z dôvodu ľahšieho vstupu nových hráčov na "širší" trh alebo z dôvodu väčšej fragmentácie tohto trhu. Toto platí *mutatis mutandis* tiež pokiaľ sa relevantný produktový trh určí, naopak, príliš úzko, čo môže mať za následok, že bude sankcionovaná firma, ktorá by v prípade správne určeného tovarového trhu nebola vôbec pokladaná za dominantnú⁷.

Po druhé, čo sa týka relevantného územia, je samozrejmé, že jeho definícia môže mať rovnako vplyv na analýzu preskúmaného konania, ako aj na výšku prípadnej sankcie. Táto sankcia totiž môže závisieť mimo iného od toho, aká bola závažnosť preskúmaného konania na skúmanom území, či sa jednalo o viacero konaní v rámci predmetného územia, ktoré sledovali jeden a ten istý cieľ (napr. vytlačenie rovnako kompetitívneho súťažiteľa z trhu), aký objem produktov alebo aký rozsah služieb bol ovplyvnený na predmetnom trhu zakázaným konaním dominantnej firmy, a podobne.

Čo by sme ale chceli podčiarknuť v tomto článku je skôr otázka definovania územia, v ktorom je narušená hospodárska súťaž zakázaným konaním dominantnej firmy, za účelom analýzy existencie alebo absencie kompetencie Komisie pre preskúmavanie predmetného konania.

Rozsah eventuálnej aplikácie európskeho práva pri zneužívaní dominantného postavenia alebo, inými slovami, jeho dosah *Ratione loci* je dlhodobo diskutovanou otázkou v teórii. K tejto otázke tiež vo viacerých rozsudkoch z oblasti hospodárskej súťaže zaujal stanovisko Súdny dvor EÚ a Všeobecný súd EÚ.

Na začiatok uvedieme, že do vyšetrovacej a sankčnej právomoci Komisie pri ochrane hospodárskej súťaže jasne spadajú situácie, kde firmy konali zakázaným spôsobom na území EÚ⁸, prípadne kde dohodli zakázané konanie v rámci EÚ a kde **zároveň** aj účinok ich konania spočíval na obmedzení súťaže na trhu EÚ.

Problematickejšou sa na prvý pohľad javí situácia, pokiaľ buď (i) konanie firmy (firiem), ktoré bolo protisúťažné, nastalo (alebo bolo dohodnuté) mimo EÚ a malo len predpokladateľné účinky na území EÚ ; alebo (ii) predmetné konanie len

⁷ Ako príklad toho, ako sa niekedy môže javiť zložitá správne určiť a vyhodnotiť relevantný produktový trh, možno uviesť rozhodnutie Komisie zo dňa 26. októbra 2004, **vo veci COMP/M.3216 – Oracle/PeopleSoft**, na ktoré odkazuje aj Všeobecný súd vo vyššie uvedenom rozsudku **Omnis group/Komisia**, v bodoch 57 a ďalej. V tomto kontexte sa kladla najmä otázka ohľadom delení istých produktových trhov na menšie segmenty (išlo o oblasť aplikačných softwarov, softwaru pre finančný manažment, softwaru v oblasti manažovania ľudských zdrojov, a o možnosť prijatia analogických riešení vo vyššie uvedených prípadoch), ako aj otázka definície veľkosti relevantného trhu, vzhľadom na absenciu tak verejne dostupných sektorových analýz trhu, ako aj akýchkoľvek informácií od strán v spore, z ktorých by sa dali predmetné údaje vydedukovať.

⁸ Nie je predmetom tohto článku poukázať na niektoré osobitosti vo vzťahu k EHP.

cielilo územie EÚ a to bez toho, aby bol skutočný účinok konania na tomto trhu potvrdený ; prípadne (iii) išlo o konanie firmami dohodnuté na území EÚ, ale bez vplyvu na tento trh (t.j. o konanie zamerané na nečlenské krajiny mimo EÚ).

V tomto ohľade možno najprv spomenúť, že v zmysle rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci **Javico/Komisia** zo dňa 28. apríla 1998, C-306/96 (Zbierka rozhodnutí s. I-01983), body 12 a ďalej⁹, pokiaľ ide o analýzu, či bol pôvodný článok 85, neskôr 81 ZES (dnes článok 101 ZFEÚ) aplikovateľný na predmetné konania, bolo treba posúdiť, či tieto konania mali za *cieľ* alebo za *následok citel'né* narušenie hospodárskej súťaže v rámci EÚ a či boli schopné ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi.

Podľa Súdneho dvora EÚ teda vyššie uvedené kritériá môžu byť splnené, aj pokiaľ *cieľom* predmetných konaní *nebolo* narušenie hospodárskej súťaže v rámci EÚ alebo ovplyvnenie obchodu medzi členskými štátmi, napríklad, ak sa *cieľ* konania situoval mimo EÚ. Prináleží totiž súdom overiť, či vyššie uvedené *účinky* mohli nastať, čo si vyžaduje analýzu ekonomického aj právneho kontextu predmetných konaní (viď body 18 a ďalej citovaného rozhodnutia). Bez toho, aby sme zašli ďalej do podrobností, stačí uviesť, že predmetné analýzy môžu zahŕňať vyhodnotenie štruktúry európskeho trhu, porovnanie cien predmetných výrobkov predávaných v EÚ s cenou na trhoch, ktoré boli priamo cieľené preskúmaným konaním, vyhodnotenie objemov dodávok predmetných tovarov v rámci EÚ a mimo daného rámca, ako aj analýzu cla pre predmetné tovary a dopravných nákladov. V podstate však možno z rozsudku vydedukovať, že od chvíle, ako isté konanie, ktoré cieľilo primárne trh mimo EÚ alebo ku ktorému došlo na mimoeurópskych trhoch, má reálne predvídateľný a nie zanedbateľný negatívny ekonomický efekt aj na hospodársku súťaž v rámci EÚ (včítane možného ovplyvňovania obchodu medzi členskými štátmi), môže predmetné konanie spadať do pôsobnosti Komisie, konajúcej v rámci ochrany hospodárskej súťaže.

Ďalej treba spomenúť dva ďalšie rozsudky Súdneho dvora EÚ a Súdu prvého stupňa EÚ, ktoré vychádzajú z princípu teritoriality (i) a účinkov predmetného konania (ii).

Prvý vyššie uvedený prístup sa spája najmä s rozsudkom Súdneho dvora EÚ zo dňa 27. septembra 1988, vo veci **Ahlström/Komisia**, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 a 125/85 až 129/85 (Zbierka rozhodnutí s. 5193). V bode 16 predmetného rozsudku ESD konštatoval, že treba rozlíšiť medzi dvoma časťami konania (išlo o zakázané dohody medzi podnikateľmi) a síce medzi, na jednej strane, prijatím (vytvorením) dohody a, na strane druhej, jej skutočným uvedením do praxe. ESD ďalej konštatoval, že pri analýze kompetencie Komisie vyšetrovať a sankcionovať predmetné konanie je rozhodujúce druhé kritérium, t.j. otázka, kde bola dohoda skutočne uvedená do praxe. V opačnom prípade by sa totiž firmy vedeli zjavne veľmi jednoducho vyhnúť zákazu, ktorý predvída Zmluva ES (dnes ZFEÚ)¹⁰.

9 Rozsudok sa týkal systému selektívnej distribúcie luxusných produktov z oblasti kozmetiky a delenia trhov mimo EÚ. V tomto článku, ktorý pojednáva o zneužití dominantného postavenia, sa naň teda odvolávame z dôvodu zaujímavých analógií. Rovnako tomu bude pre dva ďalšie citované rozsudky Súdneho dvora EÚ a Všeobecného súdu EÚ, **Ahlström/Komisia** a **Gencor/Komisia**.

¹⁰ Jedná sa, v tomto prípade, o pôvodný článok 85, neskôr 81 ZES (dnes článok 101 ZFEÚ)

Druhý vyššie uvedený prístup sa spája s rozsudkom Súdu prvého stupňa EÚ (dnes Všeobecného súdu EÚ) zo dňa 25. marca 1999, **Gencor/Komisia**, T-102/96 (Zbierka rozhodnutí s. II-753), v rámci ktorého súd v bode 90 uviedol, že pokiaľ možno predpokladať, že predvídaná fúzia (koncentrácia) bude mať priamy a významný dopad na hospodársku súťaž v EÚ (t.j. na trh v Únii), tak existuje právny základ pre aplikáciu nariadenia Rady č. 4064/89, zo dňa 21. decembra 1989 (Ú.v. L 395, str. 1, opravná publikácia v Ú. v. 1990, L 257, str. 13).

Naopak, ako už bolo vyššie naznačené, môže tiež nastať situácia, keď konanie, síce dohodnuté medzi firmami na území EÚ, nebude mať vplyv na hospodársku súťaž v rámci Únie, a teda nebude spadať pod kompetenciu Komisie v oblasti dohľadu nad hospodárskou súťažou [viď, v tomto zmysle, napríklad rozhodnutie Európskej Komisie zo dňa 6. novembra 1968 vo veci **Rieckermann/Komisia**, 68/376/CEE, týkajúce sa aplikácie článku 85 ZES (IV/23077 - *Rieckermann / AEG-Elotherm*), bod 3 (Ú.v. 1968 L 276 s. 25)].

Treba podotknúť, že hoci sa posledné vyššie citované rozsudky Súdneho dvora EÚ a Všeobecného súdu EÚ, ako aj rozhodnutia Komisie, môžu javiť ako relatívne staršieho dátumu, predmetné otázky sú stále výsostne aktuálne a často sa objavujú v mnohých prebiehajúcich sporoch.

Ako príklad možno spomenúť situáciu, kde sa kladie otázka ohľadom kompetencie Komisie v spore, v rámci ktorého sa isté podnikateľské subjekty dohodnú (za odplatu) na pozastavení vývoja produktu, ktorý je blízko fázy definitívneho zhotovenia, t.j. takmer vo fáze komercializácie. Pokiaľ sa dohoda o pozastavení podpíše (alebo pokiaľ sa neformálne stretnutie za týmto účelom koná) v Ázii, v Amerike či v Austrálii a pokiaľ sa dohoda týka najmä (prvotne) domovského trhu, možno predpokladať jej vplyv na hospodársku súťaž v EÚ? Ak áno, na akých dôkazoch musí Komisia postaviť svoje konštatovanie o takomto vplyve?

Pokiaľ sme vyššie uvedeným otvorili otázku "*existencie*" kompetencie Komisie v tom ktorom prípade, tiež sme vyššie naznačili, že ďalšou často diskutovanou otázkou v doktríne alebo v praxi je "*spôsob výkonu*" takejto vyšetrovacej a sankčnej kompetencie.

Diskutovanou otázkou napríklad ostáva, do akej miery môže Komisia nútiť, priamo či nepriamo, firmy nachádzajúce sa mimo EÚ, aby jej poskytli informácie o konaniach alebo o konkurentoch, ktorí sa nachádzajú alebo pôsobia v rámci teritória EÚ (viď, napríklad, Goldman B., « *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence* », Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1969, iii, 631 a 714, ako aj, od rovnakého autora, « *Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence* », Revue du Marché Commun, 1972, s. 619 ; tiež V. Michel, « *Recherches sur les compétences de la communauté* », 2003, s. 145).

V tejto súvislosti sa môžu vyskytnúť najmä dve nasledovné situácie :

- (1) tzv. "*down raid*", pri ktorých ide Komisia formálne preskúmať dokumenty priamo do firiem, a kde nie je v doktríne veľmi diskutované stanovisko, že tak môže urobiť mimo územia EÚ len v prípade existencie medzinárodnej zmluvy o spolupráci v predmetnom odvetví (viď, napríklad, už citované dielo "*EU Competition Law and Economics*", s. 53, pod 1.174 ; ohľadom aktuálnych otázok pri "*down raid*" v rámci EÚ viď tiež, napríklad,

"Down raids of the European Commission: limits to document seizure", S. Rating, Y. Martínez Mata, ERA FORUM, Journal of the Academy of European Law, jún 2013, č.14/1, s. 9 ; ohľadom "down raid" z hľadiska Charty základných práv Európskej únie, vid' tiež, pri rovnakej referencii, s. 1, "*Competition proceedings and fundamental rights: another piece of the puzzle*", M. Luisa Stasi) ;

- (2) Komisia formálne zašle "*informatívny dotazník*", t.j. formulár, na ktorý majú predmetné firmy odpovedať ; v tomto prípade síce nič nebráni Komisii žiadať o informácie alebo o relevantné dokumenty, problémom ale ostáva, ako donútiť súťažiteľov vyšetrovanej firmy, ktorí sa nachádzajú mimo územia EÚ, na dotazník odpovedať a poskytnúť žiadanú dokumentáciu¹¹.

Tiež možno ešte spomenúť – bez toho, aby sme sa, vzhľadom na rozsah tohto článku, dostali k detailnej analýze tohto problému – že otázka sa môže klásť, akým spôsobom Komisia vypočúva súťažiteľov vyšetrovaných firiem, t.j., v zmysle článku 19 nariadenia č. 1/2003, čítaného aj s odkazom na článok 3, odseky 1 až 3, nariadenia č. 773/2004, aký postup *môže*, prípadne *musí* Komisia zvoliť pri získavaní informácií o relevantnom trhu a o vyšetrovanej firme (najmä čo do stupňa formality interview)? V podobnom zmysle je zaujímavou otázkou (už vyššie spomenutou) *do akej miery* je Komisia *viazaná* vyžiadať dokumenty a informácie od súdov a úradov, ktoré sa nenachádzajú v členských štátoch EÚ, pokiaľ ju o to vyšetrovaná firma požiada?

Rovnako je potrebné uviesť, za účelom ďalšieho rozmyšľania v predmetnej oblasti, že európske právo proti zneužívaniu dominantného postavenia je skutočne živým právom, a to aj čo sa týka samotného jeho základu, t.j., ohľadom definovania pojmu „*zneužívanie*“. Podľa časti doktríny možno dokonca povedať, že ide o jednu z najmenej stabilných súčastí práva hospodárskej súťaže v rámci EÚ¹². Vieme, pravda, že dve základné teórie sledujú, na jednej strane, *štruktúrálnu ochranu trhu*, t.j., snažia sa vyhnúť tomu, aby dominantné firmy pôsobili na koncentrovaných trhoch v rámci ktorých je chronický nedostatok konkurencie a, na strane druhej, *spôsob konania dominantných firiem*, t.j., majú za cieľ, aby firmy v dominantnom postavení nemohli konať spôsobom, na ktorý by ostatné – nedominantné – firmy nevedeli odpovedať v rámci slobodnej súťaže. Avšak, hoci vyplýva z uvedených princípov a z judikatúry, že firmy v dominantnom postavení majú špecifickú

¹¹ Situácia sa javí jednoduchšia zoči-voči spoločnostiam, ktoré majú na území EÚ pobočku či aktíva a voči ktorým teda Komisia môže vymôcť splnenie si informatívnych a iných povinností, včítane povinnosti nekonať, v zahraničí, v rozpore s normami EÚ upravujúcimi oblasť hospodárskej súťaže. Ak, na jednej strane, možno pri dnešnej globalizácii konštatovať, že mnohé veľké firmy, ktorých sa môže prípadne týkať vyšetovanie prípadného zneužitia dominantného postavenia, t.j., ktoré môžu byť kontaktované Komisiou, sú prítomné v takej či onakej forme v Európe (čo uľahčuje výkon právomocí Komisie), na strane druhej treba pripomenúť, vzhľadom na digitalizáciu ekonomík a na predaj tovaru či poskytovanie služieb cez internet, že je pravdepodobné, že Komisia bude čoraz častejšie v situácii, kde budú firmy poskytovať napríklad služby pre európskych klientov bez toho, že by sa tu priamo nachádzali (prípadne budú ich aktíva v rámci EÚ len málo významné) [v podobnom zmysle "*EU Competition Law and Economics*", s. 54, pod 1.176].

¹² Vid', napríklad, Nicolas Petit, „Droit européen de la Concurrence“, Montchrestien, Domat droit privé, 2013, str. 305, pod 835

zodpovednosť nenarušať svojim konaním hospodársku súťaž¹³ – čo zahŕňa, ako sme už spomenuli začiatkom tohto článku, aj skutočnosť, že konania, ktoré sa môžu javiť ako povolené, pokiaľ ide o konanie nedominantnej firmy, budú pokladané za zakázané, pokiaľ pôjde o konanie firmy s dominantnou pozíciou na trhu¹⁴ – otázkou ostáva správne definovať, o aké konkrétne zakázané konania vlastne v právnej úprave ide.

Konania firiem v dominantnom postavení možno totiž rozdeliť na tie, pri ktorých je nevyhnutné analyzovať ich potencionálny vplyv na relevantný trh, najmä teda čo do ekonomických konzekvencií predmetného konania a na tie, kde sa negatívny efekt vždy predpokladá, hoc je teoreticky možné následne preukázať, že konanie mohlo mať v skutočnosti pozitívny alebo neutrálny efekt na relevantný trh a pre spotrebiteľov.

Ako príklad takýchto „*per se*“ zakázaných konaní (t.j. konaní, ktoré sú zakázané „*ako také*“) možno uviesť niektoré „*vernostné*“ rabaty, teda zľavy, ktoré dominantná firma poskytne odberateľom alebo iným klientom za podmienky, že sa budú výhradne, alebo takmer výhradne, zásobovať práve u nej a nie u konkurentov¹⁵. Doktrínálna pozícia nie je dnes jednoliata čo sa týka správnosti tohto prístupu, ktorý umožňuje pokutovať dominantné firmy za predmetné konania dokonca aj bez preukázania konkrétnych (čo i len potencionálnych) ekonomických efektov na predmetný trh, vychádzajúc z predpokladaného negatívneho účinku konania ako takého (v tomto bode predmetné konania v niečom pripomínajú ohrozovacie delikty v zmysle slovenského práva). Predmetný zákaz istých konaní „*per se*“ (t.j. „*ako takých*“) vychádza v podstate z myšlienky, že v situácii trhu, ktorého štruktúra je už výrazne oslabená z dôvodu prítomnosti dominantnej firmy, každé takéto ďalšie reštriktívne konanie predmetnej firmy bude mať potencionálne výrazne negatívny efekt na predmetný trh a teda môže byť priamo pokladané za zneužitie jej dominantného postavenia¹⁶. V zmysle citovaných judikátov, vzhľadom na už oslabenú štruktúru trhu treba zabrániť jeho ďalšiemu oslabovaniu, ktoré by nastalo pokiaľ by dominantná firma použila súťažné prostriedky, ktoré nemôžu byť chápané ako prostriedky bežnej konkurencie v oblasti predaja produktov alebo poskytovania služieb¹⁷.

Je zaujímavé podotknúť, že hoci predmetné princípy boli zakotvené už v judikátoch zo 70tych rokov minulého storočia, tieto sú naďalej citované aj v aktuálnych judikátoch Súdneho dvora, včítane rozsudkov z minulého roku¹⁸. Možno teda uviesť, že napriek ostrej kritike časti doktríny voči predmetnému

¹³ Vid', napríklad, rozsudok Súdneho dvora z 9 november 1983, C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Komisia, bod 57

¹⁴ Vid', napríklad, vyššie citovaný rozsudok Michelin/Komisia, ako aj rozsudok Všeobecného súdu z 30. septembra 2003, Atlantic Container Lines/Komisia, T-191/98, T-212/98 a T-214/98 bod 1460

¹⁵ Vid', napríklad, rozsudok Súdneho dvora Michelin/Komisia, ale aj rozsudok Súdneho dvora z 13. februára 1979, Hoffman-La-Roche/Komisia, C-85/76, bod 123 a 134

¹⁶ Túto myšlienku nájdeme v trochu modifikovanej podobe už v citovanom rozsudku Hoffman-La-Roche, bod 123

¹⁷ Citované rozhodnutie Hoffman-La-Roche/Komisia, bod 91

¹⁸ Vid', napríklad, už citovaný rozsudok Tomra/Komisia, zo dňa 19. apríla 2012, C-549/10 P, body 70 a ďalej

princípu predpokladajúcemu existenciu konaní, ktoré sú zakázané „ako také“, Súdny dvor nevyužil priestor, ktorý mu bol v niektorých aktuálnych konaniach poskytnutý (napríklad práve v otázke vernostných rabatov) a neodklonil sa výslovne od zabehanej teórie ani od konštantnej judikatúry v tejto otázke.

Je to o to viac povšimnutiahodné, že samotná Komisia sa v niektorých prípadoch pokúsila, berúc do úvahy doktrínálnu kritiku¹⁹, podrobnejšie analyzovať potencionálne efekty takých praktík. Neváhala pri tom použiť – aspoň subsidiárne – konkrétne ekonomické testy, ktorých cieľom bolo preukázať, či použitie rabatov viazaných na výhradné alebo takmer výhradné dodávky tovaru mohlo skutočne viesť, aspoň potencionálne, k vytlačeniu rovnako schopných konkurentov dominantnej firmy z relevantného trhu²⁰. Rovnako niektoré ďalšie dokumenty Komisie, aj všeobecnejšej povahy, naznačujú, že táto inštitúcia rozmýšľa v širšom rámci o koncepčnom podčiarknutí potreby ekonomických analýz účinkov konkrétnych konaní dominantných spoločností na relevantný trh, čo by stálo v protiklade s čisto formálnou „per se“ analýzou takýchto konaní.²¹ Ostáva teda otvorenou otázkou, ako sa predmetný stret teórií a judikatúr vyvinie v budúcnosti.

Záver

Na záver tohto článku, ktorého cieľom bolo naznačiť niektoré zaujímavé otázky z oblasti dozoru nad hospodárskou súťažou, osobitne v oblasti bránenia zneužívaniu dominantného postavenia firiem, by sme radi uviedli, že v doktríne sa často diskutuje aj o potrebe zabrániť tomu, aby boli globalizované firmy viac ráz pokutované za jedno a to isté konanie [vo viacerých štátoch, alebo štátom (napr. USA) a EÚ].

Rovnako existuje snaha vyhnúť sa rozdielnym vyhodnoteniam jedného a toho istého konania v oblasti hospodárskej súťaže rozličnými kompetentnými úradmi. Jednou z možností, ako zabrániť takým situáciám, je aj uzatváranie bilaterálnych dohôd o spolupráci v oblasti hospodárskej súťaže²².

¹⁹ Vid', v tomto zmysle, napríklad, „*EU Competition Law and Economics*“, D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, Oxford University Press, 2012, str. 208, 4.137 a ďalej

²⁰ Vid' už citované rozhodnutie Komisie vo veci Intel - *Rozhodnutie Európskej Komisie K (2009) 3726 v konečnom znení z 13. mája 2009 týkajúce sa konania podľa článku 82 Zmluvy ES a článku 54 Dohody o EHP (vec COMP/C-3/37.990 – Intel)*

²¹ Vid' napr. „*Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*“; december 2008, Ú.v. C 45, 2009. Tiež 2005, „*Discussion Paper*“, EK, ohľadom ekonomických analýz vplyvu na trh, najmä pri rabatoch a pri určovaní nižších cien výrobkov alebo služieb (ako odlišného konania od horizontálnej úpravy cien dohodou medzi podnikateľmi)

²² Príkladom sú dohody medzi USA a EÚ ohľadom aplikácie práva hospodárskej súťaže [*Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws* (Ú.v. L 95, 27.4.1995, s. 47-52) (1995)]; v podobnom zmysle, vid' tiež *Rozhodnutie Rady a Komisie z 29. mája 1998 týkajúce sa uzavretia Dohody medzi Európskymi spoločenstvami a vládou Spojených štátov amerických o uplatňovaní zásad dobrých mravov pri vynucovaní ich pravidiel voľnej súťaže* (Ú. v. ES L 173, 18.6.1998, s. 26 – 27) (1998)

Tak ako každá oblasť práva, aj právo hospodárskej súťaže podlieha pravidelne zmenám, ktorými sa reaguje na aktuálny spoločenský vývoj. V čase písania tohto článku sa, napríklad, čoraz viac hovorí o začatí bilaterálnych rozhovorov medzi Európskou úniou a Spojenými štátmi, týkajúcich sa obchodnej dohody (prípadne vytvorenia zóny voľného obchodu²³). Pokiaľ by skutočne došlo k dohode, je pravdepodobné, že táto skutočnosť by mala vplyv aj na ešte výraznejšiu spoluprácu v oblasti (transatlantickej) ochrany hospodárskej súťaže.

V tejto súvislosti možno ešte spomenúť, že v časti doktríny sa niekedy diskutuje o dotvorení rámca pre ochranu hospodárskej súťaže na globálnej úrovni tým, že by výraznejšiu kompetenciu v tejto oblasti dostala aj Svetová obchodná organizácia (WTO). Hoci ťažko, v dnešnej dobe, predvídať vývoj (a berúc do úvahy významné zmeny na globálnej úrovni čo sa týka duševného vlastníctva, vďaka dohodám TRIPS), nejaví sa ešte dnes byť aktuálnym takýto inštitucionálny posun v oblasti ochrany hospodárskej súťaže.

Kontakt

Juraj.Schwarcz@curia.europa.eu

²³ "Free trade agreement" – predbežne sa hovorí o možnosti uzavretia dohody v roku 2014

Doc. JUDr. Juraj Špirko, CSc.

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach

Premeny družstiev podľa českej a slovenskej právnej úpravy.¹

Abstrakt

Tento príspevok sa zaoberá premenami družstiev podľa českej a slovenskej právnej úpravy, legislatívou v tejto oblasti, najmä podstatnými zmenami, ktoré prináša nový český občiansky zákonník v celkom novej úprave právnických osôb z týchto aspektov. Ďalej osobitnými českými právnymi úpravami týchto otázok a ich vzťahom k novému českému občianskemu zákonníku a nakoniec slovenskou právnou úpravou.

V roku 2012 bol v Čechách prijatý nový Občiansky zákonník zákon č. 89/2012 Sb. a ďalší zákon, ktorý sa venuje právnej úprave obchodných spoločností a družstiev, a to zákon o obchodných spoločnostiach a družstvách (zákon o obchodných korporáciách) č.90/2012 Sb., ktoré nadobudnú účinnosť 1. januára 2014.

V Českej republike existuje aj samostatný zákon č. 125/2008 Sb. o premenách obchodných spoločností a družstiev, ktorý okrem iného obsahuje aj ustanovenia o fúzii družstva, cezhraničnej fúzii družstva, rozdelení družstva a zmene právnej formy družstva. Tento zákon je potrebné považovať za osobitný predpis obchodného práva. Občiansky zákonník použije sa subsidiárne, ako základný kódex súkromného práva.

Český zákonodarcia v súvislosti so zrušením družstva s právnym nástupcom uvádza, že operácie, pri ktorých dochádza ku zmene subjektivity právnických osôb, môžeme chápať ako tzv. premeny obchodných spoločností a družstiev. Premenu je možné uskutočniť podľa § 2 zákona č. 125/2008 Sb. o premenách obchodných spoločností a družstiev

- a) fúziou,
- b) rozdelením,
- c) prevodom imania na spoločníka, alebo
- d) zmenou právnej formy.

Ustanovenie § 2 vymedzuje základné druhy premien, ktoré sú podrobnejšie upravené v druhej až piatej časti tohto zákona. Toto ustanovenie obsahovo preberá ust. § 69 ods. 1 a 2 OBZ, formulačne je menej presné, keď stiera

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy VEGA č. 1/1042/11 „Premeny kapitálových obchodných spoločností a družstiev“.

predchádzajúce rozlišovanie medzi premenami, tj. operáciami vedúcimi k zmene v subjektivite právnických osôb, a zmenami právnej formy, ktoré sa len z praktických dôvodov podriaďujú pod zhodný legislatívny režim. Na tom, že pri zmene právnej formy zostáva zachovaná právna subjektivita transformovanej spoločnosti alebo družstva a že ide o fundamentálne odlišnú operáciu, sa tým nič nemení.²

Nový občiansky zákonník zakotvuje, že ak sa zrušuje právnická osoba pri premene, zrušuje sa bez likvidácie dňom účinnosti premeny. Pritom premenou právnickej osoby je fúzia, rozdelenie a zmena právnej formy. Právnická osoba môže zmeniť právnu formu, len ak tak ustanoví zákon. Fúzia sa deje zlúčením alebo splynutím najmenej dvoch zúčastnených právnických osôb. Zlúčenie alebo splynutie sa považuje za prevod činnosti zamestnávateľa. Pri zlúčení najmenej jedna zo zúčastnených osôb zaniká; práva a povinnosti zanikajúcich osôb prechádzajú na jednu zo zúčastnených osôb ako na nástupníku právnickou osobu.

Pri splynutí zanikajú všetky zúčastnené osoby a na ich mieste vzniká nová právnická osoba ako osoba nástupníka; na ňu prechádzajú práva a povinnosti všetkých zanikajúcich osôb.

Právnická osoba sa rozštiepením rozdeľuje so založením nových právnických osôb, alebo sa rozdeľuje za súčasného zlúčenia s inými právnickými osobami (ďalej len „rozdelenie zlúčením“). Právnická osoba sa môže založiť i odštiepením, alebo spojením viac spôsobov rozdelenia. Rozdelenie zlúčením, odštiepením, ako i iné spôsoby rozdelenia, sa považujú za prevod činnosti zamestnávateľa.

Pokiaľ rozdelením rozdeľovaná právnická osoba zaniká a jej práva a povinnosti prechádzajú na niekoľko nástupníckych právnických osôb, potom

a) ak sú na rozdelení nástupnícke právnické osoby zúčastnené ako osoby už existujúce, ide o rozštiepenie zlúčením,

b) ak majú nástupnícke právnické osoby rozdelením len vzniknúť, ide o rozštiepenie so založením nových právnických osôb.

Pri rozdelení právnickej osoby odštiepením sa rozdeľovaná právnická osoba neruší, ani nezaniká, ale vyčlenená časť ich práv a povinností prechádza na existujúcu alebo novo založenú nástupníku osobu.

V prípadoch uvedených v § 179 ods. 2 alebo 3 NOZ rozhodne príslušný orgán právnickej

osoby, ktorí zamestnanci zanikajúcej právnickej osoby sa stanú zamestnancami jednotlivých nástupníckych právnických osôb.

Fúzovať a rozdeľovať sa môžu právnické osoby rôznej právnej formy len vtedy, ak ustanovuje tak zákon.³

Pri zmene právnej formy sa neruší ani nezaniká právnická osoba, ktorej právna forma sa mení, len sa menia jej právne pomery, a ak ide o korporáciu, tiež právne postavenie ich členov.

² Pozri Pelikán, R.: Zákon o premenách obchodných spoločností a družstiev. Komentár. 1 diel. § 1-179. Praha: Leges, 2010, str.1 2.

³ BĚLOHLÁVEK, A. Nový občanský zákoník, Plzeň: Aleš Čeněk, 2012. str.58

O premene právnickej osoby zriadenej zákonom je možné rozhodnúť, pokiaľ to zákon výslovne ustanoví. O premene právnickej osoby zriadenej rozhodnutím orgánu verejnej moci rozhoduje tento orgán.

Podľa §1 zákona o obchodných spoločnostiach a družstvách (zákon o obchodných

korporáciách) z hľadiska použitia občianskeho zákonníka, obchodných zvyklostí a analógie, ak právny prípad, ktorý nie je možné pre nedostatok výslovnej úpravy tohto zákona alebo iného právneho predpisu posúdiť, sa posúdi podľa úpravy Občianskeho zákonníka. Predtým, než sa podľa Občianskeho zákonníka použije ustanovenie, ktoré sa týka prípadu čo do obsahu a účelu posudzovanému prípadu najbližšie, posúdi sa podľa obchodných zvyklostí. Ako interpretačné pravidlo teda platí, že ak neobsahuje tento zákon výslovnú úpravu posúdi sa prípad podľa výslovnej úpravy Občianskeho zákonníka a predpisov súvisiacich.

Aplikácia analógie, občianskych zvyklostí, prirodzených právnych zásad a sudcovskej tvorby práva prichádza do úvahy až po prednostnej aplikácii obchodných zvyklostí, ak existujú. Tento prístup je odôvodnený najmä tým, že podnikateľské vzťahy vytvorili určité zásady a zvyklosti, ktoré sa fakticky zachovávajú, a nie je tak dôvod ich aplikovateľnosť odsúvať za analógiu či občianske zvyklosti.

Z povahy veci samozrejme vyplýva, že obchodné zvyklosti nesmú byť v rozpore so zákonom alebo prirodzenými právnymi zásadami. Úprava poctivého obchodného styku sa presunula do občianskeho zákonníka.

Podľa slovenskej právnej úpravy družstvo sa zrušuje uznesením členskej schôdze, ak ide o zrušenie družstva s likvidáciou alebo o zrušenie družstva bez likvidácie s právnym nástupcom (§ 255 OBZ). Rozhodnutie členskej schôdze o zrušení sa osvedčuje notárskou zápisnicou. Špecifickú úlohu zohráva tu teda členská schôdza. Uznesenie členskej schôdze o zlúčení, splynutí alebo rozdelení družstva musí obsahovať určenie právneho nástupcu a vymedzenie imania, ktoré na neho prechádza.

Pri rozdelení družstva členská schôdza určí, ako sa imanie družstva a jeho členovia rozdelia. Pri tomto určení sa vezme zreteľ na oprávnené záujmy jednotlivých členov.

Člen, ktorý nesúhlasí so zlúčením, splynutím alebo rozdelením družstva, môže z družstva vystúpiť ku dňu, keď má k tomu prevodu dôjsť, ak to oznámi predstavenstvu do jedného týždňa po uznesení členskej schôdze. Nárok na vyrovnací podiel podľa § 233 je povinný uhradiť členovi, ktorý z družstva vystúpil, právny nástupca družstva do jedného mesiaca odo dňa, keď na neho prešlo imanie družstva.

Splynutie je postup, pri ktorom na základe zrušenia bez likvidácie dochádza k zániku dvoch alebo viacerých družstiev, pričom imanie zanikajúcich družstiev prechádza na iné novozaložené družstvo, ktoré sa svojim vznikom stáva právnym nástupcom zanikajúcich družstiev.

Splynúť môže družstvo iba s iným družstvom. Novozaložené družstvo musí schváliť stanovy a zvoliť nové orgány družstva. Pri splynutí družstiev prechádza imanie a členstvo na novovzniknuté družstvo dňom, ku ktorému bolo novovzniknuté družstvo zapísané do obchodného registra. Výmaz zanikajúcich družstiev a zápis novovzniknutého družstva sa vykoná k tomu istému dňu.

Zlúčenie je postup pri ktorom, na základe zrušenia bez likvidácie dochádza k zániku jedného alebo viacerých družstiev, pričom imanie zanikajúcich družstiev prechádza na iné, už jestvujúce družstvo, ktoré sa tým stáva právnym nástupcom zanikajúcich družstiev.

Zákon neustanovuje povinnosť zmeniť stanovy alebo zvoliť nové orgány družstva. Z praktických dôvodov bude účelné vykonať určité úpravy stanov, ako aj nové alebo doplnovacie voľby orgánov družstva. Na zlúčenie je potrebný súhlas členskej schôdze preberajúceho družstva.⁴

Pri zlúčení družstva s iným družstvom prechádza imanie a členstvo zlučovaného družstva na preberajúce družstvo ku dňu výmazu zlučovaného družstva z obchodného registra. Výmaz zlučovaného družstva a zápis zmeny družstva, s ktorým sa zlúčilo sa vykoná k tomu istému dňu.

Rozdelenie družstva je postup, pri ktorom na základe zrušenia bez likvidácie dochádza k zániku družstva, pričom imanie zanikajúceho družstva prechádza na novozaložené družstvá, ktoré sa svojim vznikom stávajú právnymi nástupcami zanikajúcich družstiev.

Na procese rozdelenia sa zúčastňujú najmenej tri družstvá–jedno zanikajúce a dve nástupnícke družstvá. V prípade rozdelenia nedochádza k univerzálnej sukcesii do práv a povinností zanikajúceho družstva, ale každé z nástupníckych družstiev preberá určitú časť obchodného imania zrušeného družstva.

V dôsledku rozdelenia sa jednotlivé nástupnícke družstvá stávajú singulárnymi právnymi nástupcami zanikajúceho družstva v takom rozsahu, v akom na nich prešiel jeho majetok a záväzky. Každé z nástupníckych družstiev ručí za záväzky, ktoré prešli rozdelením zo zaniknutého družstva na ostatne družstvá celým svojim majetkom, pričom sú na splnenie záväzku zaviazané nástupnícke družstvá spoločne a nerozdielne.

Zákon výslovne ustanovuje solidárnosť tohto ručiteľského záväzku, v dôsledku čoho môže veriteľ požadovať plnenie celého záväzku od ktoréhokolvek z nástupníckych družstiev a pokiaľ dôjde k splneniu záväzku jedným z nástupníckych družstiev, zaniká táto povinnosť ostatným družstvám s tým, že nástupnícke družstvá sa medzi sebou vyrovnajú v pomere, v akom na ne prešlo čisté obchodné imanie zaniknutého družstva.

Zákon výslovne rieši dôsledok neuvedenia prechodu určitej časti obchodného majetku zanikajúceho družstva spôsobom ustanovenia nevyvrátiteľnej právnej domnienky o tom, že takáto časť prechádza do podielového spoluvlastníctva všetkých nástupníckych družstiev, pričom ich podiely na tomto majetku sa určia pomerom, v akom na ne prešlo obchodné imanie zaniknutého družstva.⁵

Pri rozdelení družstva prechádza imanie a členstvo družstva na družstvá vzniknuté rozdelením ku dňu, keď boli tieto družstvá zapísané do obchodného registra. Výmaz zanikajúceho družstva a zápis družstiev vzniknutých rozdelením sa vykoná k tomu istému dňu.

⁴SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. a kolektív: Obchodné právo. IURA EDITION, Bratislava 2009, str. 649

⁵Vid' bližšie PATAKYOVÁ, M. a kol.: Obchodný zákonník. Komentár. 2 aktualizované vydanie. C. H. Beck, Praha 2008, str. 182 -183

Pokiaľ z rozhodnutia členskej schôdze nevyplýva niečo iné, zúčastňuje sa člen družstva na podnikaní nástupníckeho družstva členským vkladom vo výške, ktorá by zodpovedala jeho nároku na likvidačnom zostatku v prípade, že by sa družstvo likvidovalo.

V nadväznosti na predpisy práva Európskej únie, bolo novelou do Obchodného zákonníka, účinnou dňa 1. januára 2008 explicitne zakomponované okrem iného aj tzv. cezhraničné zlúčenie alebo cezhraničné splynutie.

Podľa ustanovenia § 69aa Obchodného zákonníka cezhraničným zlúčením alebo cezhraničným splynutím rozumieme zlúčenie alebo splynutie jednej alebo viacerých slovenských spoločností s jednou alebo viacerými zahraničnými spoločnosťami, majúcimi sídlo na území iného členského štátu. Ustanovenia o cezhraničnom zlúčení alebo splynutí spoločností obdobne platia aj pre družstvá.

Každé zo zúčastnených družstiev pri cezhraničnom zlúčení, resp. splynutí sa bude pri jeho príprave riadiť svojou vnútroštátnou právnou úpravou zlúčenia a splynutia, a splnenie požiadaviek bude posudzované povereným orgánom členského štátu, ktorý o tejto skutočnosti vydá osvedčenie. Poverený orgán štátu sídla nástupníckeho družstva skontroluje už len splnenie vnútroštátnych požiadaviek pre dokončenie cezhraničného zlúčenia, resp. splynutia a s tým súvisiaci vznik nástupníckeho družstva a zlúčenie, resp. splynutie zapíše, teda nastanú jeho právne účinky. Registrové orgány štátov sídla zanikajúcich družstiev už len premietnu tento zápis do vlastných registrov, a to už iba s deklaratórnymi účinkami.

Podľa ustanovenia § 69aa ods. 2 Obchodného zákonníka, návrh uznesenia členskej schôdze o cezhraničnom zlúčení, resp. splynutí musí okrem náležitostí v § 69aa ods. 6 Obchodného zákonníka obsahovať aj náležitosti podľa odseku 2 tohto paragrafu.

Slovenské zúčastnené družstvo požiadava notára, aby na základe predložených dokumentov preskúmal, či splnilo podmienky, za ktorých slovenská právna úprava dovoľuje zúčastniť sa plánovaného cezhraničného zlúčenia, resp. splynutia.

Podľa § 69aa ods. 7 Obchodného zákonníka o splnení požiadaviek vydá osvedčenie podľa osobitného predpisu vo forme notárskej zápisnice.

K návrhu na zápis cezhraničného splynutia, resp. zlúčenia do obchodného registra sa okrem vyššie uvedeného osvedčenia notára, príkladá aj osvedčenie vydané príslušnými orgánmi členských štátov, v ktorých majú svoje sídla zahraničné zúčastnené družstvá, a to v súlade s právnymi predpismi. Uvedené dokumenty bolo potrebné ukladať do obchodných registrov v niekoľkých štátoch, pričom problém vznikal jednak v riziku rozdielnosti rozhodnutí, jednak v časovej súladnosti týchto rozhodnutí. Oba problémy však vyriešil článok 13 desiatej smernice, a to tak, že za rozhodujúci sa považuje zápis nástupníckej spoločnosti, resp. družstva, pričom ostatné registre následne fúziu zaznamenajú, a to už len s deklaratórnymi účinkami, na základe informácií od orgánu, ktorý vykonal tento hlavný zápis.

Právne účinky cezhraničného zlúčenia, resp. splynutia nastávajú dňom zápisu do obchodného registra alebo do zahraničného obchodného registra. Ak je zanikajúcim subjektom slovenské zúčastnené družstvo, vykoná sa jeho výmaz a zároveň sa vykoná zápis družstva vzniknutého splynutím alebo zápis zlúčenia pri nástupníckom družstve k tomu istému dňu, pričom nástupnícke družstvo bude mať sídlo na území Slovenskej republiky. V opačnom prípade sa v obchodnom registri vykoná výmaz

zanikajúceho slovenského zúčastneného družstva bez zbytočného odkladu, a to po doručení oznámenia zahraničného registra alebo inej evidencie, do ktorej sa zúčastnené družstvo zapisuje, že cezhraničná fúzia nadobudla účinnosť, a to ku dňu nadobudnutia účinnosti cezhraničného zlúčenia alebo cezhraničného splynutia.

Z ustanovení slovenského právneho poriadku vyplýva zaver, že účinky cezhraničného zlúčenia, resp. splynutia nastávajú dňom zápisu do slovenského obchodného registra, pokiaľ sa do neho zapisuje nástupnícke družstvo, inak vtedy, keď to ustanoví právny poriadok sídla nástupníckeho družstva.

Pokiaľ ide o zmenu právnej formy (transformáciu) družstva, právna forma právnickej osoby bola dlhodobo považovaná za neoddeliteľnú a podstatnú zložku jeho právnej subjektivity. V súčasnosti prevláda názor, že podstata právnej subjektivity tkvie v niečom inom a že nie je dôvod, prečo by nemohla právna subjektivita pretrvávať aj v prípade zmeny právnej formy, keď sa tým podstata subjektu nemení. V súčasnom poňatí sa vlastne zmena právnej formy spoločnosti nedotýka jej právnej subjektivity.

V našom právnom poriadku zmena právnej formy obchodnej spoločnosti nie je obmedzená, teda spoločnosť môže zmeniť svoju právnu formu na inú právnu formu alebo na družstvo, ak zákon neustanovuje inak. Zmenou právnej formy spoločnosť ako právnická osoba nezaniká.

Z ustanovenia § 69b ods. 2 Obchodného zákonníka možno dôvodiť, že aj na rozhodnutie o zmene právnej formy družstva je potrebný súhlas všetkých členov, ak zákon alebo statuty neustanovujú inak. Rozhodnutie o zmene právnej formy má dobrovoľný charakter.

Rozhodnutie o zmene právnej formy obsahuje najmä

- a) základné identifikačné znaky spoločnosti, resp. družstva pred zmenou právnej formy, teda obchodné meno, sídlo, identifikačné číslo,
- b) právnu formu a obchodné meno po zmene právnej formy,
- c) v prípade zmeny právnej formy na niektorú z kapitálových spoločností, ak pôjde o zmenu na spoločnosť s ručením obmedzeným, bude treba v rozhodnutí uviesť výšku podielov spoločníkov v spoločnosti, výšku vkladov spoločníkov po zmene právnej formy, určenie osôb vykonávajúcich pôsobnosť štatutárneho orgánu, prípadne členov štatutárneho orgánu a podobne,
- d) § 69b ods. 3 písm. d) ustanovuje požiadavku, aby bol súčasťou rozhodnutia aj návrh zakladateľského dokumentu, resp. stanov.

Účinky zmeny právnej formy spoločnosti, resp. družstva nastávajú zápisom tejto zmeny do obchodného registra. Od tohto dňa zápisu bude existovať spoločnosť, resp. družstvo v právnej forme, na akú boli zmenené.

Zlúčením alebo splynutím národných družstiev založených podľa pravá konkrétneho členského štátu je možné založiť **európske družstvo**, pričom zapísané sídlo a hlavná správa sa musí nachádzať na území Európskych spoločností, pokiaľ sa aspoň dva z nich riadia právom rôznych členských štátov.

Úprava eurodružstva je premietnutá v nariadení Rady č. ES 1435/2003, tzv. nariadenie SCE – Societas cooperativa europaea, zo dňa 22 júla 2003 o štatúte európskeho družstva.

Toto nariadenie bolo doplnené Smernicou č. 2003/72/ES, zaoberajúcou sa otázkami účasti zamestnancov na riadení európskeho družstva. Obidva uvedené

predpisy komunitárneho práva nadobudli účinnosť dňa 18. augusta 2006. K nariadeniu zároveň prijala Slovenská republika vykonávací právny predpis, ktorým je zákon č. 91/2007 Z. z. o európskom družstve.

Kontakt

juraj.spirko@upjs.sk

JUDr. Martin Štefko, PhD.

Advokátska kancelária Pavela

Jednatel společnosti s ručením omezeným zaměstnancem

Abstract

Being a chief executive officer does not, of itself, make that person an employee of the company. On the contrary, general powers of management are, in accordance with stabile Czech Supreme court' case law, the main reason why a chief executive officer is not an employee. But the legislature has changed the Commercial Code. Subject to the company's articles, the board has power (as part of its) to award employment contracts to chief executive officers, directors and others. In fact, many company directors have entered into this legal relationship and are in this position today. If, however, the company enters into an employment contract with the director, there are a number of legal problems with that. This article deals with both this new legal exception to the usual dependent work test and its legal consequences (mainly remuneration, responsibility, termination and others).

Príspevok vznikl s podporou programu na dlhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace RVO: 68378122.

VI. Úvod

Pokud se jedná o zahraniční úpravu, pak lze najít případy, kdy statutár může být zaměstnancem, splňuje-li obecné znaky závislé práce, i právní řády, které u statutárů vylučují pracovněprávní status.¹ Dle české úpravy až do nedávna fyzická osoba nesměla konat funkci statutárního orgánu – jednatele - v pracovněprávním vztahu.² Nebylo ani možné, aby byl zaměstnanec vyslán jako agenturní zaměstnanec

¹ Thematic Report 2009, Characteristics of the employment Relationship, str. 27 a násl.

² Viz rozsudek Vrchního soudu v Praze ze 21. 4. 1993, sp. zn. 6 Cdo 108/92, uveřejněný in Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek, 1995, pod pořadovým č. 13; nebo usnesení Nejvyššího soudu z 15. 1. 2003, sp. zn. 21 Cdo 963/2002. Z hlediska povinnosti odvádět pojistné na sociální zabezpečení a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti se však statutární orgán (jednatel) ocitá v situaci velmi podobné pozici zaměstnance a patří tudíž mezi obligatorní poplatníky pojistného, k tomu viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2005, č.j. 6 As 11/2004–71, publikovaný in Právo pro podnikání a zaměstnání, 2006, č. 4, příloha str. 68–71. Dále např. Štenglová, I.: Ještě několik poznámek k zákonnému zastoupení obchodní společnosti či družstva členem statutárního orgánu, Obchodněprávní revue, 2009, č. 580

k výkonu funkce statutárního orgánu k uživateli.³ Důvodů bylo/je více, ten základní spočívá v neexistenci nadřízeného „služebního pána“.⁴ Není zde osoba, která by byla oprávněna udělovat statutárnímu orgánu, v našem případě jednateli, právně závazné pokyny směřující k určování práce, její organizace a zejména kontroly plnění těchto úkolů. Touto nadřízenou osobou nemůže být společník, valná hromada, jiný jednatel ani další osoba (např. z ovládající společnosti), neboť dle ust. § 194 odst. 4 druhá věta aplikovaného na základě ust. § 135 odst. 2 obchodního zákoníku obdobně není nikdo oprávněn dávat jednateli pokyny týkající se obchodního vedení společnosti.⁵ Dalším chybějícím znakem je výkon práce na odpovědnost zaměstnavatele. K otázce úplatnosti viz dále.⁶

Věčně zelený je ovšem strom života⁷ a právní úprava zná též případy statutárů, kteří svou funkci vykonávají jak zaměstnanci.⁸ S účinností od 1. 1. 2012 bylo do obchodního zákoníku vloženo nové ust. § 66d nazvané „Pověření obchodním vedením“, které umožnilo za určitých podmínek, aby obchodní vedení konal statutární orgán společnosti s ručením omezeným rovněž v pracovněprávním vztahu.⁹ Cílem tohoto příspěvku je zaměřit se na analýzu statusu jednatele jako zaměstnance ve společnosti s ručením omezeným. Vedle základního porovnání obchodněprávního a pracovněprávního režimu výkonu obchodního vedení, bude provedeno načrtnutí

4, s. 102 a násl. Též pro účely daně z příjmů fyzických osob je příjem jednatele z činnosti konané pro společnost vyplývající z předmětu její činnosti považován za příjem ze závislé činnosti. Srov. ust. § 6 odst. 1 písm. b) zákona o dani z příjmů a rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 22.12.2004, č.j. 5 Afs 81/2004-53.

³ Obdobně viz Barancová, H. aj.: Vysílání zaměstnanců, Plzeň, Aleš Čeněk, 2009, str. 98, autorem je J. Škubal.

⁴ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. května 2007, sp.zn. 21 Cdo 2093/2006.

⁵ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 30.05.2000, sp. zn. 32 Cdo 524/2000 a 32 Cdo 525/2000,

publikované v Právních rozhledech, 2000, č. 8, s. 353.

⁶ Odlišné je dále zaměření ochranné funkce, chráněna je společnost před neoprávněným jednáním

⁷ Johann Wolfgang von Goethe: Faust (1806): „Grau, teurer Freund, ist alle Theorie, und grün des Lebens goldner Baum.“

⁸ Tak je tomu např. u ředitele státního podniku podle zákona o státním podniku, ředitele Vinařského fondu dle ust. § 32 odst. 2 zákona č. 321/2004 Sb., o vinohradnictví a vinařství a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění, generálního ředitele České tiskové kanceláře podle zákona č. 517/1992 Sb., o české tiskové kanceláři, v platném znění, generálního ředitele Českého rozhlasu podle zákona o Českém rozhlasu, generálního ředitele České televize dle zákona o České televizi a u statutárního orgánu banky dle ust. § 8 zákona č. 21/1992 Sb. o bankách, v platném znění. Srov. však stanovisko D.Tyraje „Vedoucí zaměstnanec banky“, uveřejněno dne 30.9.2010 na adrese

http://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/dohled_financni_trh/legislativni_zakl_adna/banky_a_zalozny/download/faq_vedouci_zamestnanec.pdf (cit: 9.11.2011). Dále lze poukázat na poznatky judikatury, byť se Nejvyšší správní soud zabýval statutárním orgánem pouze z hlediska veřejnoprávního systému pojištění. Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 21.04.2004, sp.zn. 3 Ads 39/2003, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 19.10.2006, sp.zn. 3 Ads 55/2005 a rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 14. března 2005, sp. zn. I. ÚS 419/04.

⁹ Stalo se tak čl. I bodem 27 zákonem č. 351/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

možnosti řešení existujícího souběhu funkcí jednatele a zaměstnance a závěrem též odpovězeno na otázku, zda zavedení možné právní fikce pracovněprávního statusu¹⁰ jednatelům v aplikační praxi prospělo a přineslo výhody s tímto statutem u zaměstnanců tradičně spojené.

VII. Historicko-aplikační exkurz

Vztah mezi společností a jejím jednatelem je tedy dle české úpravy vztahem obchodněprávním, který se řídí právní úpravou vztahů mezi obchodními společnostmi a jejich statutárními orgány obsaženou v obchodním zákoníku. Z obchodněprávního režimu vyplývají nemalé odlišnosti týkající se vzniku, obsahu i skončení obchodněprávního vztahu oproti pracovnímu poměru. Absentující ochrana před skončením výkonu funkce jednatele, omezená odpovědnost i jednodušší režim schvalování odměny jsou důvody, které vedly řadu jednatelů již od začátku 90. let minulého století ke sjednání pracovní smlouvy s druhem výkonu práce zcela či alespoň z převážné části zahrnujícího obchodní vedení společnosti (obvykle pozice generálního, obchodního nebo finančního ředitele).¹¹ Často „pracovní smlouvu“ podepisovala jedna a tatáž osoba jednou jako statutár, po druhé jako zaměstnanec.¹² Jedna a tatáž osoba tak byla současně jednatelem a vedoucím zaměstnancem u též společnosti, tento souběh funkcí jednatele a zaměstnance vykonávající obchodní vedení ovšem nebyl do 31. 12. 2011 právně dovolen.

I když není z rozhodovací praxe Nejvyššího soudu ČR zcela jasné, zda se tento závěr vztahuje i na pracovní smlouvy uzavřené s jednatelem předtím, než byl jmenován do funkce jednatele, mezi odbornou veřejností je tento závěr hojně rozšířen a v každém případě je osud takového pracovněprávního vztahu přinejmenším velmi nejasný.¹³ Judikatura tedy opakovaně v této souvislosti vyslovila nepřipustnost souběhu funkce jednatele a vedoucího zaměstnance.¹⁴ Z uvedeného

¹⁰ Zákonodárce presumuje existenci výkonu závislé práce v situaci, kdy se o její výkon jednat nemůže.

¹¹ Obdobně někteří zvolili namísto jednatele funkci prokuristy. Zdánlivá výhoda takového uspořádání byla v tom, že prokurista je stejně jako jednatel zapsán v obchodním rejstříku a prokurista tak ve vztahu ke třetím osobám nemusel prokazovat svoje oprávnění jednat za společnost pověřením nebo plnou mocí. K závěru, že ani činnost prokuristy není výkonem závislé práce srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 13. 12. 2005, sp. zn. 21 Cdo 525/2005, publikovaný in Soudní judikatura, 2006, č. 4, str. 194 nebo rozsudek Nejvyššího soudu z 18. 12. 2003, sp. zn. 21 Cdo 1269/2003. Dále též rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 25. 11. 2009, sp. zn. 23 Cdo 2713/2009.

¹² Nejvyšší soud ČR ve svém rozsudku ze dne 17. 11. 1998, sp. zn. 21 Cdo 11/98, uveřejněném ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, roč. 1999 pod pořadovým č. 63, rozvedl, že z ustanovení § 14 odst. 2 ZP 1965, jež vylučuje, aby jiného zastupoval ten, jehož zájmy jsou v rozporu se zájmy zastupovaného, lze analogicky dovodit, že statutární orgán nemůže jménem společnosti jednat, jsou-li jeho zájmy v rozporu se zájmy společnosti.

¹³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 9. února 2010, sp. zn. 21 Cdo 4689/2008. Srov. též britskou koncepci přechodné neplatnosti dle *Passmore v. Morland in Kindl, J.*: Kartelové a distribuční dohody, Praha: C.H. Beck, 2009, s. 269 a násl.

¹⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 11. 1998, sp. zn. 21 Cdo 11/98. Dále lze odkázat na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. 10. 2005, sp. zn. 26 Cdo 781/2005, rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 14. 01. 2010, sp. zn. 21 1861/2008, rozhodnutí Nejvyššího soudu ze 582

vyplývá, že pokud např. společnost platila svému jednateli za výkon jeho pracovněprávní pozice zahrnující obchodní vedení „mzdu“, a to na základě pracovní smlouvy uzavřené před 1. 1. 2012, a poskytování takové „mzdy“ neschválila valná hromada, nevznikl jednateli na takovou „mzdu“ nárok a jednatel by se mohl domáhat pouze obvyklé odměny ve smyslu obchodního zákoníku.

VIII. Základní odlišnosti obchodněprávního a pracovněprávního režimu jednatele

Zatímco vztah mezi společností a jejím jednatelem je vztahem obchodněprávním, který se řídí právní úpravou vztahů mezi obchodními společnostmi a jejich statutárními orgány obsaženou v obchodním zákoníku, vztah založený pracovní smlouvou mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem je vztahem pracovněprávním regulovaným především zákoníkem práce. Z obou režimů vyplývají nemalé odlišnosti týkající se vzniku, obsahu i skončení uvedených právních vztahů a dále za zcela zásadní lze považovat i rozdíly v odpovědnosti jednatele a zaměstnance a také rozdíly v jejich odměňování.

Právní vztah vyplývající z funkce jednatele je založen zvolením jednatele valnou hromadou (případě jmenováním jediným společníkem). Pracovní poměr mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem naproti tomu vzniká dnem, který byl sjednán jako den nástupu do práce v pracovní smlouvě. Pracovní poměr zaniká způsoby stanovenými zákoníkem práce, přičemž lze pro zjednodušení uvést, že k jednostrannému ukončení pracovního poměru ze strany zaměstnavatele, může dojít pouze ze zákonem vyjmenovaných důvodů a obvykle až po uplynutí výpovědní doby. Funkce jednatele pak zaniká obvykle vzdáním se této funkce ze strany jednatele anebo odvoláním jednatele valnou hromadou, resp. rozhodnutím jediného společníka, které nemusí být zdůvodněno a nabývá obvykle účinnosti okamžikem přijetí tohoto rozhodnutí. Jednateli náleží zejména obchodní vedení společnosti.¹⁵ Standardně bývá mezi společností a jednatelem uzavřena písemná smlouva o výkonu

dne 28.04.2004, sp.zn. 21 Cdo 2642/2003 a rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30.08.2005, sp.zn. 29 Odo 801/2005. V praxi se vyskytuje též souběh s pracovněprávním vztahem založeným dohodou o práci konané mimo pracovn. poměr. Tak rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. října 2005, sp.zn. 26 Cdo 781/2005. Z totožné slovenské judikatury Nejvyššího soudu sp. zn. 5 Cdo 92/97 a 4 Sžso 29/2007. Srov. též terminologicky odlišné usnesení velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu České republiky ze dne 22.3.2007, sp. zn. 15 Tdo 1316/2006. K odlišným názorům zejména K. Eliáš in Eliáš, K.: Variabilita života a právní schémata (K souběhu pracovního poměru s členstvím ve statutárním orgánu obchodní korporace), Obchodněprávní revue, 2009, č. 10, s. 271 a násl.

¹⁵ Vzhledem k tomu, že obchodní zákoník ani jiné právní předpisy nedávají příliš vodítko k tomu, co se rozumí obchodním vedením, musíme vycházet z judikatury, která např. obchodní vedení vymezila jako „řízení společnosti, tj. zejména organizování a řízení její podnikatelské činnosti, včetně rozhodování o podnikatelských záměrech“, anebo „organizace a řízení podniku, který náleží společnosti, řízení zaměstnanců, rozhodování o provozních záležitostech, tj. např. zásobování, odbyt, reklama, vedení účetnictví“. Viz. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 479/2003 ze dne 25. 8. 2004 a rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 5 Tdo 94/2006 ze dne 5. 4. 2006.

funkce, ve které jsou stanovena práva a povinnosti jednatele i společnosti a specifikovány podmínky výkonu funkce jednatele včetně výše a druhu odměny, která jednatele za jeho výkon náleží. Pro účinnost smlouvy o výkonu funkce je nezbytné (na rozdíl od účinnosti pracovní smlouvy), aby její znění schválila valná hromada, resp. jediný společník. Pokud písemná smlouva o výkonu funkce jednatele uzavřena není, řídí se obsah práv a povinností mezi jednatelem a společností přiměřeně ustanoveními obchodního zákoníku o mandátní smlouvě.

Na rozdíl od zaměstnance jednatel odpovídá za škodu, kterou při výkonu své funkce způsobí společnosti nebo třetím osobám, v zásadě v plném rozsahu. Odpovědnost jednatele je objektivní, tedy je dána bez ohledu na jeho zavinění. Jednatel je povinen vykonávat svou funkci s péčí řádného hospodáře, a je-li v konkrétním případě sporné, zda tuto svou povinnost splnil, nese důkazní povinnost v tomto ohledu jednatel, tzn. jednatel musí prokázat, že tuto povinnost v konkrétním případě splnil. Jakákoli smlouva, kterou se omezuje nebo vylučuje odpovědnost jednatele za škodu, je ex lege neplatná. Zaměstnanec odpovídá zaměstnavateli za škodu jím způsobenou dle příslušných ustanovení zákoníku práce. Jedná se vždy o odpovědnost za zavinění, tedy subjektivní. Výše náhrady škody způsobené z nedbalosti je limitována maximálně do výše čtyřapůlnásobku průměrného měsíčního výdělku zaměstnance. Výjimkou z uvedené limitace jsou zejména případy, kdy zaměstnanec škodu způsobí úmyslně, v opilosti nebo po zneužití jiných návykových látek nebo je-li s ním uzavřena některá z dohod o hmotné odpovědnosti či se uplatní zpřísněná odpovědnost za ztrátu svěřených věcí. V takovém případě odpovídá za škodu v plné výši a výše uvedená limitace se neuplatní.

Mzdu a další nenároková plnění poskytovaná zaměstnanci určuje zaměstnavatel, obvykle po dohodě se zaměstnancem, bez ingerence valné hromady (jediného společníka). O odměně jednatele za výkon jeho funkce na druhé straně rozhoduje valná hromada společnosti (jediný společník), která schvaluje jakékoliv peněžité i nepeněžité plnění, které má být poskytnuto jednatele ze strany společnosti (tedy nejen odměnu ale např. i poskytování služebního vozidla k soukromému užívání, poskytování příspěvku na životní pojištění, penzijní připojištění atd.) a na které jednatele neplyne nárok z právního nebo vnitřního předpisu. Valná hromada odměnu jednatele může schválit buďto samostatně anebo tak, že schválí smlouvu o výkonu funkce, která pravidla pro výplatu odměny nebo její výši upravuje. Pokud není uzavřena a schválena smlouva o výkonu funkce jednatele a odměnu valná hromada neschválila ani samostatně, má jednatel nárok na základě zákonného odkazu na přiměřené použití ustanovení o smlouvě mandátní na odměnu obvyklou.¹⁶ Aby byl vyloučen nárok jednatele na odměnu za výkon funkce, bylo by nejspíš třeba bezúplatný výkon funkce jednatele sjednat ve smlouvě o výkonu funkce jednatele.¹⁷

¹⁶ Která již souhlasu valné hromady, resp. společníka nepodléhá, srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 1. 6. 2011, sp. zn. 29 Cdo 1647/2010.

¹⁷ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 994/2005 ze dne 31. 7. 2007, dle kterého „v případě, že není ve sporu prokázáno, že účastníci sjednali dohodu o bezúplatném výkonu funkce statutárního orgánu, je výkon této funkce úplatný.“

IX. Pověření obchodním vedením v pracovněprávním režimu

Nová úprava v ust. § 66d obchodního zákoníku umožňuje dílčím způsobem zohlednit faktickou závislost statutárního orgánu ovládané společnosti na rozhodnutích ovládající společnosti. Statutární orgán společnosti tak může dle ust. § 66d odst. 1 obchodního zákoníku pověřit obchodním vedením společnosti zcela nebo zčásti jiného a tyto činnosti mohou být vykonávány v pracovněprávním vztahu zaměstnancem společnosti.¹⁸ Obchodní zákoník v ust. § 66d odst. 1 pro odstranění pochybností in fine dodává: „přičemž tento zaměstnanec může být současně statutárním orgánem společnosti nebo jeho členem.“

Tím se ovšem dostáváme k prvnímu velkému problému této úpravy. Zákonodárce se sice nechal původně inspirovat rozlišením činnosti statutára na zcela základní okruhy rozhodování a na tzv. méně významnou rozhodovací činnost,¹⁹ schválená dikce ust. § 66d odst. 4 obchodního zákoníku však nakonec takovému rozlišování neodpovídá. Pověření obchodním vedením dle předmětného ustanovení totiž nezahrnuje pouze rozhodování o základním zaměření obchodního vedení společnosti a rozhodování o pověření obchodním vedením, ale též účast na zasedání statutárního orgánu, ani jiné činnosti v rámci obchodního vedení společnosti, které obchodní zákoník nebo jiný právní předpis svěřuje do výlučné působnosti statutárního orgánu. Pokud bude v průběhu času nutné, aby pověřený zaměstnanec konal jiné pracovní úkoly, než kterými byl pověřen (přitom se ale stále bude jednat o obchodní vedení), bude nutné opět, má-li je konat jako zaměstnanec, jej formálně pověřit jejich výkonem.

Rovněž samotné založení pracovněprávního vztahu je obvykle problematické. Pracovní smlouvu či dohodu o práci konané mimo pracovní poměr musí sjednat statutární orgán či jím zmocněná osoba.²⁰ Pro kolizi zájmů nemůže o pověření rozhodovat a následný pracovněprávní úkon jménem společnosti činit ten jednatel, který by v daném případě byl též smluvní stranou – zaměstnancem.²¹

Druhý odstavec ust. § 66d obchodního zákoníku upozorňuje, že pověřením obchodním vedením zůstává nedotčena odpovědnost osob, které jsou statutárním orgánem nebo jeho členem, stanovená tímto zákonem za porušení povinnosti vykonávat funkci s péčí řádného hospodáře. Toto konstatování se jeví pochopitelným,²² diskutabilní je však její rozsah. Odpovídají jednatelé též za

¹⁸ K oprávnění statutárního orgánu zmocnit k jednání jinou osobu srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 29.11.2005, sp. zn. 29 Odo 1061/2004.

¹⁹ Štenglová, I.: Ještě několik poznámek k zákonnému zastoupení obchodní společnosti či družstva členem statutárního orgánu, *Obchodněprávní revue*, 2009, č. 4, s. 102 a násl.

²⁰ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 04.11.2004, sp.zn. 21 Cdo 1634/2004, kde soud uvedl: „*Valná hromada společnosti s ručením omezeným a ani její společníci nejsou ... orgány, které by byly oprávněny jménem zaměstnavatele činit v pracovněprávních vztazích jakékoliv právní úkony.*“

²¹ Stále platí, že rozdílnost zájmů zaměstnavatele a zaměstnance při uzavření smlouvy (dohody), která směřuje ke vzniku, změně nebo zániku pracovního poměru nebo jiného pracovněprávního vztahu, vylučuje, aby jménem zaměstnavatele učinila právní úkon stejná fyzická osoba, která je druhým účastníkem smlouvy (dohody) jako zaměstnanec. Viz rozsudek NS ze dne 4. 11. 2004, sp. zn. 21 Cdo 1634/2004 (Soubor sv. 31, C 3017).

²² Štenglová, I.: Ještě několik poznámek k zákonnému zastoupení obchodní společnosti či družstva

veškerou škodu způsobenou jednáním zaměstnance pověřeného obchodním vedením nebo pouze za špatný výběr osoby, která bude pověřena obchodním vedením?²³ V jakém režimu odpovídá sám jednatel/zaměstnanec? Ust. § 66d obchodního zákoníku zakotvilo možnost výkonu obchodního vedení v pracovněprávním vztahu. Využije-li společnost této možnosti a pověří jednatele výkonem obchodního vedení v pracovněprávním vztahu a tento obchodní vedení skutečně koná v pracovněprávním vztahu, pak za porušení povinností při plnění pracovních úkolů nebo v přímé souvislosti s ním, musí odpovídat v pracovněprávním režimu. Jinak by došlo k absurdní situaci, kdy sice ust. § 66d odst. 1 obchodního zákoníku umožňuje jednatele stát se zaměstnancem pouze v mezeném rozsahu.

S vyloučením/nevyloučením aplikace pracovněprávní úpravy odpovědnosti jednatele/zaměstnance souvisí další speciální úprava obsažená v ust. § 66d odst. 3 obchodního zákoníku. Dle tohoto ustanovení musí být odměna jednatelů konajících práci v pracovněprávním vztahu také schválena valnou hromadou (resp. jediným společníkem) stejně jako u standardní obchodněprávní smlouvy o výkonu funkce jednatele. Nabízí se otázka, jaká výše mzdy se uplatní v případě, že valná hromada, resp. společník žádnou výši mzdy neschválí. Bylo by absurdní, aby se jednalo o minimální mzdu či nejnižší úroveň zaručené mzdy, když uzavřením pracovní smlouvy a schválení/neschválení mzdy valnou hromadou, resp. jediným společníkem nemá dále vliv na to, že ve zbytku zůstává zachována obchodněprávní povaha vztahu jednatele ke společnosti. Pokud nebude mít jednatel schválen odměnu za obchodněprávní výkon funkce jednatele valnou hromadou, resp. jediným společníkem, samostatně nebo v rámci smlouvy o výkonu funkce jednatele, má stále nárok na obvyklou odměnu dle obchodního zákoníku.

Speciální úprava rozhodování o výši odměny za výkon práce otevírá otázku, kdo rozhoduje v případě souvisejících institutů jako je náhrada mzdy či peněžité nebo nepeněžité benefity, které jsou spojené buď s výkonem práce, nebo pouze s existencí pracovněprávního vztahu k zaměstnavateli, o jejich přiznání/odejmutí? Logika speciální úpravy v ust. § 66d obchodního zákoníku velí rozhodování i o jejich poskytnutí svěřit valné hromadě, společníku.

X. Možnosti řešení souběhu funkcí

Situaci, kdy někteří jednatele mají se společností s ručením omezeným uzavřenu pracovní smlouvu s druhem vykonávané práce v zásadě shodným s obsahem činnosti jednatele, lze řešit zejména následujícími způsoby:

- skončením pracovního poměru a vypořádání vzájemných nároků se současným uzavřením smlouvy o výkonu funkce
- skončením pracovního poměru a vypořádání vzájemných nároků spolu s ukončením funkce jednatele a uzavřením nové pracovní smlouvy
- kombinací obchodněprávního a pracovněprávního vztahu v souladu s novelou obchodního zákoníku

členem statutárního orgánu, Obchodněprávní revue, 2009, č. 4, s. 102 a násl.

²³ Dle autora statutární orgán v takovém případě odpovídá za nedostatečnou odbornou péči při výběru osoby pověřené obchodním vedením, nikoliv však za chyby, jichž se dopustí náležitě vybraná pověřená osoba při výkonu své funkce. Jinak Bělina in Bělina/Drápal a kol. Zákoník práce, komentář, 3 vyd., C.H.Beck 2012, komentář k ust. § 4, výkladový bod IV i další autoři. 586

- skončením pracovního poměru a vypořádání vzájemných nároků spolu s ukončením funkce jednatele a udělení plné moci

Skončením pracovního poměru a vypořádání vzájemných nároků se současným uzavřením smlouvy o výkonu funkce by znamenalo, že jednatel zůstane ve své funkci a byla by s ním uzavřena dohoda, jejímž cílem by bylo potvrdit status quo ohledně dosud přijatých plnění a docílit toho, že společnost a jednatel nebudou mít vůči sobě žádné dosud nevypořádané nároky v souvislosti s dosavadní činností jednatele pro společnost. Součástí této dohody by z důvodu opatrnosti mělo být i formální ukončení stávajícího pracovního poměru. Zároveň by byla uzavřena smlouva o výkonu funkce, která detailně upraví smluvní vztah mezi jednatelem a společností a ve které mohou být jednateři přiznána obdobná práva a nároky na odměnu či jiná plnění, jaká mu byla přiznána na základě pracovní smlouvy.

Skončení pracovního poměru a vypořádání vzájemných nároků spolu s ukončením funkce jednatele a uzavření nové pracovní smlouvy přichází v úvahu v případě, že dojde k ukončení funkce jednatele (ať již z důvodu jeho odvolání jediným společníkem nebo odstoupením jednatele z funkce) a jednatel by zůstal zaměstnancem společnosti na základě nově uzavřené pracovní smlouvy. Pokud je zvoleno uvedené řešení, doporučuje se s jednatelem nejprve formálně z důvodu opatrnosti skončit jeho dosavadní pracovní poměr ke společnosti a vypořádat vzájemná práva a závazky se společností. Zároveň by byla uzavřena nová pracovní smlouva, přičemž na základě této nové pracovní smlouvy by pracovní poměr vznikl ke dni následujícímu po dni zániku funkce jednatele. V rámci svého nového pracovního poměru pak může být zaměstnanec v rámci sjednaného druhu práce (např. generální či finanční ředitel) písemně pověřen určitou činností, např. podepisováním určitého typu smluv, podepisováním smluv do určitého finančního limitu apod. Ve vztahu ke třetím osobám by pak takový zaměstnanec prokazoval své oprávnění k zastupování společnosti v uvedených věcech takovým písemným pověřením.

Při zvolení kombinace obchodněprávního a pracovněprávního vztahu v souladu s novelou ust. § 66d obchodního zákoníku je třeba provést skončení dosavadního pracovního poměru a vypořádání vzájemných nároků. Předmětem nové pracovní smlouvy by byla část obchodního vedení společnosti, která může být na základě novely obchodního zákoníku vykonávána jednatelem. Vztah mezi jednatelem a společností by se tak částečně řídil pracovní smlouvou (zákoníkem práce) a částečně smlouvou o výkonu funkce (obchodním zákoníkem). V této souvislosti je nutné upozornit, že pokud by společnost měla v úmyslu poskytovat jednateři odměnu/mzdu pouze na základě pracovní smlouvy, bylo by třeba sjednat smlouvu o výkonu funkce jednatele, ve které by se strany výslovně dohodly, že funkce jednatele je vykonávána bezplatně. V opačném případě by jednatel mohl požadovat vedle mzdy současně nárok na obvyklou odměnu za výkon funkce jednatele.

Skončení dosavadního pracovního poměru a vypořádání vzájemných nároků by bylo v případě této alternativy třeba provést způsobem a z důvodů uvedených výše. Současně by došlo k odvolání či odstoupení jednatele z funkce. Následně by mohla být tato osoba, která by již neměla žádný vztah ke společnosti, pověřena určitou činností ve prospěch společnosti na základě písemné plné moci (tzn. tato osoba by vystupovala jako zmocněnec). Dle charakteru činnosti vykonávané na

základě plné moci by pak vztah mezi společností a zmocněncem mohl být podřazen pod určitý smluvní typ, podle kterého by se řídila práva a povinnosti smluvních stran včetně případné odpovědnosti zmocněnce za porušení jeho povinností (v úvahu by připadala zejména mandátní nebo příkazní smlouva).²⁴

XI. Závěrem

Propůjčení pracovněprávního statusu dle ust. § 66d obchodního zákoníku je zatím pouze dočasné²⁵ a trpí řadou porodních bolestí. Za všechny lze zmínit nejasnosti ohledně vymezení pracovních úkolů pověřeného zaměstnance, limity omezení odpovědnosti, věcná příslušnost rozhodování o odměně za výkon funkce a benefitech atd. K prvnímu a současně klíčovému problému je možno shrnout, že společnost, která chce využít ust. § 66d obchodního zákoníku, bude muset jasně vymežit, které činnosti jsou plněny zaměstnancem v pracovněprávním vztahu a které jednatelem v obchodněprávním vztahu. Toto vymezení se již dnes jeví jako velmi problematické²⁶ a je sporné, do jaké míry a zda vůbec půjde „vyčlenit“ části obchodního vedení z režimu obchodního zákoníku (zřejmě pouze tzv. méně významnou rozhodovací činnost)²⁷ a vykonávat je v pracovním poměru na základě pracovní smlouvy či dohody o práci konané mimo pracovněprávní vztah.²⁸

Sporný je též přínos pracovněprávního statusu pro samotné osoby pověřené obchodním vedením. Předběžně, bez opory judikatury, lze vyslovit, že pověřené osoby by měly mít odpovědnost omezenou stejně jako zaměstnanci. Beze změny

²⁴ Je nutno ovšem zdůraznit, že udělovaná plná moc by nejspíš neměla mít povahu generální plné moci (tzn. plná moc by neměla představovat oprávnění zmocněnce činit za společnost veškeré úkony) a ani by jejím účelem nemělo být obcházení zákon o zaměstnanosti, dle kterého by společnost měla primárně zajišťovat svoji činnost prostřednictvím svých zaměstnanců.

²⁵ Zákon č. 90/2012 Sb. o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), který nabude účinnosti 1.1.2014, tuto úpravu, ač byla původně ve stejné dikci vložena do ust. § 47 návrhu zákona o obchodních korporacích, nepřevzal. Nedojde-li k novelizaci v mezidobí i v tomto směru, přinese účinnost zákona o korporacích návrat ke stavu před ust. § 66d obchodního zákoníku. Nebe-li již právní předpis upravovat fikci možného pracovněprávního statusu zaměstnance pověřeného obchodním vedením, lze předpokládat návrat k původní judikatuře Nejvyššího soudu o nemožnosti souběhu funkce jednatele a zaměstnance pověřeného konat obchodní vedení téže společnosti.

²⁶ Srov. teorii absorpce veškeré činnosti v oblasti působnosti statutárního orgánu, které statutární orgán vykonává díky svým odborným znalostem, schopnostem či dovednostem v rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 7. 2008, sp. zn. 29 Odo 1262/2006. Dále též rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 18. 10. 2005, sp. zn. 26 Cdo 781/2005.

²⁷ Srov. Eliáš, K.: Hodnotový výklad zákona a inspirace ze starých textů, Bulletin advokacie, 2010, č. 9, s. 25 a

násl. a Štenglová, I.: Ještě několik poznámek k zákonnému zastoupení obchodní společnosti či družstva

členem statutárního orgánu, Obchodněprávní revue, 2009, č. 4, s. 102 a násl. I. Rada v této souvislosti trefně hovoří o „horní“ a „dolní“ hranici obchodního vedení; srov. Rada, I.: Souběh znovu a jinak, Právní rádce, 2009, č. 6, str. 4 a násl.

²⁸ K nejasným hranicím obchodního vedení srov. Černá, S.; Čech, P.: Kde jsou hranice obchodního vedení? Právní fórum, 2008, č. 11, s. 453 a násl. Dále též rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 4. 2006, sp. zn. 5 Tdo 94/2006.

koncepce přímého jednání právnické osoby²⁹ či důslednějšího přenesení prvků koncernového práva do českého pracovního práva není ovšem možné, aby všichni členové statutárního orgánu byli pověřeni obchodním vedením společnosti beze zbytku a omezili tak svou potenciální povinnost k náhradě škody. Není-li zde nikdo, kdo by zaměstnanci dával závazné pokyny, jak má být práce vykonána, měl-li by to dělat sám zaměstnanec (jako by tomu bylo u jednočlenného statutárního orgánu, který by sám sebe pověřil výkonem obchodním vedením společnosti), nelze jej pověřit jako zaměstnance obchodním vedením. K současným výkladovým problémům tak přistupují další. Novela ust. § 66d obchodního zákoníku navíc umožňuje sjednat částečný souběh funkce jednatele a vedoucího zaměstnance až od 1.1.2012, a proto nelze ani dovozovat, že přijetí výše uvedené novely automaticky řeší problém nedovoleného souběhu funkcí, který nastal před tímto dnem.

Kontakt

stefkom@prf.cuni.cz

²⁹ V ust. § 13 odst. 1 obchodního zákoníku se uvádí, že „*právnická osoba jedná statutárním orgánem*“.

Mgr. Žofia Šuleková

Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva
Právnická fakulta UPJŠ v Košiciach

Autonómia spoločníka v súvislosti so zánikom jeho účasti v spoločnosti s ručením obmedzeným

Abstrakt

Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník upravuje viacero spôsobov zániku účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným. Jednostranné vystúpenie spoločníka zo spoločnosti je zákonom explicitne zakázané a podľa súčasnej právnej úpravy podmienky dobrovoľného vystúpenia nemôžu byť obsiahnuté v spoločenskej zmluve ani inom zakladateľskom dokumente. Cieľom tohto príspevku je predostrieť úvahu nad posilnením autonómie spoločníka pri možnostiach vystúpenia zo spoločnosti s ručením obmedzeným a navrhnúť optimálne riešenia pre slovenskú právnu úpravu.

Abstract

There are several methods to exercise exit rights within a limited liability company. The exit right at will is explicitly prohibited by the Act no. 513/1991 Coll. Commercial Code and under current legal provisions conditions of voluntary withdrawal cannot be included in the articles of association or other shareholders agreement. The main aim of this article is to focus on possibilities to strength the autonomy of shareholders to withdraw their funds and propose optimal legal framework for Slovak legislation.

Úvod

Je všeobecne známe, že konflikty vznikajúce medzi spoločníkmi sa považujú za Achillovu päť malých a stredných podnikov, ktoré majú poväčšine formu spoločnosti s ručením obmedzeným (ďalej len „spoločnosť“). Osobné a rodinné vzťahy, na ktorých je budovaná kooperácia medzi spoločníkmi v uzavretých spoločnostiach, predstavujú výhody pri stabilnom fungovaní obchodnej spoločnosti. Spoločníci vytvárajú aktívnu zložku spoločnosti, podieľajú sa na rozhodovaní a v neposlednom rade zastávajú pozíciu člena štatutárneho orgánu. V spoločenskej zmluve, resp. v stanovách sa často vyskytujú ustanovenia zamedzujúce vniknutie tretích osôb do spoločnosti a tá sa stáva akousi uzavretou bunkou.

Avšak žiadna organizačná štruktúra nie je taká dokonalá, ako sa na prvý pohľad javí. Hodnoty a osobné ciele jednotlivých spoločníkov sa postupom času môžu značne rozchádzať. Nielen pretrhnutie osobných a rodinných vzťahov, ale aj rozpory v určovaní smerovania a strategického rozvoja spoločnosti sa stávajú kľúčovým dôvodom pre vznik konfliktov medzi spoločníkmi a vedú dotknutého spoločníka k hľadaniu možností ukončenia svojej účasti v spoločnosti.

Konflikt záujmov nastáva hlavne v prípadoch koncentrovaného vlastníctva, kedy je väčšinový spoločník zároveň členom štatutárneho orgánu. Spoločník alebo skupina spoločníkov v pozícii riadiaceho orgánu prináša riziko zneužitia práv väčšiny na úkor minoritných spoločníkov. Zvyšujúce sa vzájomné napätie medzi spoločníkmi má tendenciu ovplyvňovať efektívne riadenie spoločnosti, ktoré je jednak ťažko merateľné a ešte ťažšie dokázateľné, hlavne ak je štatutárnemu orgánu zákonom dovolené rozhodovať na základe vlastného podnikateľského úsudku.

Následky konfliktov medzi spoločníkmi majú rôznu podobu. V prípade spoločností s dvoma spoločníkmi, kde podiel každého spoločníka predstavuje 50% základného kapitálu (resp. 40%-60%), existuje veľké riziko paralyzácie spoločnosti a blokácie akýchkoľvek rozhodnutí, tzv. *deadlock*. Aj z toho dôvodu zákonná regulácia práva obchodných spoločností musí obsahovať ustanovenia na ochranu (menšinového) spoločníka v prípadoch nefunkčnosti spoločnosti alebo zneužitia práv spoločníka. Súčasné kontrolné mechanizmy vytvorené pre potreby a štruktúru otvorených spoločností, nie sú pre uzavreté spoločnosti za každých okolností dostatočne aplikovateľné.

Vynára sa preto otázka prijatia ďalších ochranných mechanizmov, ktoré umožnia spoločníkovi dostatočným spôsobom pôsobiť na nekompetentný alebo oportunistický riadiaci orgán a zlepšiť celkové fungovanie spoločnosti. Rozšírenie autonómie spoločníka v súvislosti s ukončením jeho účasti v spoločnosti sa môže považovať za jedno z riešení. Zákonodarca by preto mal uvažovať o prijatí vhodného regulačného rámca na ochranu spoločníka, ktorý je v spoločnosti zablokovaný bez možnosti dobrovoľného zrušenia svojej účasti v spoločnosti a minimálnou víziou pre prevod svojho kapitálu do inej potenciálne prospešnej spoločnosti, keďže takmer nulová verejná obchodovateľnosť s podielmi uzavretej spoločnosti spôsobuje, že spoločník sa len s ťažkosťami zbavuje svojho menšinového podielu.

1. Súčasný stav právnej úpravy zániku účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným

Na úvod, v záujme prehľadu, stručne uvedieme spôsoby zániku účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným obsiahnuté v zákone č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník (ďalej len „*ObchZ*“). K zániku účasti spoločníka v spoločnosti môže dôjsť jednak vylúčením spoločníka v kadučnom konaní pre nesplnenie vkladovej povinnosti (§113, ods. 4 *ObchZ*) alebo príplatkovej povinnosti (§121 *ObchZ*), vylúčením na základe rozhodnutia súdu na návrh spoločnosti (§149 *ObchZ*), prevodom/prechodom obchodného podielu na inú osobu (§115, §116 *ObchZ*), zrušením účasti rozhodnutím súdu na návrh dotknutého spoločníka (§ 148, ods. 1 *ObchZ*), vyhlásením konkurzu na majetok spoločníka a v prípade exekúcie na obchodný podiel (§148 ods. 2,3 *ObchZ*).

Zánik účasti spoločníka v spoločnosti na základe vzájomnej dohody medzi spoločníkom a spoločnosťou/resp. ostatnými spoločníkmi ObchZ explicitne neupravuje. Prikláňame sa však k názoru, že takáto možnosť vyplýva zo všeobecného ustanovenia § 141 ObchZ o zmene spoločenskej zmluvy.¹ Tento názor nie je v právnickej spisbe detailne analyzovaný, naopak často zjednodušene porovnávaný s českou zákonnou úpravou, ktorá výslovne tento spôsob zániku účasti spoločníka upravuje.² Máme však za to, že k zániku účasti spoločníka v spoločnosti môže dôjsť na základe vzájomnej dohody spoločníkov, bez toho, aby táto dohoda musela spĺňať zákonom stanovené náležitosti zmluvy o prevode obchodného podielu a to v prípade, že spoločníci súčasne rozhodnú o znížení základného imania o podiel vystupujúceho spoločníka. „Uvoľnený“ obchodný podiel tak neprechádza na spoločnosť alebo ostatných spoločníkov a rozhodnutím o znížení základného imania dochádza k jeho zániku.

Na prijatie rozhodnutia o zániku účasti spoločníka v spoločnosti, ktorého dôsledkom je zmena obsahu spoločenskej zmluvy (§141, ods. 3 ObchZ) je potrebný súhlas všetkých spoločníkov. Ak spoločenská zmluva zverí rozhodovanie o zmene spoločenskej zmluvy do pôsobnosti valného zhromaždenia, na prijatie dohody o zániku účasti spoločníka v spoločnosti sa v zmysle § 127 ods. 4 vyžaduje súhlas aspoň dvoj tretinovej väčšiny všetkých hlasov. Zároveň sa podľa nášho názoru v tomto prípade vyžaduje súhlas dotknutého spoločníka, ktorého sa zmena výslovne týka. Rozhodovanie bez súhlasu spoločníka by mohlo viesť k zneužívaniu tejto dohody v prospech väčšiny, ktorá by sa touto cestou ľahko „zbavovala“ nepohodlných spoločníkov. Máme teda za to, že právna úprava výslovne nezakazuje zmeniť spoločenskú zmluvu za účelom uvoľnenia spoločníka zo spoločnosti, avšak názory na možnosti zániku účasti spoločníka na základe dohody sa rôznia.³ Opačný názor zastáva aj Najvyšší súd SR vo svojom rozhodnutí.⁴ Naopak, teória sa k zániku účasti spoločníka v spoločnosti na základe dohody prikláňa a výrazne ju obhajuje.⁵

Za účelom zabezpečenia právnej istoty preto navrhujeme, aby právna úprava *de lege ferenda* explicitne upravovala možnosť zrušenia účasti spoločníka v spoločnosti dohodou a stanovila zákonné podmienky pre prijatie takejto dohody.

Z vyššie načrtnutých spôsobov, na základe ktorých dochádza k zániku účasti spoločníka v spoločnosti vyplýva, že sloboda spoločníka rozhodnúť o ukončení

¹ Porovnaj HANES, D.: *Spoločnosť s ručením obmedzeným*. Bratislava: Iura edition, 2002, s. 305.

² Porovnaj § 149a účinného českého zákona č. 513/1991 Sb. Obchodní zákonník, ktorý výslovne upravuje dohodu o ukončení účasti spoločníka. Rovnako § 203 českého zákona č. 90/2012 Sb. o obchodných spoločnostiach a družstvách „Účast společníka ve společnosti může být ukončena písemnou dohodou s úředně ověřenými podpisy všech společníků a odevzdáním kmenového listu společnosti, byl-li vydán.“

³ Pozri BLAHA, M. In PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník*. Komentár. 3. vyd. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 437.

⁴ K opačnému názoru pozri Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Obo 102/2001: „Navyše bez platnej zmluvy o prevode obchodného podielu nemohla zaniknúť účasť žalobcu ako spoločníka v predmetnej spoločnosti na základe rozhodnutia valného zhromaždenia, pretože ustanovenia spoločenskej zmluvy, ktoré takýto postup umožňujú, sú neplatné pre rozpor so zákonom [...] ustanovenie §148 je kogentné“.

⁵ MAJERNÍKOVÁ, M. In OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník*. Komentár. 1.vyd. Bratislava: Iura edition, 2005, s. 501-502.

svojej účasti v spoločnosti je značne limitovaná. Odhliadnuc od „núteného“ výstupu zo spoločnosti, ostávajú spoločníkovi v rukách len dve zákonom upravené možnosti:

I. zmluvný prevod obchodného podielu na iného spoločníka alebo tretiu osobu, a

II. zrušenie účasti spoločníka súdom na návrh dotknutého spoločníka.

Ako preukážeme v nasledujúcich statiach, každý zo spôsobov so sebou prináša značné obmedzenia pri presadení autonómnej vôle spoločníka vymaniť sa zo spoločnosti.

1.1. Zmluvný prevod obchodného podielu

Prvým zo spôsobov „dobrovoľného“ zániku účasti spoločníka v spoločnosti je zmluvný prevod obchodného podielu. Podľa okruhu nadobúdateľov podielu (t.j. iný spoločník alebo tretia osoba) spája ObchZ so zánikom účasti rôzne predpoklady (§ 115, ods. 1, 2 ObchZ). Úprava ObchZ vychádza z dispozitívneho konceptu neprevoditeľnosti obchodného podielu na tretiu osobu. Ak spoločenská zmluva neobsahuje výslovné ustanovenie, prevod podielu na tretiu osobu nie je možný.⁶ Spôsobilosť prevodu je tak viazaná na výslovnú úpravu v spoločenskej zmluve. Takýto prevod môže byť súčasne podmienený súhlasom valného zhromaždenia (§ 115 ods. 2 druhá veta). Podľa nášho názoru dispozitívny charakter zákonnej úpravy umožňuje, aby spoločenská zmluva vyžadovala splnenie iných podmienok, ktoré zákon explicitne nepredpokladá, napríklad výslovné určenie okruhu osôb, na ktoré je prevod prípustný, spôsobilosť prevodu len splateného obchodného podielu a iné. Spoločenská zmluva môže rovnako prevod podielu (na tretiu osobu ale aj iného spoločníka) úplne vylúčiť.⁷ Za účelom zachovania stabilnej spoločníckej základne je toto dispozitívne pravidlo často využívané v procese kreácie spoločnosti.

Ak je prevod podmienený súhlasom valného zhromaždenia a to súhlas neudelí, spoločník je v spoločnosti zablokovaný, ak neexistuje (spravodlivý) dôvod na využitie iného ochranného mechanizmu (napr. zrušenie účasti rozhodnutím súdu). ObchZ spája s neudelením súhlasu jediný právny následok - nenadobudnutie účinnosti zmluvy o prevode obchodného podielu. Právna úprava neposkytuje ani lehotu na udelenie súhlasu a pri nečinnosti valného zhromaždenia môže byť súhlas udelený aj po pomerne dlhej dobe, čo zvyšuje právnu neistotu zmluvných strán.

Na rozdiel od slovenskej právnej úpravy, nový český zákon č. 90/2012 Sb. o obchodných spoločnostiach a družstvách (zákon o obchodní korporacích, ďalej len „ZoK“) posilňuje autonómiu spoločníka v súvislosti s výstupom zo spoločnosti na základe prevodu svojho obchodného podielu. Česká právna úprava sa zdá byť flexibilnejšia, avšak s množstvom nemalých výkladových problémov.

V prvom rade je potrebné skonštatovať a vyzdvihnúť, že ZoK systematicky zaraďuje prevod obchodného podielu medzi jednotlivé spôsoby zániku účasti spoločníka v spoločnosti a koncepcne mení súčasné zákonné východisko

⁶ Iná situácia je, pokiaľ ide o zmluvný prevod obchodného podielu spoločníka na iného spoločníka danej spoločnosti.

⁷ BLAHA, M. In PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník*. Komentár. 3 vyd. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 352.

neprevoditeľnosti obchodného podielu.⁸ Rovnako rozlišuje medzi úpravou prevodu podielu inému spoločníkovi a tretej osobe. Ak spoločenská zmluva mlčí o prevode podielu, spoločník je *ex lege* oprávnený previesť obchodný podiel na *iného spoločníka*, bez súhlasu niektorého orgánu spoločnosti. Avšak ak je prevod na iného spoločníka podmienený súhlasom orgánu spoločnosti, a ten je nečinný alebo nedá súhlas bez uvedenia dôvodu do šiestich mesiacov *od uzavretia* zmluvy o prevode obchodného podielu, nastávajú účinky odstúpenia od zmluvy a spoločník je oprávnený zo spoločnosti vystúpiť.⁹ Právna úprava sa teda posúva v prospech dotknutého spoločníka a jeho vôle vystúpiť zo spoločnosti, bez vyslovenia akéhokoľvek dôvodu. Spoločník nie je nútený zotrvať v spoločnosti a jeho autonómia je značne posilnená.

Avšak za problematický považujeme zákonodarcom upravený začiatok plynutia šesťmesačnej lehoty, vzťahujúci sa na *uzavretie zmluvy* o prevode obchodného podielu. Ak spoločník uzavrie zmluvu, ale nepožiada o súhlas príslušný orgán, po márnom uplynutí zákonnej lehoty nastanú účinky odstúpenia od zmluvy a spoločníkovi sa otvára právo na vystúpenie zo spoločnosti (§207 ods. 3 ZoK). Máme za to, že týmto spôsobom český zákonodarca nevedomky pripustil absolútnu neobmedzenosť výstupu spoločníka zo spoločnosti. Je nutné konštatovať, že pochybenie zákonodarcu jednoznačne obchádza zmysel príslušného ustanovenia, pod ktorým je potrebné rozumieť možnosť vystúpenia spoločníka len ako krajné východisko, pri nečinnosti alebo oportunistickom správaní príslušného orgánu a nemožnosti presadenia slobody spoločníka vymaniť sa zo spoločnosti.

Na druhej strane, česká právna úprava podmieňuje prevod obchodného podielu na *tretiu osobu* súhlasom valného zhromaždenia. Následkom neudelenia súhlasu v stanovenej lehote, nastávajú účinky odstúpenia od zmluvy (§208 ods. 2 ZoK). Na rozdiel od vyššie analyzovaného prevodu obchodného podielu na spoločníka, ak valné zhromaždenie neudelí súhlas s prevodom na tretiu osobu, dotknutému spoločníkovi sa neotvára priestor na uplatnenie možnosti vystúpiť zo spoločnosti. Spoločník, v snahe ukončiť svoju účasť v spoločnosti, je nútený obrátiť sa na ostatných spoločníkov, a až v prípade naplnenia zákonných predpokladov (bezdôvodne neudelenie súhlasu/nečinnosť príslušného orgánu) bude oprávnený zo spoločnosti vystúpiť. Zároveň ZoK bližšie nešpecifikuje dôvody oprávňujúce príslušný orgán neudelieť súhlas s prevodom obchodného podielu na iného spoločníka a bude zaujímavé pozorovať ako sa k tejto otázke postavia súdne orgány pri vznikajúcich sporoch.

1.2. Zrušenie účasti v spoločnosti súdom na návrh dotknutého spoločníka

Druhý spôsob „dobrovoľného“ ukončenia účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným spočíva v možnosti obrátiť sa na súd. Spoločník sa môže domáhať zrušenia svojej účasti len prostredníctvom podania návrhu na súd, ktorý

⁸ § 207 ods. 1 ZoK „Každý společník může svůj podíl převést na jiného společníka“, § 208 ods. 1 ZoK prvá veta „Neurčí-li společenská smlouva jinak, může společník převést podíl na osobu, která není společníkem, jen se souhlasem valné hromady.“

⁹ § 207 ods. 3 ZoK „Není-li orgán podle odstavce 2 činný nebo neudělí-li souhlas bez udání důvodu, může společník po zániku smlouvy podle odstavce 2 vystoupit ze společnosti; ustanovení § 164 se použije obdobně. Vystoupit ze společnosti lze do 1 měsíce ode dne zániku smlouvy podle odstavce 2, jinak se k vystoupení nepřihlíží.“

rozhoduje na základe svojho voľného uváženia. V návrhu je nutné uviesť dôvody, v dôsledku ktorých nemožno *od spoločníka spravodlivo* požadovať zotrvanie v spoločnosti. Dôvody pre zrušenie účasti v spoločnosti ObchZ nekonkretizuje, hlavnú úlohu v tom prípade zohráva súd. Musí ísť o konkretizované a dôkazmi preukázané skutočnosti zakladajúce splnenie podmienky existencie nemožnosti spravodlivo požadovať od spoločníka ďalšie zotrvanie v spoločnosti. Za základné dôvody sa považujú okolnosti týkajúce sa vzájomných vzťahov, ako nefunkčnosť spoločnosti,¹⁰ neprekonateľné rozpory medzi spoločníkmi,¹¹ založenie inej spoločnosti niektorými spoločníkmi,¹² zhoršenie zdravotného stavu alebo dlhodobá neprítomnosť spoločníka,¹³ ako aj porušenie povinností ostatných spoločníkov na ujmu dotknutého spoločníka.¹⁴ Súd je povinný posudzovať prípady s prihliadnutím na konkrétne okolnosti danej veci.¹⁵

Za dôvod zrušenia účasti spoločníka v spoločnosti sa nepovažuje menšinové postavenie spoločníka a nemožnosť presadenia svojej vôle proti vôli ostatných spoločníkov.¹⁶ Všeobecné nezhody medzi spoločníkmi, hospodársky úpadok spoločnosti ako aj otázka strategického rozvoja a smerovanie podnikateľských aktivít spoločnosti nehrajú úlohu pri aplikácii ochranného mechanizmu dovoľávať sa zrušenia účasti v spoločnosti na súde.¹⁷ Vznikajúce konflikty medzi spoločníkmi, bez existencie „spravodlivého“ dôvodu, tak môžu napriek nevôli dotknutého spoločníka viesť k jeho zotrvaní v spoločnosti.

Zároveň, test spravodlivého zotrvania v spoločnosti nie je za každých okolností úspešný, vyznačuje sa nákladovosťou a zdĺhavosťou. Spoločník je teda limitovaný čo do dôvodu zrušenia svojej účasti v spoločnosti a navyše nie je oprávnený dobrovoľne opustiť spoločnosť bez rozhodnutia súdu. Aj z toho dôvodu sa často skloňuje otázka dobrovoľného, jednostranného výstupu spoločníka, ako prejavu jeho autonómnej vôle. Slovenský zákonodarca však túto možnosť explicitne a striktne odmieta.

2. Alternatívne spôsoby úpravy ukončenia účasti spoločníka v spoločnosti

2.1. Jednostranný výstup spoločníka zo spoločnosti

Na prvý pohľad sa zdá, že obmedzenie práva na výstup zo spoločnosti sa považuje za legitímny dôvod ochrany verejného záujmu, zabezpečenia právnej istoty a naplňania podnikateľského zámeru spoločnosti. Na druhej strane musíme

¹⁰Rozsudok Okresného súdu Trnava, sp. zn. 21 Cb 118/2005, Rozsudok Krajského súdu Bratislava, sp. zn. 9Cbs/68/2004, Rozsudok Krajského súdu Nitra, sp. zn. 18Cbs/1/2005, Rozsudok Krajského súdu Bratislava, sp. zn. 9Cbs/108/2004.

¹¹ Rozsudok Okresného súdu Bratislava II, sp. zn. 23Cb/120/2005.

¹² Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 10. mája 2001, sp. zn. 4 Obo 110/2000.

¹³ Okresný súd v Rimavskej sobote, sp. zn. 1Cb/243/2005.

¹⁴ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 1. januára 1996, sp. zn. 6 Obo 128/1996, Rozsudok Krajského súdu Bratislava, sp. zn. 7Cbs/115/2005.

¹⁵ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 2 Obo 249/2001.

¹⁶ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 10. mája 2001, sp. zn. 4 Obo 110/2000.

¹⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 2 Obo 179/2000. Bližšie k jednotlivým rozhodnutiam pozri HORVÁTH, E.: *Zrušenie účasti spoločníka v s.r.o.*, [online], 2011, [cit. 15.9.2013]. Dostupné na <http://www.najpravo.sk/rady-a-vzory/rady-pre-kazdeho/z/zrusenie-ucasti-spolocnika-v-s-r-o.html>.

konštatovať, že vzhľadom k ústavou garantovanému právu slobodne sa združovať v (obchodných) spoločnostiach, sa na stôl predostiera otázka tzv. negatívnej slobody združovať sa (*freedom of negative association*) - nikoho nemožno nútiť, aby vstupoval proti svojej vôli do spoločnosti alebo v nej zotrval. Napriek tomu, že Európsky súd pre ľudské práva konštatoval,¹⁸ že sloboda združovať sa¹⁹ nesie v sebe aj slobodu v negatívnom ponímaní, tá však nie je absolútna a vnútroštátne právo môže obsahovať jednotlivé zákonné obmedzenia. Z toho dôvodu je nutné analyzovať jednotlivé obmedzenia ukončenia účasti v spoločnosti v súčasnej slovenskej právnej úprave, ktorá vychádza zo zákonnej neprevoditeľnosti obchodného podielu a nemožnosti dovolávať sa zrušenia účasti nad medze „spravodlivého“ dôvodu, a nachádzať iné varianty zákonnej úpravy.

Okrem toho podotýkame, že v prípade obchodných spoločností, spoločníci slobodne vstupujú do spoločností a svoje vzťahy vopred negociujú v spoločenskej zmluve (resp. prístupím k spoločenskej zmluve súhlasia s ustanoveniami spoločenskej zmluvy) a sú vopred oboznámení s možnosťami (ne)dobrovoľného ukončenia svojej účasti. Spoločníci sú vždy oprávnení rozhodnúť o svojom vstupe do spoločnosti, a to aj za okolností, ak ich právo na výstup je značne obmedzené ustanoveniami spoločenskej zmluvy. Nie sú nútení do spoločnosti vstupovať a právny rámec naďalej poskytuje alternatívy zrušenia ich účasti. Slovenská právna úprava teda predstavuje akýsi kompromis medzi neobmedzeným právom výstupu a donucovaním spoločníka v spoločnosti zotrvať. Vynára sa však otázka možnosti dobrovoľného jednostranného prejavu vôle spoločníka ukončiť svoju účasť v spoločnosti.

Jednostranné vystúpenie spoločníka zo spoločnosti s ručením obmedzeným je výslovne zakázané v § 148 ods. 1 ObchZ. Slovenská právna úprava teda neumožňuje ukončiť vzťah spoločníka so spoločnosťou, resp. ostatnými spoločníkmi jednostranným prejavom vôle, teda dobrovoľným vystúpením spoločníka alebo výpoveďou spoločenskej zmluvy, typickým inštitútom pre ukončenie bežného kontraktuálneho vzťahu. Právna úprava nielenže neumožňuje spoločníkovi dobrovoľne vystúpiť zo spoločnosti počas jej existencie (absencia zákonného pravidla dobrovoľného výstupu) ale zároveň neumožňuje spoločníkom túto možnosť upraviť v spoločenskej zmluve alebo stanovách. Osobitné dojednanie v spoločenskej zmluve o možnosti jednostranného vystúpenia zo spoločnosti by bolo podľa súčasnej právnej úpravy v rozpore s kogentným ustanovením § 148 ods. 1 ObchZ a v tejto časti by bolo spoločenská zmluva neplatná.²⁰

Z vyššie uvedeného vyplýva, že právna úprava priamo zakazuje dohodnúť a upraviť si podmienky ukončenia účasti v spoločnosti na základe jednomyseľnej dohody v spoločenskej zmluve. Autonómia spoločníkov je tým výrazne limitovaná. Máme za to, že samotný zmluvný základ obchodnej spoločnosti predostiera otázku kontraktuálnej povahy (a tým, ukončenie kontraktuálneho vzťahu s určitou výpovednou lehotou alebo poskytnutou náhradou škody) aj medzi spoločníkmi a spoločnosťou, ako aj otázku eventuálnej úpravy dobrovoľného zrušenia účasti

¹⁸ Pozri Rozhodnutie Európskeho súdu pre ľudské práva, sťažnosť č. 20161/06 vo veci *Vördur Ólafsson v. Iceland*, z 27. apríla 2010.

¹⁹ V zmysle článku 11 Európskeho dohovoru o ľudských právach.

²⁰ BLAHA, M. In PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník*. Komentár. 3 vyd. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 437.

v spoločnosti za vopred špecifikovaných podmienok upravených v spoločenskej zmluve, stanovách alebo inej dohode medzi spoločníkmi.

2.2. Neobmedzený výstup zo spoločnosti a jeho limity

Napriek zmluvnému konceptu spoločnosti, právo bezdôvodne vystúpiť zo spoločnosti bez časového ohraničenia by podľa nášho názoru viedlo k neustálej neistote o existenciu samotnej spoločnosti. Preto sa (aspoň navonok) ochrana ponúknutá slovenských zákonodarcom považuje za dostatočnú. Spoločník má možnosť ukončiť svoju účasť ak je s ním nespravodlivo zaobchádzané zo strany spoločnosti alebo ostatných spoločníkov. Vystúpenie zo spoločnosti musí byť teda odôvodnené. Právo ukončiť účasť v spoločnosti bez obmedzenia, stavia spoločníka do silnej pozície, ktorá prináša zvýšené riziko oportunistického správania a zneužitia práva na výstup. Spoločníci by napríklad mohli vystúpiť zo spoločnosti a požadovať vyrovnaní podiel pred vyhlásením konkurzu spoločnosti a tým uprednostniť svoje práva pred veriteľmi spoločnosti.²¹ Taktiež, náklady spojené s dobrovoľným výstupom sú za určitých okolností neproporcionálne vysoké a pre spoločnosť môžu znamenať ukončenie existencie.

V konečnom dôsledku sa možnosť neobmedzeného výstupu považuje za účinnú len pre menšinových spoločníkov s nepatrným podielom. Problém nastáva, ak by neobmedzené právo využil spoločník s vysokým podielom na spoločnosti, alebo dobrovoľné právo si uplatnili viacerí spoločníci súčasne. Má spoločnosť v tom prípade pristupovať rovnako ku všetkým spoločníkom, menšinovým i dominantným? Aj z toho dôvodu je potrebné hľadať kompromisné riešenie medzi nevýhodnosťou zostať zablokovaný v neuspokojivej majetkovej účasti a hrozbou oportunistického použitia práva výstupu spoločníkmi. Ako vzory inšpirácie sa nám ponúkajú právne úpravy jednotlivých štátov.

2.3. „Dobrovoľné“ zrušenie účasti v uzavretých spoločnostiach v zahraničných právnych úpravách

Ak si odmyslíme konkrétne ustanovenia, a len vo všeobecnosti sa zameriame na právne úpravy európskych štátov, s dostatočnou určitosťou môžeme abstrahovať, že spôsoby zániku účasti spoločníka sú odôvodniteľné len za osobitných podmienok a ako posledné východisko riešenia konfliktov.²² Ako prostriedky znižovania potenciálnych konfliktov sa uprednostňuje rozšírenie povinnosti lojality väčšinových spoločníkov a rozšírenie práva na informácie pre menšinových spoločníkov.²³ Tento typ ochranných mechanizmov je uprednostňovaný pred samotným zavedením širokej možnosti výstupu zo spoločnosti. Rozdielne spôsoby zániku účasti v jednotlivých štátoch odzrkadľujú benefity a náklady spojené s ukončením pôsobenia v spoločnosti. Napriek znamenitej dlhoročnej debate o možnostiach dobrovoľného

²¹ DE VRIES, P.P.: *Exit Rights of Minority Shareholders in a Private Limited Company*. Wolters Kluwer business, 2010 s. 19.

²² Pozri DE VRIES, P.P.: *Exit Rights of Minority Shareholders in a Private Limited Company*. Wolters Kluwer business, 2010 s. 12.

²³ Rovnako sa tu môžeme zaradiť iné ochranné mechanizmy ako zvýšenie kvóra pri hlasovaní, pri zneužití práv väčšiny, ale podmienky proporcionálneho zastúpenia v riadiacom orgáne.

výstupu zo spoločnosti sa národné právne úpravy prikláňajú skôr k obmedzenému konceptu.²⁴ Právne poriadky európskych štátov²⁵ vo väčšine prípadov neobsahujú dobrovoľné právo na výstup zo spoločnosti a ukončenie účasti podriaďujú rozhodnutiu súdu na základe spravodlivých dôvodov.

Jednu z hlavných výnimiek predstavuje talianska právna úprava, ktorá po reformných zmenách práva obchodných spoločností zaviedla od roku 2004 rozsiahle možnosti ukončenia účasti spoločníka v spoločnosti. V prípade talianskej spoločnosti s ručením obmedzeným (*società a responsabilità limitata*) právna úprava umožňuje neobmedzený dobrovoľný výstup spoločníka zo spoločnosti.²⁶ Spoločnosť je teda oprávnená upraviť si vo svojom zakladateľskom akte podmienky vystúpenia spoločníka zo spoločnosti výpoveďou. Spoločník je oprávnený uplatniť si toto právo *kedykoľvek* s oznamovacou povinnosťou 180 dní, ak spoločenská zmluva neustanovuje dlhšiu výpovednú lehotu. Výpovedná doba nesmie presiahnuť jeden rok. Po obdržaní obligatórneho oznámenia, je spoločnosť povinná vyplatiť vyrovnací podiel do 180 dní spoločníkovi. Ak spoločnosť nie je schopná vyplatiť vyrovnací podiel do stanovenej lehoty, vstupuje do likvidácie. Alternatívne, spoločnosť môže previesť uvoľnený obchodný podiel na iného spoločníka spoločnosti alebo tretiu osobu spoločne navrhnutú ostatnými spoločníkmi. Táto úprava sa vzťahuje len na spoločnosti založené na dobu neurčitú. Ak sa jedná o spoločnosť založenú na dobu určitú, dobrovoľné zrušenie účasti spoločníka nie je možné.

Dobrovoľný výstup zo spoločnosti upravovala v minulosti aj právna úprava Ruskej federácie.²⁷ Práve neobmedzené právo výstupu predznamenovalo uprednostnenie výberu iného korporátneho typu spoločnosti. Novela právnej úpravy z roku 2009 priniesla jednu z kľúčových zmien – zrušenie zákonného neobmedzeného práva na výstup. Avšak namiesto explicitnej zákonnej úpravy kogentného charakteru umožnil ruský zákonodarca spoločníkom dohodnúť si podmienky výstupu v zakladateľskom dokumente. Úprava takého práva vyžaduje súhlas všetkých spoločníkov.²⁸

Za povšimnutie stojí spomenúť aj nový český ZoK, ktorý sa odklonil od súčasnej doktríny zákazu jednostranného výstupu. ZoK obsahuje v § 202 dispozitívne pravidlo o možnosti vystúpenia spoločníka zo spoločnosti, ak ten nesúhlasil s prijatím rozhodnutia valného zhromaždenia o „*změně převážující povahy podnikání společnosti*“ alebo predĺženia trvania spoločnosti, a na valnom zhromaždení hlasoval proti. Zákonodarca ani demonštratívne nepribližuje čo je možné pod toto slovné spojenie subsumovať a opätovne, ako pri prevode obchodného podielu, ponecháva značný priestor na výklad jednotlivých ustanovení.

²⁴ DE VRIES, P.P.: *Exit Rights of Minority Shareholders in a Private Limited Company*. Wolters Kluwer business, 2010 s. 12-15.

²⁵ Napr. Nemecko, Belgicko, Švajčiarsko, Francúzsko.

²⁶ § 2473 Codice Civile.

²⁷ Zrušený čl. 26 ruského Zákona o spoločnosti s ručením obmedzeným - *Obschestvo s ogranichennoi Otvetstvennostju* (ООО).

²⁸ DE VRIES, P.P.: *Exit Rights of Minority Shareholders in a Private Limited Company*. Wolters Kluwer business, 2010 s. 15.

3. Aktuálne úvahy o modernizácii právnych úprav

Napriek absencii práva dobrovoľného výstupu zo spoločnosti vo viacerých európskych právnych úpravách, dovolíme si v závere príspevku priblížiť za posledné roky sa do popredia dostávajúci názor holandského právneho akademika *De Kluivera*, ktorého myšlienky sú rozsiahle rozoberané v dielach viacerých autorov ako jedna z možností úpravy zákonného práva na výstup spoločníka zo spoločnosti.²⁹ Sám vychádza z predstavy obdobnosti vzťahu medzi spoločníkmi a dlhodobého kontraktu.³⁰ Príliš limitujúce pravidlo nedostatočne chráni spoločníka, naopak príliš generálne môže mať negatívne následky pre spoločnosť. *De Kluiver* namiesto kogentnej úpravy uprednostňuje dispozitívnu zákonnú úpravu dobrovoľného zrušenia účasti v spoločnosti za určitých podmienok s prípadnou kompenzáciou pre ostatných spoločníkov. Zároveň podľa neho, tento spôsob vyžaduje primeranú výpovednú lehotu, počas ktorej ostatní spoločníci majú možnosť prispôbiť sa vzniknutej situácii a preskúmať možnosti prefinancovania spoločnosti. Za druhú požiadavku v prípade vystúpenia považuje povinné prefinancovanie výšky nákladov spoločníkom vystupujúcim zo spoločnosti, samotný výstup totiž nesmie byť na ujmu ostatným spoločníkom, resp. spoločnosti.

*Neville*³¹ dopĺňa jeho myšlienku tým, aby právo výstupu bolo spojené so subsidiárnou povinnosťou ostatných spoločníkov prevziať uvoľnený podiel vystupujúceho spoločníka, ak v dôsledku zákonných požiadaviek na minimálny základný kapitál, spoločnosť nemôže vyplatiť podiel spoločníka, a neexistuje tretia osoba ochotná prevziať jeho obchodný podiel (opačne ako v talianskej právnej úprave, kde spoločnosť vstupuje automaticky do likvidácie po márnom uplynutí stanovenej lehoty). Spoločnosť by mala povinnosť prevziať podiel spoločníka v primeranej lehote, ibaže by zrušenie účasti spoločníka spôsobovalo značnú ujmu spoločnosti a jej spoločníkom, a takéto zrušenie by bolo založené len na samovôli spoločníka.

Obidva predložené názory sú momentálne pod drobnohľadom právnych teoretikov a kritikov. Napriek pokusom *De Kluivera* presadiť svoje myšlienky pri reformných zmenách v Holandsku, jeho argumenty nepostačovali na úpravu zákonného pravidla dobrovoľného zániku účasti v spoločnosti do holandskej právneho poriadku. Napriek absencii zákonného pravidla sa prax často stretáva s takýmito ustanoveniami v rámci spoločenskej zmluvy.

Záver

V príspevku autorka načrtla slovenskú právnu úpravu zániku účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným a jej limitácie. Za účelom posilnenia autonómie spoločníkov v medziach práva obchodných spoločností je pri rekodifikačnom procese súkromného práva potrebné vzhliadnuť aj na úpravu zrušenia účasti spoločníka v spoločnosti. V prvom rade, zákonodarca by mal *de lege*

²⁹ Pozri: NEVILLE, M a i.: *Company law and SMEs*. København: Thompson Reuters Professional, 2010, s. 289.

³⁰ Väčšina krajín umožňuje ukončiť dlhodobý kontraktuálny vzťah opatrený výpovednou lehotou prípadne náhradou škody ktorá vznikne ukončením takejto zmluvy.

³¹ NEVILLE, M a i.: *Company law and SMEs*. København: Thompson Reuters Professional, 2010, s. 289-291.

ferenda náležite zosystematizovať jednotlivé spôsoby zániku účasti spoločníka v spoločnosti v právnej úprave a na rozdiel od súčasného stavu pridržať sa konceptu prevoditeľnosti obchodného podielu a jeho následných obmedzení v spoločenskej zmluve. Po druhé, na zabezpečenie právnej istoty sa vyžaduje explicitná právna úprava zrušenia účasti prostredníctvom dohody a úprava jej zákonných požiadaviek. V neposlednom rade si problematika vyžaduje zamyslieť sa nad riešením konfliktných situácií bez „spravodlivého“ dôvodu na ukončenie účasti spoločníka v spoločnosti. V prípade jednostranného výstupu spoločníka zo spoločnosti je zákonodarca povinný uvažovať nad zakotvením jednak zákonného práva na dobrovoľný výstup zo spoločnosti za zákonom stanovených podmienok, alebo ponechaním rozhodovania o tejto otázke v rukách spoločníkov, ak výslovne túto možnosť pripustia a stanovia podmienky v spoločenskej zmluve. Namiesto (ne)obmedzeného kogentného práva na výstup, autorka uprednostňuje, aby si spoločníci mohli upraviť podmienky výstupu v spoločenskej zmluve a tým sa vyhnúť zdĺhavému a nákladnému súdnemu procesu. Hoci zastávame názor, že konanie o zrušenie účasti spoločníka v spoločnosti nepredstavuje vždy efektívne riešenie pre vyriešenie problémov medzi spoločníkmi, nezastávame ani názor, že neobmedzené dobrovoľné zrušenie účasti v spoločnosti je primeraným riešením. Zákonodarca je teda povinný hľadať rovnováhu medzi potenciálne dotknutými záujmami jednotlivých spoločníkov a spoločnosti.³²

Kontakt

zofiasu@hotmail.com

³² Táto práca bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-0809-12.

JUDr. Janka Vykročová, CSc.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Disponovanie so zmenkou v kontexte zlúčenia akciových spoločností*

Abstrakt

Predmetom úvah je hodnotenie úrovne ochrany akciových spoločností podieľajúcich sa na zlúčení v kontexte s právami tretích osôb, konkrétne majiteľov cenných papierov a tiež vplyv generálnej sukcesie nástupníckej akciovej spoločnosti na jej právne postavenie v právnych vzťahoch zo zmenky.

Abstract

Under consideration is assessing the level of protection of joint stock companies participating in the merger in the context of the rights of third parties, namely the holders of securities, including the impact of general succession of the successor joint stock company of its legal status in the legal relations of the bill of exchange or promissory note.

I. Úvodné poznámky o postavení majiteľov cenných papierov v procese zlúčenia akciových spoločností

Východiskom mojich úvah je základný právny dokument, ktorý podlieha skúmaniu vhodnosti a výhodnosti reštrukturalizačného procesu - zlúčenia akciových spoločností zo strany všetkých dotknutých osôb, t.j. priamych účastníkov za akých treba označiť samotné akciové spoločnosti podieľajúce sa na zlúčení, na druhom mieste ich akcionárov a napokon aj tretích osôb¹, hlavne veriteľov akciových spoločností a majiteľov cenných papierov a tým je návrh zmluvy o zlúčení. Od tohto právneho dokumentu, jeho náležitého sformulovania v mnohom závisí úspešnosť dosiahnutia očakávaného výsledku. Návrh zmluvy o zlúčení, resp. spoločný návrh

* Príspevok vznikol ako súčasť projektu VEGA č. 1/042/11 „Premeny kapitálových spoločností a družstiev”

¹ Ak sa vyslovujem o všetkých dotknutých osobách, robím tak v užšom zmysle slova, pretože mimo pozornosti zostávajú zamestnanci, štátne orgány a verejnoprávne inštitúcie reprezentujúce verejný záujem.

zmluvy o zlúčení je formalizovaným zdrojom informácií a za podmienok ustanovených Obchodným zákonníkom (ďalej aj OBCHZ), môže zostať aj jediným zdrojom, z ktorého budú tretie osoby čerpať informácie o osude svojich pohľadávok a majetkových práv vôbec. Celkom určite bude základom pre prijatie vlastného rozhodnutia, ktorým sa tretie osoby v rámci zákonnej úpravy budú riadiť aby si zabezpečili ochranu svojich majetkových záujmov.

Pre návrh zmluvy o zlúčení je popri iných náležitostiach upravených v § 69 ods. 6 Obchodného zákonníka ex lege prikázaná ako neodpušiteľná obsahová náležitosť „určenie práv, ktoré poskytne nástupnícka spoločnosť akcionárom zanikajúcich spoločností, ktorí majú prioritné akcie, alebo majiteľom prioritných alebo vymeniteľných dlhopisov, prípadne iných cenných papierov s osobitnými právami vydaných zanikajúcimi spoločnosťami, alebo opatrení navrhovaných v prospech týchto osôb“ (§ 218a ods. 1 písm. f/ OBCHZ). Spomedzi osôb, ktorým musia byť poskytnuté garancie dotýkajúce sa majetkových práv fixovaných v cenných papieroch vydaných zanikajúcou akciovou spoločnosťou, budú v centre mojej pozornosti iba majitelia „*iných cenných papierov s osobitnými právami*“, pretože postavenie týchto osôb a identita cenných papierov nie je v texte právnej úpravy dostatočne jasná.

Pochybnosti vyvoláva samotný termín „iné cenné papiere s osobitnými právami“, hoci pomerne jednoduchou interpretáciou zákonného textu vieme dospieť ich základnému negatívnemu ustáleniu, že pôjde iba o také cenné papiere, ktoré nie sú akciami ani prioritnými či vymeniteľnými dlhopismi. Na otázku, aké druhy cenných papierov mal na zreteli zákonodarca je potrebné hľadať odpoveď v osobitných zákonoch a v tomto smere by mal zohrávať úlohu návod, inštrukcie hlavne zákon č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách v platnom znení (ďalej aj Zocpais), ktorý v § 2 ods. 2 obsahuje výpočet všetkých druhov cenných papierov, aké je podľa platného slovenského právneho poriadku dovolené emitovať, resp. vystavovať a uvádzať do obehu. V tomto výpočte sa pamätá aj na druh cenných papierov, o ktorom zákonodarca a nikto iný rozhodne, že ho aprobuje a ustanoví preň predpoklady a podmienky v osobitnom zákone (§ 2 ods. 2 písm. s Zocpais).

Pri nahliadnutí do spomenutého výpočtu jednotlivých druhov cenných papierov zistíme, že s klasifikačným kritériom obsiahnutým v § 218a ods. 1 písm. f/ OBCHZ by mohol súvisieť *dočasný list* (§ 176 OBCHZ), ale na otázku, či ide o iný cenný papier s osobitnými právami nie je správne odpovedať kladne, pretože dočasný list iba nahrádza akcie, ktorých emisný kurz nie je ešte splatený a aj keď ide o relatívne samostatný druh cenného papiera, o nejakých osobitných právach tu nemôže byť reč, a to z dôvodu že sa s ním spájajú rovnaké práva ako s akciami. Dočasný list je iba dočasnou náhradou akcie a jeho majiteľovi – akcionárovi sa osobitné práva nepriznávajú.²

Iným druhom cenného papiera, ktorý sa ocitol vo výpočte § 2 ods. 2 Zocpais v súlade s čl. VI. zákona č. 659/2007 Z. z. je *investičný certifikát*, úprava predpokladov a podmienok ktorého je v § 4a Zocpais. Problém subsumovateľnosti tohto cenného papiera v nadväznosti na § 218a ods. 1 písm. f/ OBCHZ spočíva

² Za osobitné právo sa nedá označiť právo na výmenu dočasného listu za akcie po splatení menovitej hodnoty akcií, ktoré nahrádza (§ 176 ods. 5 OBCHZ).

v tom, že emitentkou síce môže byť akciová spoločnosť, ale iba taká, ktorá má status banky. Pri zlučovaní akciových spoločností nešpecifikovaných ako banka, čiže bez účasti banky ako zanikajúcej akciovej spoločnosti nemožno uvažovať, že by majiteľom tohto druhu cenného papiera (nehľadiac na práva v ňom fixované) mali patriť nejaké práva v nástupníckej akciovej spoločnosti. Navyše, Obchodný zákonník v žiadnom svojom ustanovení nezohľadňuje špecifiká zlúčenía úverových, resp. finančných inštitúcií.³ Za takú úpravu v nadväznosti *na cenné s osobitnými právami* nedá sa paušálne vyhlásiť § 69 ods. 11 OBCHZ.

O cenných papieroch s osobitnými právami by sa eventuálne mohlo uvažovať v rovine tzv. prevoditeľných cenných papierov ako sú účelovo, t.j. iba dovnútra Zocpais, vymedzené v jeho § 8 písm. m/ konkrétne poukážky, ale odlišné od pokladničných poukážok, ktorým zákon o cenných papieroch a investičných službách priznáva identitu relatívne samostatného druhu cenného papiera (§ 2 ods. 2 v spoj. s § 3) podliehajúceho zákonu č. 530/1990 Zb. o dlhopisoch v znení neskorších predpisov. *Poukážky podľa § 8 písm. m/ bod 2.* Zocpais sú tu marginálne ilustrované ako zastupujúce dlhopisy alebo dlhové cenné papiere, ktoré vznikli transformáciou úverov a pôžičiek,⁴ a boli vydané v Slovenskej republike, je problematické kvalifikovať ako cenné papiere s osobitnými právami v zmysle § 218a ods. 1 písm. f/ OBCHZ: dôvod spochybnenia spočíva v samotnej úprave poukážky danej v § 535 Občianskeho zákonníka (ďalej aj OZ), na ktorú odkazuje zákon o cenných papieroch a investičných službách. Zo zákonných znakov vyplývajúcich z občianskoprávnej úpravy nedá sa vyvodiť, že ide o cenné papiere. Ak ich možno hodnotiť, potom iba ako legitimačné listiny potvrdzujúce oprávnenie na výber určitého, najčastejšie peňažného plnenia. Aby som bola dôsledná, ani poukážka na cenné papiere (§ 540 a nasl. OZ), ktorú Zocpais úplne prehliada v kontexte s prevoditeľnými cennými papiermi podľa § 8 písm. m/, nenapĺňa esenciálne znaky cenného papiera.⁵

Vyvstáva preto viac než dôvodná otázka: prečo zákonodarcia identifikoval oné „iné cenné papiere“ vo väzbe na „osobitné práva“ a aké osobitné práva mal na zreteli? Núka sa odpoveď: buď iba prekopíroval text smernice Rady č. 78/855/EHS z 9. októbra 1978 o zlúčení a splynutí akciových spoločností, vychádzajúca z článku 54 ods. 3 písm. g) zmluvy (čl. 5 ods. 2. písm. f/; Ú. v. ES L 295, 20.10.1978, s. 36.),⁶ aby formálne splnil príkaz na transponovanie smernice do slovenského právneho

³ Osobitné zákonné normy regulujúce jednotlivé formy úverových a finančných inštitúcií a podmienky ich zlúčenía vytvárajú vlastný právny režim ochrany veriteľov a sú v pomere k všeobecnej úprave zlúčenía špecifickými normami. Všeobecná úprava nemá odkazovacie pravidlo o ich použití.

⁴ V uvedenom kontexte by sa dalo uvažovať o tzv. sekuritizačných cenných papieroch, pravda za predpokladu, že by slovenské právo malo adekvátnu úpravu postupu pri sekuritizácii, pri vydávaní a výkone práv z takých cenných papierov a neponechávalo onú „transformáciu“ úverov a pôžičiek abstraktným, útržkovitým a iba na účtovných normách založených pravidlách. Je vôbec otázne, či tu máme do činenia s osobitným druhom cenných papierov, napriek tomu, že sa „vypožičiava“ na ich pomenovanie anglický výraz *asset-backed securities*.

⁵ Vecnými, esenciálnymi znakmi cenného papiera nemám na mysli tie, o ktoré sa pokúsil slovenský zákonodarcia v § 2 ods. 1 Zocpais a ktoré sa dajú vyvrátiť porovnaním s inými právnymi, resp. súkromnoprávnymi inštitútmi.

⁶ V súčasnosti je účinné tzv. kodifikované znenie smernice Európskeho parlamentu a Rady 2011/35/EÚ z 5. apríla 2011 o zlúčení a splynutí akciových spoločností. (Ú. v. EÚ L 110, 29. 4.

priadku alebo, v lepšom prípade, zohľadnil potenciálnu pozíciu zahraničných osôb participujúcich na cezhraničnom zlúčení so slovenskou akciovou spoločnosťou (ako nástupníckou spoločnosťou), ak ich právne poriadky uznávajú cenné papiere s osobitnými právami odlišnými od akcií, vymeniteľných alebo prioritných dlhopisov a náš právny poriadok im musí poskytnúť ochranu.

Čo však taká úprava prináša majiteľom (vlastníkom) *iných cenných papierov s osobitnými právami*, hlavne ak v slovenskom právnom poriadku absentuje uznanie im rovnocenného druhu cenného papiera, na to Obchodný zákonník dáva opäť nejasnú odpoveď v § 218f ods. 2. Na prvom mieste zákon deklaruje, že aj majiteľom takýchto cenných papierov musí byť umožnené získanie práv rovnocenných s právami, ktoré mali voči zanikajúcej spoločnosti. Ako však bolo uvedené vyššie, ak je kvalita a identita cenného papiera vzhľadom na „osobitné práva“ pripútané k „iným cenným papierom“ neznáma nášmu právnomu poriadku, potom pri zlučovaní, na ktorom sa podieľajú iba slovenské akciové spoločnosti, nedá sa pravidlo obsiahnuté v § 218f ods. 2 veta prvá OBCHZ hodnotiť inak ako nateraz neuplatniteľné. K rovnakej konklúzii vedie aj regula obsiahnutá v druhej vete § 218f ods. 2, bez ohľadu na to, že podľa jej obsahu môže nástupnícka spoločnosť na základe individuálnej dohody s každým majiteľom dosiahnuť zmenu práv fixovaných v takom cennom papieri. Nezachádzajúc do podrobností, považujem za potrebné vyjadriť, že konsenzom nemožno zmeniť neznáme a neurčité práva, a to ani vtedy nie, ak by sa týkali práv inkorporovaných, fixovaných v konkrétnom druhu cenného papiera aprobovaného normami objektívneho práva. V takom prípade, ak by sme mali do činenia so známym a dovoleným druhom cenného papiera (čo by v kontexte § 218f ods. 2 mohli byť prioritné alebo vymeniteľné dlhopisy) majiteľ by sa mohol vzdať ich výkonu na základe odplatnej zmluvy (dohody) uzavretej s nástupníckou spoločnosťou, čo je blízke klasifikácii oprávnenia uvedeného v § 218f ods. 2 in fine OBCHZ. Je zrejmé, že slovenský zákonodarca nejasnou požiadavkou na „cenné papiere s osobitnými právami“ zbytočne komplikuje právnu úpravu i eventuálnu realizáciu pravidiel v § 218a ods. 1 písm. f/ a § 218f ods. 2 OBCHZ.

Z cenných papierov vypočítaných v § 2 ods. 2 Zocpais, ktoré nie sú akciami, vymeniteľnými alebo prioritnými dlhopismi ani cennými papiermi s tzv. osobitnými právami a ktoré pred zlúčením vystavila a vydala zanikajúca akciová spoločnosť, pozornosť si zasluhujú predovšetkým tie, na ktoré právne predpisy nevyžadujú osobitnú, na profiláciu podnikania viazanú klasifikáciu emitentky.⁷ K nim jednoznačne patrí *zmenka*. O tom, že zmenka je cenný papier, nie je potrebná osobitná argumentácia. Je dokonalým cenným papierom v praxi relatívne často využívaným a napriek tomu nie je zrejme subsumovateľná pod úpravu § 218a ods. 1 písm. f/ a § 218f ods. 2 OBCHZ. Príčinu musíme hľadať v zameraní a účeloch, ktoré sleduje európska úijná úprava zlučovania akciových spoločností. Tá preferuje, resp.

2011). V tejto smernici nenastala žiadna zmena v minimálnych obsahových náležitostiach návrhu zmluvy o zlúčení a dokonca tieto sú systematicky zaradené rovnako pod čl. 5.

⁷ Vice versa podmienkou vydávania takých cenných papierov akými sú podielové listy, vkladové listy, vkladné knižky, cestovné šeky, náložné listy, skladištné listy, skladiskové záložné listy, tovarové záložné listy, družstevné podielnické listy je osobitné právne a ekonomické postavenie emitentov upravené v zákonoch, ktoré zároveň ustanovujú právny režim nielen emitentky, ale aj uvedených cenných papierov, vrátane práv v nich fixovaných, ich nadobúdanie a výkon, uplatnenie a zánik.

exkluzívne sa orientuje na ochranu majiteľov kapitálových cenných papierov. Ochrana majiteľov (vlastníkov) iných cenných papierov, pokiaľ by boli ich majetkové záujmy dotknuté procesom zlúčenia, ponecháva na systém právnej úpravy jednotlivých členských štátov. Na prvý pohľad sa zdá, že slovenská úprava v tomto smere poskytuje majiteľom zmieniek, vystaviteľkou ktorých bola zanikajúca akciová spoločnosť participujúca na zlúčení, rovnakú ochranu ako akýmkoľvek iným veriteľom. Či právno-normatívne riešenie predvídané v § 218f ods. 1 OBCHZ je vyhovujúce pre ochranu majiteľov zmenky, pokúsim sa zhodnotiť v nasledujúcej časti.

II. Ochrana majiteľa zmenky v procese zlúčenia akciových spoločností podľa úpravy v Obchodnom zákonníku

Obchodný zákonník poskytuje veriteľom akciových spoločností participujúcich na zlúčení rovnakú ochranu bez rozdielu, či sú veriteľmi zanikajúcej alebo nástupníckej spoločnosti v úprave danej v § 218f ods. 1, a to v podobe zákonného práva na zabezpečenie pohľadávky veriteľa. Veriteľ akejkolvek z týchto spoločností má zo zákona právo žiadať od nástupníckej akciovej spoločnosti, aby dostačujúcim spôsobom zabezpečila splnenie neuhradených pohľadávok, ak je dôvodne presvedčený, že v dôsledku zlúčenia sa zhorší vymožiteľnosť jeho pohľadávky. Zákon veriteľovi poskytuje na výkon práva na zabezpečenia voči nástupníckej spoločnosti lehotu šiestich mesiacov odo dňa zverejnenia zápisu zlúčenia v obchodnom registri. Z uvedených zákonných podmienok zreteľne vyplýva, že ide o ochranu následnú, nastávajúcu až po vstupe nástupníckej akciovej spoločnosti do práv a záväzkov zaniknutej akciovej spoločnosti. Na prvý pohľad je zrejmé, že takáto koncepcia je logická. Veriteľ, ktorého pohľadávka dospela (stala sa splatnou) najneskôr ku dňu účinnosti zlúčenia, môže žiadať zabezpečenie, eventuálne jej splnenie od zanikajúcej akciovej spoločnosti.

V prípade zmenkovej pohľadávky, ktorej splatnosť nastane *pred alebo najneskôr ku dňu účinnosti zlúčenia*, pri zachovaní zmenkovej diligencie prikázanej v čl. I. zákona č. 191/1950 Zb., zákon zmenkový a šekový (ďalej aj ZZŠ I) má majiteľ zmenky⁸ povinnosť zmenku predložiť zanikajúcej akciovej spoločnosti (zmenkovému dlžníkovi) a tým žiadať od nej zaplatenie. Ak by bola zmenka domicilovaná, potom to nie je prekážkou výkonu práva majiteľa, pretože ak zmenku predloží domiciliátovi, je jeho prezentačná (zachovávací) povinnosť dodržaná. Negatívny výsledok žiadaného zaplatenia od zanikajúcej akciovej spoločnosti nebráni legitimovanému majiteľovi zmenky dožadovať sa svojich nárokov žalobou na príslušnom súde. Otázkou je, koho bude žalovať.

Pred účinnosťou zlúčenia niet dôvodu pochybovať, že pasívne procesne legitimovanou bude zanikajúca akciová spoločnosť, pretože ešte stále je z hľadiska práva existujúcim právnym subjektom; ak v priebehu konania o nároku zo zmenky nastanú účinky zlúčenia, zásadný problém by nemal nastať, pretože sa uplatnia pravidlá obsiahnuté v § 92 Občianskeho súdneho poriadku (podľa § 92 ods. 3 veta

⁸ Zmenkový a šekový zákon nepozná a celkom správne nezaviedol termín „zmenkový veriteľ“. Taký termín je obvyklý v právnickom jazyku či už teoretickom alebo sudcovskom.

in fine právne účinky spojené s podaním návrhu na začatie konania zostávajú zachované).

Na zmenkovú pohľadávku majiteľa, ktorá dospeje (stane sa splatnou) až po účinnosti zlúčenía bude potrebné hľadiť z pozície nástupníckej spoločnosti ako na zmenkový záväzok tvoriaci súčasť obchodného imania, ktoré v zhode s § 69a ods. 3 písm. c/ OBCHZ prechádza na nástupnícku akciovú spoločnosť. Oprávnený majiteľ zmenky má možnosť pri splatnosti žiadať zaplatenie od nástupníckej akciovej spoločnosti a tá sotva môže riadne odoprieť zaplatenie zmenkovej sumy s poukázaním, že nie je zaviazaná zo zmenky a využiť na svoju obranu pravidlo dané v § 7 ZZŠ I. Na strane žalujúceho majiteľa zmenky zostáva, aby v žalobe (návrhu na vydanie zmenkového platobného rozkazu) dodržal procesný formalizmus spojený s procesnou pasívnou legitimáciou. Pre jej zachovanie bude potrebné doložiť doklad potvrdzujúci generálnu sukcesiu žalovanej nástupníckej akciovej spoločnosti. Domnievam sa, že ochrana majiteľa zmenky, akú mu poskytujú normy zmenkového práva bude účinnejšia, než inštitút zabezpečenia, ktorý predvída Obchodný zákonník v § 218f ods. 1, aj keď sa nedá vylúčiť, že jeho využitie v konkrétnom prípade a vzhľadom na konkrétne okolnosti môže byť prínosom.

Pre majiteľov zmenky, ale aj iných veriteľov zanikajúcej akciovej spoločnosti bolo by viac prospešné, keby slovenský zákonodarca doplnil právnu úpravu o osobitné pravidlá vytvárajúce inštitút dočasného oddeleného spravovania majetku akciových spoločností podieľajúcich sa na zlúčení. Taký inštitút je napr. známy poľskému právu obchodných spoločností. Kódex obchodných spoločností⁹ v čl. 495 a čl. 496, ktoré sú systematicky zaradené do IV. titulu o zlúčení, rozdelení a premene obchodných spoločností, medzi všeobecné ustanovenia o zlúčení spoločností, ustanovuje také oddelené spravovanie majetku nástupníckou spoločnosťou až do doby uspokojenia alebo zabezpečenia (ergo nielen zabezpečenia ako to dovoľuje náš Obchodný zákonník) pohľadávok veriteľov. Navyše, výslovne zakotvuje solidárnu zodpovednosť členov orgánov nástupníckej spoločnosti za také oddelené spravovanie majetku. Poľský Kódex obchodných spoločností v období trvania oddelenej správy majetku priznáva veriteľom aj prednosť na uspokojenie z majetku ich pôvodnej dlžníčky pred ostatnými veriteľmi.

III. Nadobudnutie zmenky nástupníckou akciovou spoločnosťou

Regulárnymi zmenkovoprávnymi titulmi nadobudnutia zmenky sú iba tie, ktoré ustanovuje zákon zmenkový a šekový. Popri prvom vydaní zmenky po jej vystavení prvému oprávnenému majiteľovi, indosamente, príp. blankoindosamente či postihovom vyplatení zmenky, zákon predvída aj mimozmenkový titul – zmluvu o postúpení pohľadávky (§ 11 ods. 2 ZZŠ I.). Inými právnymi titulmi scudzenia a nadobudnutia zmenky sa tento zákon nezaobrá, čo však neznamená, že by sme mali robiť záver o vylúčení ich využitia. Žiadne zakazujúce ustanovenie sa v zákone nenachádza. Samotná táto skutočnosť v spojitosti s obchodnoprávnou úpravou zlúčenía akciových spoločností vedie k záveru, že aj zlúčenie, presnejšie príslušný akt – zmluva o zlúčení po nadobudnutí účinkov, je právnym dôvodom (titulom)

⁹ Kódex spółek handlowych Ustawa z dnia 15 września 2000, Dz. U.r. 2000 Nr. 94, poz. 1037, ze zmianami

nadobudnutia zmenky do majetku nástupníckej akciovej spoločnosti. Dôsledok, ktorý sa spája s týmto dôvodom treba skúmať a hodnotiť cez priezor pomeru medzi zmenkovoprávnym režimom a obchodnoprávnym, resp. všeobecným súkromnoprávnym režimom, tak ako tieto vykazujú rozdielne vplyvy na oprávnenie nadobúdateľky a jej ďalšie dispozície so zmenkou, ale aj na ochranu zmenkovo zaviazaných osôb – zmenkových dlžníkov.

Na prvom mieste je potrebné upozorniť, že ak by sme uvažovali iba v intenciách obchodnoprávneho režimu vzniku práva nástupníckej akciovej spoločnosti na zmenku a práv zo zmenky (obligačných zmenkových práv), potom by boli dôležité dva momenty viazané k tomu istému času: účinnosť zlúčenia a prechod imania zanikajúcej akciovej spoločnosti na nástupnícku akciovú spoločnosť. Obchodný zákonník nijako zvlášť neupravuje ďalší postup týkajúci sa zosúladenia zmien v osobe oprávneného subjektu a jednoducho iba vyslovuje, že majetok a záväzky (imanie) prechádzajú na nástupnícku akciovú spoločnosť. Či prechod je právnou fikciou alebo nevyvrátiteľnou domnienkou, necháme nateraz stranou. Vo všeobecnosti na nadobudnutie vlastníctva zmenky musí nastať jej odovzdanie, bez ktorého nie je možný výkon zmenkových práv a ani prípadné uplatnenie zmenkových nárokov súdnou cestou. V prípade zlúčenia akciových spoločností vyvstáva otázka: aký modus (spôsob) získania fyzickej moci, t.j. ovládania je potrebný a či vôbec je potrebný, keďže pôvodné oprávnenie zanikajúcej akciovej spoločnosti držať zmenku trvá až do jej zániku a po ňom, niet subjektu, ktorý by odovzdanie zmenky učinil. Táto „technická“ stránka sa môže javiť ako podružná, keby s ňou nebola spätá legitimácia majiteľa zmenky a od nej sa v konečnom dôsledku odvíjajúca aj procesnoprávna legitimácia. Inak vyjadrené, narážame tu na zmenkovoprávnu legitimáciu majiteľa. Zmenkovoprávne normy sú v jej riešení dôsledné nielen v tom ako ustaľujú pozíciu oprávneného majiteľa, ale zároveň aj v tom, že vylučujú zo zmenkovoprávneho režimu a ním priznaných výhod každého, kto ju nemá. Ide o to, že v zmenkovom práve sa v zhode so zásadou zmenkového formalizmu vyžaduje formálna legitimácia. Tú môže, resp. musí na prvom mieste vytvoriť v konkrétnom prípade vystaviteľ zmenky uvedením mena prvého oprávneného majiteľa. V okamihu keď vystaviteľ zmenku odovzdá (vydá) osobe menovanej v zmenke a tá ju prevezme, nadobúda ju do vlastníctva a smie si ju ponechať až do jej splatnosti (to je prevažujúca prax na Slovensku) alebo podľa vlastného rozhodnutia disponovať s ňou ako vlastník. Či na dispozíciu upotrebí zmenkovoprávny titul alebo niektorý z mimozmenkových právnych dôvodov, je na jeho autonómnom rozhodnutí. Význam formálnej legitimácie je zdôraznený cez § 1 (pre zmenku cudziu), príp. § 75 (pre zmenku vlastnú) ZZŠ I a cez sankcionovanie absencie údajov o prvom oprávnenom majiteľovi v § 2 ods. 1, resp. § 76 ods. 1 ZZŠ I.¹⁰

Vyvrátenie účinkov zmenkovej formálnej legitimácie prvého oprávneného majiteľa zmenky je takmer nemožné a na obdobnom princípe sa zakladá aj formálna legitimácia podľa úpravy danej v § 16 ZZŠ I., až na to, že konštrukcia formálnej legitimácie podľa § 16 je ešte komplikovanejšia.

¹⁰ V uvedených súvislostiach sa nezaobrám tzv. blankozmenkou, ktorá až do jej vyhotovenia zmenkou nie je, ak listinu blankopodpisujúca osoba odovzdá vedome s absenciou niektorej z podstatných a zo zákona nenahraditeľných častí (náležitostí) tretej osobe, v prospech ktorej zriaďuje právo na dohotovenie (doplnenie) zmenky a dohodne s ňou podmienky, za akých sa má využiť táto tzv. blankozmenka.

Otázka, či nástupníckej akciovej spoločnosti patrí formálna zmenková legitimácia je podľa úpravy danej v ZZŠ I. relatívne ľahko zodpovedateľná. Z povahy zmenkovoprávnej úpravy a zásad zmenkového práva dá sa dôvodiť, že ak ide o zmenku, ktorá sa nachádzala v majetku zanikajúcej akciovej spoločnosti, ergo, zmenku, v ktorej ako prvá oprávnená majiteľka bola uvedená obchodným menom, nástupnícka akciová spoločnosť formálnu legitimáciu po účinnosti zlúčenia nezíska. Na to, aby mohla vystupovať v zmenkovoprávných vzťahoch, jej však postačí *materiálna zmenková legitimácia* a tú získa generálnou sukcesiou do práv zaniknutej akciovej spoločnosti. Keďže normy zmenkového práva v ochrane zmenkových subjektov pôsobia vyvážené, poskytujú zmenkovému dlžníkovi oprávnenie skúmať legitimáciu osoby, ktorá pri splatnosti predkladá zmenku na zaplatenie, a žiadať od neho v prípade, že zo zmenky formálna legitimácia nie je zjavná, aby preukázal materiálnu legitimáciu majiteľa zmenky. Domnievam sa, že taký postoj zmenkového dlžníka zodpovedá jeho diligencii. V súlade s § 40 ods. 3 ZZŠI sa totiž zmenkový dlžník oslobodí od svojho zmenkového záväzku ak plní osobe formálne legitimovanej a ak sa nedopustil podvodu a nemožno mu ani pričítať hrubú nedbanlivosť.

Ak materiálne legitimovaný majiteľ zmenky na žiadosť zmenkového dlžníka preukáže svoje oprávnenie, zmenkový dlžník nemôže bez následkov odoprieť zaplatenie zmenkovej sumy. Pre prípad, že zmenkový dlžník pri splatnosti nezaplatí, majiteľ zmenky ho môže žalovať. Jeho zaťažuje povinnosť k návrhu na vydanie zmenkového platobného rozkazu pripojiť originál zmenky a všetky dokumenty, ktoré sú potrebné na uplatnenie práva. Pri zmenke neindosovanej, v ktorej figuruje ako prvý oprávnený majiteľ zaniknutá akciová spoločnosť, musí nástupnícka akciová spoločnosť doložiť výpis z obchodného registra s údajmi zapísanými v súlade s § 69a ods. 3 písm. a/ OBCHZ.

Hoci treba uznať, že nástupnícka akciová spoločnosť vstupuje generálnou sukcesiou do práv zaniknutej akciovej spoločnosti, nič - menej nie je ďalšie disponovanie so zmenkou bez problémov. Pokiaľ by sa právne dispozície so zmenkou uskutočňovali na základe mimozmenkových právnych titulov nastala by rovnaká právna situácia, akú predvída zmenkový zákon v § 11 ods. 2 pri zmenke so zápornou doložkou na rad a na výkon práv nadobúdateľa zmenky a zmenkovej pohľadávky uplatnili by sa zákonné pravidlá obsiahnuté nateraz v § 524 a nasl. Občianskeho zákonníka (ďalej aj OZ), vrátane možností obrany osôb zmenkovo zaviazaných. Nadobúdateľ by musel strpieť ich námietky v rozsahu podľa § 529 OZ, inak vyjadrené, žalovaný zmenkový dlžník by na svoju obranu mohol použiť námietky z osobného, kauzálneho vzťahu s pôvodnou vystaviteľkou zmenky, do postavenia ktorej vstúpila nástupnícka akciová spoločnosť.

Aj keby nástupnícka akciová spoločnosť, ktorej chýba formálna zmenková legitimácia umiestnila na rube zmenky vyhlásenie, obsahom ktorého je klauzula o prevode zmenky na inú osobu a toto vyhlásenie by bolo podpísané jej obchodným menom, nemohlo by byť klasifikované ako indosament. Rovnako tak aj ďalšie po tomto vyhlásení nasledujúce vyhlásenia, nemali by zmenkovoprávne účinky indosamentu. Ani vstup materiálne legitimovaného majiteľa zmenku (v našich úvahách nástupníckej akciovej spoločnosti) nedá sa hodnotiť ako nejaký „zastupujúci“ titul formálnej legitimácie majiteľa zmenky. Pri hodnotení musí sa vychádzať zo samotnej zmenky. Všetky na zmenke (zmenkovej listine) umiestnené

údaje jasne (transparentne) vypovedajú o stave zmenky, v akom sa nachádzala nielen pri scudzení a nadobudnutí, ale aj pri takom špecifickom spôsobe, akým je generálna sukcesia ako výsledok zlúčenia akciových spoločností. Navyše, treba pamätať aj na zásadu „Verba chartarum fortius accipitur contra proferentem“. Netreba zabúdať, že materiálne legitimovanému majiteľovi zmenky sa neodoberá právo na procesnú ochranu. To však neznamená identitu s hmotným právom disponovať so zmenkou, presnejšie so zmenkovoprávnymi dispozíciami.

Proti spochybňujúcim názorom, ktoré sa objavujú v literatúre a stoja na tvrdení, že zmenkový formalizmus a zmenková prísnosť sú zbytočne rigorózne či rigidné, treba sa postaviť. Sú pokusom popierať charakteristické črty zmenkového práva a zásady, na ktorých spočíva samotná zákonná úprava. Aké sú príčiny vypovedajúcich sa za oslabenie týchto zásad nie je potrebné komentovať.

Kontakt

janka.vykrocova@upjs.sk

III. ČASŤ
MEDZINÁRODNÁ OBCHODNÁ ARBITRÁŽ A JEJ ŠIRŠIE
ASPEKTY

Доц. Андрей Бутырский

Доцент кафедры гражданского права Черновицкого
национального университета имени Юрия Федьковича., судья
хозяйственного суда Черновицкой области

Третейский суд (арбитраж) в странах Восточной Европы

Abstract

Reduction of loading by the state courts a solution of disputes with the help of alternative methods is one of tasks of judicial reform in Ukraine. It is necessary to carry the arbitration courts which in Europe are called as arbitration to the last. Process of improvement of work of the arbitration courts in Ukraine is impossible without the analysis of similar norms of foreign right regulation as in our country this institute didn't find broad application while in countries of Eastern Europe a significant amount of disputes is solved in arbitration.

Реформа судебной системы Украины направлена на обеспечение реальной защиты прав и свобод граждан и юридических лиц. Для достижения поставленной цели необходимо учитывать не только наработки отечественных ученых, но и зарубежных. При этом значительный интерес представляют страны, которые относятся к одной правовой семье. Также важно наличие общих черт правового регулирования.

До недавнего времени (до конца 80-х годов) судебные системы СССР и социалистических стран были весьма схожими. Однако, после революций, которые прокатились в 80-х годах по странам Восточной Европы, последние взяли курс на сближение с Западной Европой, что нашло свое проявление во всех сферах жизни, в том числе и правовой. Исходя из приведенного, необходимым является исследование эволюции развития моделей разрешения споров в целом и альтернативных способов разрешения споров в частности, в соседних странах, что, в свою очередь, позволит более эффективно решать споры с участием инвесторов и иностранных физических и юридических лиц.

Для исследования было выбрано Восточную Европу. Единого определения стран, которые входят в Восточную Европу, не существует. К концу 80-х гг. странами Восточной Европы называли все социалистические страны. Наряду с термином «страны Восточной Европы» использовался термин «страны СЭВ (совет экономической взаимопомощи)».

Понятие «Восточная Европа» стало употребляться после начала Холодной Войны в 1948 г. Все европейские страны, которые находились под влиянием СССР, считались восточноевропейскими. Термин «Восточная Европа» имел как политический, так и географический характер. После окончания холодной войны в 1989 г. Понятие Восточная Европа с каждым годом все больше приобретает географического значения. С присоединением многих восточноевропейских стран к Европейскому Союзу на них стало распространяться понятие Центральная Европа.

Согласно определению ООН, в состав Восточной Европы входят: Беларусь, Болгария, Венгрия, Молдова, Польша, Румыния, Россия, Словакия, Украина и Чехия.

Выбирая для исследования Россию, Беларусь, Молдову, Болгарию, Польшу, Румынию и Словакию, автор исходил из следующего.

Россия, Беларусь и Молдова исторически развивались вместе с Украиной и еще недавно входили в одну страну – СССР.

Болгария, которая до 1991 г. входила в число «братских народов» СССР, имела подобное законодательство, а после 1991 г. пошла своим путем, выбрав ориентиром право Европейского Союза. Республика Польша уже более 20 лет строит демократическое правовое государство. За этот период она сумела достичь значительных успехов, а именно: создать политический режим консолидированной демократии, восстановить эффективное гражданское общество и построить рыночную экономику. В новом восприятии Польши в мире, которая имеет достаточно высокий рейтинг и привлекательный имидж среди других посткоммунистических стран, большую роль сыграло ее членство в НАТО и Европейском Союзе. Отметим, что подготовка к вступлению в эти международные организации заставила польское руководство, представителей всех ветвей власти, общество активизировать свои усилия на выполнение всех перед вступительных требований НАТО и ЕС. В контексте предмета анализа данного исследования считаем, что судебная система Польши в целом и ее отдельные институты, в частности, в этот период понесли ощутимые изменения. Указанные достижения Польши достаточно актуальны для Украины. Румыния и Словакия являются географическими соседями, в связи с чем, исследование проблематики решения хозяйственных споров имеет не только научное, но и практическое значение.

Понятие «разрешение споров» используется в широком и узком смысле. В широком смысле разрешение споров означает урегулирование противоречий между сторонами в любой форме, а в узком смысле под данным понятием понимают разрешение споров как метод разрешения конфликта между сторонами в судебном порядке. При этом в судебном порядке споры рассматриваются как государственными судами, так и судами, которые выбираются самими сторонами. К последним относятся третейские суды (арбитражи). Рассмотрение дел третейским судом следует отнести к альтернативным (относительно государственных судов) способам решения хозяйственных споров.

Третейское разбирательство споров является древнейшей формой разрешения споров и, соответственно, третейские суды предшествовали возникновению государственных судов.

В Украине действуют третейские суды, к которым относится также международный коммерческий арбитраж. Деятельность третейских судов в Украине регламентируется Законом Украины «О третейских судах». В ст. 2 данного закона дается определение третейского суда, под которым понимается негосударственный независимый орган, который создается на основании соглашения или соответствующего решения заинтересованных физических и/или юридических лиц в порядке, установленном настоящим Законом, для решения споров, возникающих из гражданских и хозяйственных правоотношений.

Конституционный Суд Украины в своем решении от 10 января 2008 г. установил, что третейское разрешение споров сторон в сфере гражданских и хозяйственных правоотношений – это вид негосударственной юрисдикционной деятельности, которую третейские суды осуществляют на основании законов Украины путем применения, в частности, методов арбитража. Осуществление третейскими судами функции защиты, предусмотренной в абз. 7 ст. 2, ст. 3 Закона, является осуществлением ими не правосудия, а третейского рассмотрения споров сторон в гражданских и хозяйственных правоотношениях в рамках права, определенного ч. 5 ст. 55 Конституции Украины¹.

Гражданский или хозяйственный спор передается на рассмотрение третейского суда при наличии между сторонами третейского соглашения, которое заключается в письменной форме. Также третейское соглашение считается заключенным, если оно подписано сторонами или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем направления отзыва на иск, в котором одна из сторон подтверждает наличие соглашения, а другая сторона против этого не возражает.

Альтернативные способы разрешения споров не могут касаться всех категорий споров. Это объясняется тем, что есть особые виды споров, где достижение понимания сторон может иметь целью нарушить интересы третьих лиц или нарушить права государства. И не зря законодатель предусмотрел, какие категории споров не подлежат рассмотрению в третейском суде, а также определил в процессуальных кодексах процедуру обжалования решений третейских судов.

Ст. 6 Закона Украины «О третейских судах» определила категории хозяйственных споров, которые не подлежат рассмотрению в третейских судах. К ним следует отнести:

- дела по спорам о признании недействительными нормативно-правовых актов;
- дела по спорам, возникающим при заключении, изменении, расторжении и выполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд;
- дела, связанные с государственной тайной;
- дела о восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом;

¹ Решение Конституционного Суда Украины от 10 января 2008 г. по делу № 1-3/2008 [Электронный ресурс]. - Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-08>.

- дела, одной из сторон в которых является орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностное или служебное лицо, другой субъект при осуществлении им властных управленческих функций на основе законодательства, в том числе на выполнение делегированных полномочий, государственное учреждение или организация, казенное предприятие;
- дела, возникающие из корпоративных отношений в спорах между хозяйственным обществом и его участником (учредителем, акционером), в том числе участником, который выбыл, а также между участниками (учредителями, акционерами) хозяйственных обществ, связанных с созданием, деятельностью, управлением и прекращением деятельности этих обществ;
- дела, в которых хотя бы одна из сторон спора является нерезидентом Украины;
- дела, по результатам рассмотрения которых выполнение решения третейского суда потребует совершения соответствующих действий органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными или служебными лицами и другими субъектами при осуществлении ими властных управленческих функций на основе законодательства, в том числе на выполнение делегированных полномочий.

К преимуществам решения хозяйственных споров с помощью третейских судов следует отнести беспристрастность при разрешении споров, поскольку уровень доверия к судам в Украине является не слишком высоким. Однако, о беспристрастности третейского суда следует говорить лишь в том случае, когда стороны самостоятельно выбирают конкретный суд для решения спора (достаточно часто встречаются случаи, когда в договорах, которые не подлежат корректировке (кредитные договоры), уже определен третейский суд, который будет решать спор).

Также сторон спора в третейском рассмотрении привлекает конфиденциальность сведений, полученных в результате решения спора, третейским судьей. В третейских судах возможно рассмотрение дела в закрытом заседании, если хотя бы одной из сторон выдвинуты возражения относительно открытого рассмотрения дела по мотивам соблюдения и сохранения коммерческой, банковской тайны или обеспечения конфиденциальности информации.

В противоположность третейским судам в государственных судах доступ к судебным решениям открыт, а закрытое заседание по мотивам соблюдения и сохранения коммерческой или банковской тайны невозможно.

Однако, существуют также существенные недостатки в деятельности третейских судов. В первую очередь, следует отметить, что не всегда третейские судьи обладают необходимым объемом знаний для разрешения споров, поскольку требования к ним не являются высокими. Так, третейским судьей может быть назначено или избрано лицо, прямо или косвенно не заинтересованное в результате разрешения спора, а также которое обладает признанными сторонами знаниями, опытом, деловыми и моральными качествами, необходимыми для решения спора.

Третейскими судьями не могут быть:

- лица, не достигшие совершеннолетия, и лица, которые находятся под опекой или попечительством;

- лица, не имеющие квалификации, согласованной сторонами непосредственно либо определенной в регламенте третейского суда;
- лица, имеющие судимость;
- лица, признанные в судебном порядке недееспособными ;
- судьи судов общей юрисдикции или Конституционного Суда Украины.

На наш взгляд, следует предусмотреть более жесткие требования для третейских судей (установить минимальный возраст судьи третейского суда, который составляет двадцать пять лет, предусмотреть минимальный стаж работы для работы третейским судьей в области права, который составляет не менее трех лет и др.), которые повысят качество разрешения споров.

Также не способствует обращению в третейские суды отсутствие ответственности у третейских судей за принятые решения.

Порядок обжалования решений третейского суда предусмотрен, в частности, в Хозяйственном процессуальном кодексе Украины, который определяет, что стороны, третьи лица, а также лица, не участвовавшие в деле, в случае если третейский суд решил вопрос об их правах и обязанностях, имеют право обратиться в хозяйственный суд с заявлением об отмене решения третейского суда. Основаниями для отмены решения третейского суда являются исключительно процессуальные основания, к которым следует отнести:

- дело, по которому принято решение третейского суда, не подведомственно третейскому суду в соответствии с законом;
- решение третейского суда принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением, или этим решением решены вопросы, выходящие за пределы третейского соглашения. Если решением третейского суда решены вопросы, выходящие за пределы третейского соглашения, то отменена может быть лишь та часть решения, которая касается вопросов, выходящих за пределы третейского соглашения;
- третейское соглашение признано судом недействительным;
- состав третейского суда, которым принято решение, не соответствовал требованиям закона;
- третейский суд решил вопрос о правах и обязанностях лиц, не участвовавших в деле.

Хозяйственные споры могут по соглашению сторон передаваться на рассмотрение международного коммерческого арбитража. Данный орган рассматривает споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, которые возникают при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Украины, между собой, споры между их участниками, а также их споры с другими субъектами права Украины. К признакам международного коммерческого арбитража Чолак Р. Ивица относит: имеет негосударственный характер; образуется арбитражным соглашением (в форме отдельного соглашения или арбитражной оговорки) решает

специфический частный правовой спор, возникший из международных коммерческих отношений².

Деятельность международного коммерческого арбитража в Украине на национальном уровне регламентируется Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже». Данный закон согласуется с международным законодательством, которое определяет основные принципы международного арбитража. К такому законодательству необходимо отнести Конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г., Конвенцию о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. и Типовой закон ЮНИСТРАЛ о международном торговом арбитраже от 30 мая 1997 г.

Под «арбитражем» в Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже» понимается любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением, в частности Международным коммерческим арбитражным судом или Морской арбитражной комиссией при Торгово-промышленной палате Украины³.

Международный коммерческий арбитражный суд рассматривает споры, возникающие из гражданских правоотношений при наличии письменного арбитражного соглашения (договоренности) сторон о передаче ему таких споров. Конституционный Суд Украины в своем решении от 14 октября 1997 г. отметил, что стороны арбитражного соглашения по собственному усмотрению предусматривают передачу споров на разрешение постоянного арбитражного органа, которым является указанный арбитражный суд или арбитраж по конкретному делу; могут назначать арбитров и определять нормы права, которые будут применяться арбитрами при рассмотрении спора по существу. Поэтому Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины как негосударственный орган не осуществляет функции правосудия в контексте ст. 124 Конституции Украины⁴.

Арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, имеют ли они договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения. Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с

² Чолак Р. Ивица Международный коммерческий арбитраж в странах Юго-Восточной Европы: сравнительно-правовой анализ: Автореф. дисс. канд. юрид. наук / Чолак Р. Ивица; Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД РФ. – М., 2004. – С. 9]

³ Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T400200.html .

⁴ Постановление Конституционного Суда Украины от 14 октября 1997 г. по делу № 016/1241-97 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/vz44u710-97>.

использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

Наличие арбитражной оговорки предусматривает решение хозяйственного спора в международном коммерческом арбитраже, что, в свою очередь, исключает рассмотрение данного хозяйственного дела в суде. Так, ч. 1 ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» предусматривает, что суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, если не признает, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть выполнено. Данная правовая норма согласуется со ст. 6 Конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г., которая предусматривает, что отвод государственного суда по недопустимости, основанный на арбитражном соглашении и заявленный в государственном суде, должен быть заявлен под угрозой потери права за пропуском срока до или в момент представления возражений по существу спора. Суд, в котором возбуждено дело, может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства⁵.

Практическое применение положений ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» свидетельствует о неодинаковом понимании судьями данной нормы права. В частности, в производстве хозяйственного суда Черновицкой области находилось 10 аналогичных дел по искам одного общества к другому. Определениями хозяйственного суда Черновицкой области производства по данным делам были прекращены со ссылкой на то, что практика Европейского суда по правам человека свидетельствует, что обращение физических и/или юридических лиц в третейский суд является правомерным, если отказ от услуг государственного суда состоялся по свободному волеизъявлению сторон спора (Решение по делу «Девир против Бельгии» от 27 февраля 1980 г.). Учитывая наличие в договорах, на которые истец ссылается в исковых заявлениях, третейской оговорки (условие договора дословно: «все споры и/или разногласия, которые могут возникнуть по настоящему Договору или в связи с ним, разрешаются окончательно в Международном Коммерческом Арбитражном Суде при Торгово-Промышленной палате Украины в соответствии с Регламентом этого суда и действующего законодательства Украины. Арбитраж должен проводиться в Киеве, Украина, на украинском языке. Решение вышеупомянутого суда будет окончательным и обязательным для сторон.»), производство по всем вышеупомянутым делам было прекращено.

⁵ Конвенция о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_069].

Определения о прекращении производства по делу были обжалованы в апелляционную инстанцию, которая приняла противоположные по правовому содержанию постановления. Так, в деле № 3/5027/496/2011, производство по которому было прекращено, определение местного суда от 12.11.2012 г. постановлением Львовского апелляционного хозяйственного суда от 19.12.2012 г. отменено, а дело передано на рассмотрение хозяйственным судом Черновицкой области. При этом апелляционная инстанция исходила из того, что анализируя пункт договора, который содержит третейскую оговорку, можно сделать вывод о том, что такое условие не ограничивает права истца на обращение в суд в соответствии с подведомственностью и подсудностью дел, установленных хозяйственным процессуальным законом. Истец, обращаясь в хозяйственный суд, действовал согласно действующему законодательству и на основании заключенного между сторонами договора, выбрав способ защиты нарушенного права, предусмотренный ст. 16 ГКУ, что не принято во внимание судом первой инстанции. В дальнейшем постановление апелляционной инстанции было отменено постановлением Высшего хозяйственного суда Украины⁶.

Судебная форма разрешения хозяйственных споров отличается от альтернативных способов разрешения споров более формализованной процедурой. Если процедура разрешения споров в третейском суде выписана поверхностно, то в государственном суде должны быть в полном объеме оценены противоречия сторон и установлено, какая из сторон нарушила закон. Деятельность судьи при осуществлении правосудия в хозяйственном процессе ограничена принципами правосудия и нормами, регламентирующими ведение процесса.

В России также существуют третейские суды, деятельность которых регламентирована в Федеральном Законе «О третейских судах в Российской Федерации» № 102-ФЗ от 24 июля 2002 г. Данный закон предусматривает, что в третейский суд может передаваться любой спор, возникающий из гражданских правоотношений, если иное не предусмотрено федеральным законом. Стоит заметить, что третейские суды, в отличие от государственных судов, не осуществляют правосудия, поскольку они являются негосударственными юрисдикционными органами, не входят в судебную систему России и не действуют от имени государства.

Спор передается на разрешение третейского суда при наличии заключенного между сторонами третейского соглашения, которое заключается в письменной форме. Третейское соглашение может быть заключено в виде отдельного документа, который подписывается сторонами, и предметом которого является договоренность сторон о передаче в третейский суд конкретного спора. Также третейское соглашение может быть в форме третейской оговорки, которая включается непосредственно в текст договора и является его неотъемлемой частью.

Третейское разбирательство в РФ осуществляется на основе принципов законности, конфиденциальности, независимости и беспристрастности третейских судей, диспозитивности, состязательности и равенства сторон.

⁶ Архив хозяйственного суда Черновицкой области. Дело № 3/5027/496/2011 за 2012 год.

По поводу третейского судопроизводства А.И. Зайцев указывает, что третейское судопроизводство было и остается привлекательным способом защиты нарушенных или оспариваемых прав из гражданских правоотношений в связи с его многочисленными преимуществами перед судопроизводством в судах государственных⁷.

Решение третейского суда в России может быть обжаловано в компетентный суд в течение трех месяцев с момента получения такого решения, если только третейским соглашением не предусмотрено, что решение является окончательным. Порядок обжалования решений третейского суда по делам, возникающим из гражданских отношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, предусмотренный гл. 30 Арбитражного процессуального кодекса России. Данная глава предусматривает, что суд при рассмотрении дела по заявлению об отмене решения третейского суда, должен лишь установить наличие или отсутствие оснований для отмены данного решения, исчерпывающий перечень которых приводится в ст. 233 Арбитражного процессуального кодекса России. К таким основаниям относится в частности то, что третейское соглашение недействительно по основаниям, предусмотренным федеральным законом, сторона не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о третейском разбирательстве, решение третейского суда вынесено по спору, не предусмотренному третейским соглашением и т.п.

Законодательное закрепление исчерпывающих оснований для отмены решения третейского суда, которые носят процессуальный характер, является крайне положительным, поскольку исключает возможность переоценки доказательств судьей арбитражного суда при пересмотре решения третейского суда.

Экономические споры решаются в России также международным коммерческим арбитражем согласно норм Закона России «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 г. В Международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории РФ, между собой, споры между их участниками, а также их споры с другими субъектами права РФ.

Спор передается на рассмотрение Международного коммерческого арбитража при наличии арбитражного соглашения, под которым понимают соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение заключается в письменной форме.

⁷ Зайцев А.И. Третейское судопроизводство России (проблемные аспекты) : Автореф. дисс. канд. юрид. наук / А. И. Зайцев ; Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Саратовская государственная академия права». – Саратов. : 2004. – С. 11.

В Беларуси хозяйственные споры в альтернативном порядке решают третейские суды, которые действуют на основании Закона Республики Беларусь «О третейских судах» от 18 июля 2011 г. № 301-З. Данный закон определяет, что третейским судом является организация, которая не входит в судебную систему Беларуси и которая образуется для решения споров. Хозяйственный спор передается в третейский суд при наличии третейского соглашения, которое заключается в письменной форме в виде самостоятельной сделки или третейской оговорки.

Стоит заметить, что государственные органы и органы местного самоуправления не могут быть субъектами третейского соглашения, что исключает рассмотрение третейским судом административных споров.

В Беларуси для решения хозяйственных споров действует также международный арбитражный (третейский) суд, действующий в соответствии с Законом Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде», который решает гражданско-правовые споры между любыми субъектами, возникающие при осуществлении внешнеторговых и других видов международных экономических связей, если местонахождение хотя бы одного из них находится за границей Республики Беларусь, а также другие споры экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача дела на решение международного арбитражного суда.

Решение международного арбитражного (третейского) суда может быть обжаловано в Высший хозяйственный суд Беларуси в течение трех месяцев со дня, когда жалобщик получил спорное решение. Пересматривая решения международного арбитражного (третейского) суда, Высший хозяйственный суд Беларуси не исследует обстоятельства, установленные оспариваемым решением и не пересматривает решения по существу. Это обусловлено тем, что ст. 255 Хозяйственного процессуального кодекса Беларуси определяет исчерпывающий перечень оснований для отмены решений международного арбитражного (третейского) суда, к которым относятся:

- одна из сторон арбитражного соглашения была полностью или частично недееспособна или это соглашение недействительно;
- хотя бы одна из сторон не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) арбитров или об арбитражном разбирательстве или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения;
- решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением;
- состав международного арбитражного (третейского) суда или процедура арбитражного разбирательства не соответствуют соглашению сторон.

Решение международного арбитражного (третейского) суда может быть отменено также в случаях, если предмет спора не может быть предметом арбитражного разбирательства.

Деятельность третейских судов в Молдове регламентируется Законом Молдовы «Об арбитраже» от 22 февраля 2008 г. № 23-XVI. Этот закон определяет, что арбитраж может вынести решение по спору, который возникает из гражданско-правовых отношений в широком смысле между сторонами, обладающими полной дееспособностью, если спор по соглашению

сторон передан для разрешения в арбитраж, за исключением споров, которые в соответствии с законом не могут быть решены путем арбитража. Основными принципами арбитража являются: соблюдение прав и основных свобод человека; законность; свобода сделок в арбитраже; образование арбитража в соответствии с соглашением сторон; состязательность; соблюдение права на защиту; конфиденциальность.

Спор передается в арбитраж на основании арбитражного соглашения, которое заключается в письменной форме. Арбитражное соглашение может заключаться в форме арбитражной оговорки, внесенной в основной договор, или в форме самостоятельной сделки, которая называется компромиссом.

Также в Молдове действует закон «О международном коммерческом арбитраже» от 22 февраля 2008 г. № 24-XVI, согласно которому арбитраж считается международным, если: стороны арбитражного соглашения в момент его заключения имеют места ведения дел в различных государствах; одно из следующих мест находится вне территории государства, в котором стороны имеют места ведения дел (место арбитража, если оно предусмотрено в арбитражном соглашении или определен в соответствии с ней, место, в котором должна быть выполнена значительная часть обязательств, возникающих из торговых отношений); стороны специально договорились, что предмет арбитражного соглашения связан не менее чем с двумя странами.

Решение третейского суда в Молдове может быть обжаловано в Окружной коммерческий суд сторонами третейского спора. Важной особенностью правового регулирования обжалования решений третейского суда является то, что третейским соглашением стороны не могут отказаться от права обжалования такого решения (отказ от права обжалования решения третейского суда может быть заявлен только после вынесения соответствующего решения третейского суда).

Срок рассмотрения заявления об отмене решения третейского суда составляет один месяц со дня подачи заявления в суд. О рассмотрении указанного заявления уведомляются стороны, однако их неявка не препятствует рассмотрению дела по существу.

Гражданский процессуальный кодекс Молдовы в ст. 480 установил исчерпывающие основания для отмены решения третейского суда. В частности, данное решение подлежит отмене, если сторона, требующая отмены решения, представит суду доказательства того, что: спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом рассмотрения в третейском суде согласно закону; третейское соглашение недействительно, решение третейского суда не содержит резолютивной части и оснований, в нем не указаны место и дата его принятия или оно не подписано третейскими судьями; резолютивная часть решения третейского суда содержит положения, которые не могут быть выполнены; состав или процедура третейского суда не соответствуют третейскому соглашению; заинтересованная сторона не была должным образом поставлена в известность об избрании (назначении) третейских судей или о рассмотрении дела в третейском суде; третейский суд принял решение в споре, не предусмотренном третейским соглашением, решение третейского суда нарушает основные принципы законодательства Молдовы или основы нравственности.

Таким образом, в постсоветских странах Восточной Европы одновременно действуют «внутренний» третейский суд и международный коммерческий арбитраж. При этом существенных различий в регулировании деятельности «внутренних» третейских судов и международных коммерческих арбитражей не существует. Наличие двух видов третейских судов обусловлено тем, что в советский период существовал только международный коммерческий арбитраж, а «внутренние» третейские суды возникли только в 90-х годах XX века.

Вместе с тем особенности юридико-технического характера при регулировании деятельности международного коммерческого арбитража, с одной стороны, и «внутреннего» третейского суда, с другой стороны, в какой-то момент становятся самодовлеющими и влекут определенного рода проблемы в практической деятельности. Так, наличие двух различных законов влечет необходимость применения института подведомственности для распределения дел между "внутренними" третейскими судами и международными коммерческими арбитражами. Это обусловлено значимыми различиями в правовом режиме третейского разбирательства в международном коммерческом арбитраже и во "внутреннем" третейском суде.

В то же время если третейский суд создавался исключительно как внутренний, его полномочия ограничены в регламенте только рассмотрением внутренних споров (споров, не осложненных участием иностранного элемента), то рассмотрение таким третейским судом спора, который подведомственный международному коммерческому арбитражу, должно повлечь отмену такого решения либо отказ в его принудительном исполнении вследствие отсутствия компетенции на разрешение такого спора.

Наличие двух законов о третейских судах (коммерческих арбитражах) приводит к определенной конкуренции норм, регламентирующих третейское разбирательство. Это имеет существенное практическое значение. Так, если компетентный государственный суд при разрешении заявлений об оспаривании решения третейского суда или заявлений о принудительном исполнении решения третейского суда неправильно определит нормы закона, которым следует руководствоваться, это может привести к отмене судебного решения.

Еще одной особенностью деятельности международных коммерческих арбитражей является их право при отсутствии каких-либо указаний о применимом праве применять право, которое определяется на основе коллизионных норм, которые он считает применимыми. Государственные суды, равно как и «внутренние третейские суды», лишены такой возможности, и в этом смысле международные коммерческие арбитражи обладают большей свободой действий. В этой связи предлагается использовать опыт Польши, в которой арбитражный суд при Национальной хозяйственной палате действует на основании двух регламентов. В зависимости от характера разрешаемого спора применяется либо регламент для разрешения международных споров, либо регламент для разрешения споров между польскими субъектами права.

Одним из наиболее применяемых способов разрешения торговых споров во внесудебном порядке в Болгарии является арбитраж. Гражданский процессуальный кодекс Болгарии в ст. 19 определил, что имущественный спор,

за некоторыми исключениями, может быть передан в арбитражный суд. Если, при наличии арбитражного соглашения, хозяйственный спор рассматривается в государственном суде, ответчик может заявить ходатайство о прекращении производства по делу в таком суде, в связи с неподведомственностью спора.

Процедура арбитража осуществляется согласно с Законом Болгарии «О международном торговом арбитраже». Данный закон предусматривает, что спор передается на рассмотрение арбитража на основании арбитражного соглашения, согласно которому стороны договорились передать в арбитраж все или некоторые вопросы, которые могут возникнуть или уже возникли между ними по договорным или внедоговорным отношениям. Арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме. При этом допускается заключение соглашения путем обмена письмами, телефаксами, телеграммами или другими средствами связи. Особенностью арбитражного соглашения в Болгарии является то, что недействительность договора сама по себе не означает, что недействительным является арбитражное соглашение, которое является составной частью такого договора.

Решение арбитражного суда может быть пересмотрено Верховным кассационным судом в исковом порядке и подлежит отмене, если сторона, требующая отмены, докажет существование одного из следующих оснований:

- она была недееспособна в момент заключения арбитражного соглашения;
- арбитражная сделка не была заключена или является недействительной;
- предмет спора не соответствует арбитражному соглашению или арбитражное соглашение противоречит общественному порядку Болгарии;
- она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра и об арбитражном производстве или из-за независимых от нее обстоятельств не смогла принять участие в производстве;
- арбитражным решением разрешен спор, не предусмотренный арбитражным соглашением;
- состав арбитражного суда или возбуждение арбитражного производства не соответствуют соглашению сторон.

Иск об отмене решения арбитражного суда подается в трехмесячный срок со дня, когда жалобщик получил решение арбитража.

Деятельность третейского суда (арбитража) в Румынии регламентируется книгой 4 Гражданского процессуального кодекса Румынии. Данный кодекс предусматривает, что лица, которые имеют полную правоспособность, могут договориться об урегулировании третейским судом имущественных споров между ними, кроме тех, которые связаны с правами, по котрым закон не позволяет заключить мировое соглашение. Спор передается на рассмотрение третейского суда, если это предусмотрено в арбитражном соглашении, которое может быть заключено в виде компромиссной оговорки, внесенной в основной договор, или отдельного соглашения, которое называется компромиссом.

Подписание арбитражного соглашения исключает судебную компетенцию для спора, который является его предметом.

Арбитражное решение может быть отменено только по заявлению об аннулировании по следующим причинам:

- а) спор не подлежал решению арбитражным судом;
- б) арбитражный суд решил спор без имеющегося арбитражного соглашения или на основании недействительной сделки;
- в) арбитражный суд не был создан согласно арбитражному соглашению;
- г) сторона отсутствовала, когда состоялись дебаты, и процедура вызова не была соблюдена;
- д) решение было вынесено по истечению срока арбитража;
- е) арбитражный суд вынес решение по вопросам, которые не заявлялись или не вынес решения по вопросам, которые заявлялись;
- ё) арбитражное решение не содержит резолютивной части и оснований, не указана дата и место вынесения, не подписанное арбитрами;
- ж) резолютивная часть арбитражного решения содержит положения, которые не могут быть выполнены;
- з) арбитражное решение нарушает общественный порядок, правила морали или императивные положения закона.

Следует отметить, что стороны не могут отказаться в арбитражном соглашении от права обратиться в суд о признании недействительным арбитражного решения, однако такой отказ возможен после провозглашения арбитражного решения.

Дела об обжаловании решения третейского суда рассматриваются в суде первой инстанции, в округе которого прошел арбитраж. Заявление об отмене может быть подано в течение одного месяца с даты арбитражного решения.

Арбитражные суды не входят в судебную систему Республики Польша, однако могут рассматривать и решать ряд споров. Урегулирование споров с помощью арбитража предусмотрено ч. 5 Гражданского процессуального кодекса Польши. В арбитражном порядке могут быть урегулированы все споры, касающиеся права собственности или вопросов морали, за исключением алиментов. В зависимости от типа арбитражного соглашения, спор может быть рассмотрен как постоянно действующим арбитражным судом, так и арбитражным судом, специально созданным для решения конкретного спора (*ad hoc*). В Польше действуют специализированные арбитражные суды, например арбитраж по защите прав потребителей и арбитраж для клиентов банков.

Дело может быть передано в третейский суд, если: стороны в арбитражном соглашении предусмотрели, что решение споров, которые возникли или могут возникнуть между ними будут рассматриваться в третейском суде; ответчик, которому было передано исковое заявление, вместе с заявлением истца о применении компетенции третейского суда, дал в письменной форме согласие на компетенцию третейского суда; арбитражное соглашение было включено в учредительный договор (устав) торгового товарищества, хозяйственного общества, кооператива, фонда или объединения. Последнее основание для передачи дела в третейский суд является особенностью польского законодательства.

Арбитражное соглашение обязательно заключается в письменной форме и считается заключенным, даже если оно находится в деловой переписке сторон или при дистанционной связи сторон, если из содержания последней можно понять о факте заключения арбитражного соглашения. Но если речь идет о трудовых спорах, то арбитражное соглашение может быть заключено только после возникновения самого спора и обязательно в письменной форме.

Если в суд подается иск о разрешении спора, по которому заключено арбитражное соглашение, то суд может отклонить исковое заявление если ответчик или сторона по делу готовы урегулировать спор во внесудебном порядке.

Состав арбитража может быть заранее определен в арбитражном соглашении, если же в последнем количество судей не предусмотрено, то дело слушается тремя арбитрами. Арбитром может быть любое физическое дееспособное лицо, кроме государственных судей (на судей в отставке данное положение не распространяется).

Стороны могут заранее договориться о назначении арбитров. Каждая из сторон назначает равное количество арбитров, и последние назначают председательствующего арбитра. Суд, назначая арбитра, учитывает его квалификацию, которая должна соответствовать характеру спорных правоотношений и арбитражному соглашению. Также арбитр должен быть независимым от сторон и не может быть заинтересованным в деле. Если по делу назначен арбитр, который имеет хоть какие-то основания быть предвзятым, он обязан сразу сообщить об этом сторонам. Арбитр может быть отведен только при наличии уважительных на то причин.

Арбитр вправе также уйти в отставку на любой стадии процесса. Но если на это не было уважительных причин, то арбитр обязан возместить ущерб, причиненный своими действиями.

Вознаграждение арбитру выплачивается сторонами солидарно. Размер такого вознаграждения может быть заранее определен в арбитражном соглашении, если же в последнем о вознаграждении ничего не сказано, то арбитр имеет право на обращение в суд с требованием о назначении ему справедливого вознаграждения с учетом объема и сложности выполненной работы, а также возмещения расходов.

Арбитражный суд может принять решение о своей компетенции, в том числе о существовании, действительности или эффективности арбитражного соглашения. При этом недействительность или прекращение основного договора, в котором содержится арбитражное замечание, сами по себе не означают недействительности или аннулирования полномочий арбитража. Вопрос о наличии полномочий у арбитражного суда может быть поставлен не позднее чем при подаче отзыва на иск или иного срока, определенного сторонами. Рассмотрение данного вопроса позднее этого срока возможно лишь при наличии уважительных на то причин, если стороны докажут, что причины отсутствия полномочий у арбитража не были и не могли быть известны ранее.

Кроме своих основных функций (решение третейских споров), арбитраж в Польше выступает также в качестве медиатора.

Характерной особенностью Гражданского процессуального кодекса Польши является то, что в нем регламентирован порядок осуществления международного арбитража. При этом следует согласиться с Д. Зеньковичем, который относит Польшу к группе стран, где арбитражные нормы кодифицированы в гражданских процессуальных кодексах⁸.

В Словакии по договоренности сторон, спор между ними может быть передан на разрешение арбитражного суда. Юрисдикция этого суда охватывает широкий спектр правоотношений, в основном гражданских и хозяйственных, в преобладающем большинстве тех, которые возникают из отношений собственности и по договорам. Не могут быть переданы на решение арбитражного суда правовые споры, касающиеся: возникновения, изменения и прекращения права собственности и других вещных прав на недвижимое имущество; семейного положения (развод, воспитание детей и т.п.); определенного перечня отношений, возникающих в результате банкротства и т.д..

Договоренность между сторонами о передаче спора на разрешение арбитражного суда оформляется отдельным договором или включается как дополнительное условие к основному договору между сторонами. Обязательным является условие о письменной форме закрепления такого взаимного согласия между сторонами. Исключение составляют случаи, когда стороны непосредственно в суде, в начале судебного разбирательства, сделают устные заявления о признании ими юрисдикции Арбитражного суда. Арбитражное судопроизводство имеет значительные преимущества, обусловленные более быстрым рассмотрением дел, уменьшенными суммами расходов сторон на процесс, конфиденциальностью и узкой специализацией арбитров.

Таким образом, третейские суды могут быть «внутренними» и международными. Опыт самых разных государств свидетельствует о том, что урегулирование деятельности международных коммерческих арбитражей и «внутренних» третейских судов с успехом может осуществляться как посредством единого нормативного акта, так и при помощи двух законов.

Третейские суды могут быть классифицированы по различным критериям, а именно: временной (третейские суды могут быть такими, которые создаются на неопределенный срок или такими, которые создаются для решения конкретного спора); объектный (третейские суды создаются для решения всех категорий споров или одного конкретного спора). В свою очередь постоянно действующие третейские суды могут создаваться для решения всех категорий дел или такие суды могут специализироваться в определенной отрасли (спортивные, патентные и др.).

⁸ Зенькович Д. И. Международный коммерческий арбитраж в России и Польше : сравнительно-правовой анализ : Автореф. дисс. канд. юрид. наук / Д. И. Зенькович ; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики». – М. : 2011. – С. 18.

Možnosti súdov pri ochrane veriteľov a možnosti veriteľov pri súdnej ochrane (Konflikt práva procesného s právom hmotným).*

I.

O vzťahu práva procesného a práva hmotného sa toho popísalo veľa¹. Pre účely tohto príspevku môžeme zjednodušene povedať, že právo procesné by malo byť len slúžkou pre právo hmotné a jeho základnou funkciou je zabezpečiť realizáciu subjektívnych práv, ktoré priznáva objektívne hmotné právo. Toto zjednodušené konštatovanie nemôže nijak degradovať procesné právo, pretože prostredníctvom neho sa realizuje právo na súdnu ochranu, a preto niektoré zásady civilného procesu sú zakotvené priamo v ústave². Procesné právo musí dať záruky, že súdy zabezpečia právo na spravodlivý proces tak žalobcovi ako aj žalovanému a v prípade pochybenia súdu zabezpečia možnosť preskúmania sporného rozhodnutia. Civilný proces sa chápe ako postup súdov, poprípade iných rozhodujúcich subjektov (rozhodcov), účastníkov konania a ďalších subjektov pri poskytovaní ochrany porušeným, či ohrozeným subjektívnym právam a zákonom chráneným záujmom vyplývajúcim z občianskoprávných, rodinnoprávných, pracovnoprávných a obchodnoprávných vzťahov³. Teda účelom každého procesu je dopomôcť objektívnemu právu (právnemu poriadku) k plnej platnosti, uskutočniť ho všade tam, kde sa jeho plnému rozvinutiu postaví do cesty prekážky. Tým, že proces uskutočňuje právny poriadok, dopomáha zároveň aj k uspokojeniu záujmov jednotlivcov a celku a zjednáva v jednotlivom prípade priechod spravodlivosti. Proces má teda v štáte poslanie kultúrne. Ak hovoríme o procese civilnom (v širšom zmysle), ide o to, aby bol uskutočnený právny poriadok nazývaný súkromnoprávny, vzťahujúci sa na právne pomery jednotlivcov ako takých medzi sebou⁴.

V poslednom období sme svedkami toho, že niektoré zásady procesného práva „vítazia“ nad právom hmotným tým spôsobom, že oddiaľujú rozhodnutie vo veci a tak v konečnom dôsledku oslabujú právo na súdnu ochranu. Dostávame sa do situácie, že nie je právne relevantné, či rozhodnutie vo veci je zákonné a spravodlivé, ale či proces, ktorý tomuto rozhodnutiu predchádzal bol spravodlivý. Apriori sa formuluje záver, že pokiaľ tento proces nebol spravodlivý alebo trpel niektorými vadami, nemôže byť ani samotné rozhodnutie zákonné (spravodlivé). Prijaté rozhodnutie súdu vo veci sa neverifikuje s právom hmotným, ale výlučne s právom procesným resp. sa posudzuje len konanie, ktoré mu predchádza. Tento výsledok je samozrejme dôsledkom interpretácie príslušných súdov.

Právo na spravodlivý súdny proces obsahuje dve integrálne súčasti, ktoré sú navzájom späté a podmienené, a to právo na prístup k súdu a právo na spravodlivé súdne konanie⁵.

1. Súčasná interpretácia a aplikácia niektorých procesných zásad

Právo na nestranného sudcu. Každý má právo na to, aby jeho záležitosť bola spravodlivo, verejne a v primeranej lehote prejednaná nezávislým a nestranným súdom zriadeným zákonom, ktorý rozhodne o jeho občianskych právach, alebo záväzkoch alebo oprávnenosti akéhokoľvek trestného obvinenia proti nemu.⁶ Každý má právo domáhať sa zákonom ustanoveným postupom svojho práva na nezávislom a nestrannom súde a v prípadoch ustanovených zákonom na inom orgáne Slovenskej republiky⁷. Je len samozrejmé, že pre účastníkov konania je dôležité, aby sudca bol nestranný a nebol zaujatý, čo je jeden z predpokladov preto, aby mohol rozhodnúť spravodlivo a v súlade s hmotným právom. Súčasne sa tým zabezpečí rovnosť účastníkov, pretože sudca, ktorý koná a rozhoduje vo veci, nebude zvyhodňovať jedného účastníka na úkor druhého účastníka, ktorý má v konaní opačné procesné postavenie. Nestrannosť sudcu je mimoriadne dôležitá vtedy, ak zákon dáva sudcovi možnosť úvahy. Európsky súd pre ľudské práva rozpracoval objektívnu a subjektívnu stránku nezaujatosti sudcu, so známou teóriou zdania⁸. V tejto línii sa v zásade vyvíja aj judikatúra Ústavného súdu SR. Po tom, čo sa právnická ale aj neprávnická verejnosť oboznámila s uvedenou judikatúrou, je úplnou samozrejmosťou namietat sudcov na všetkých stupňoch súdu, a to postupne tak, aby účastník konanie predĺžil-spravidla ten ktorý je v právnej pozícii žalovaného. Pre zneužívanie tohto procesného inštitútu bol Občiansky súdny poriadok opakovane novelizovaný, a to ohľadne postupu súdu a účastníkov konania pri námietke zaujatosti sudcu. Justičná prax sa bránila proti zneužívaniu tohto procesného inštitútu, pretože v dôsledku podanej námietky zaujatosti nemôže sudca vo veci konať a rozhodnúť. Zároveň sa však vyvíja legitímny tlak na rozhodovanie vecí v primeraných lehotách. Z týchto dôvodov sa zaviedla 15 dňová procesná lehota na predloženie námietky zaujatosti nadriadenému súdu a 10 dňová lehota na rozhodnutie súdu o námietke zaujatosti. Súčasne procesný poriadok upravil prípady kedy sa námietka zaujatosti nepredkladá nadriadenému súdu (sudcovia nižších stupňov ju z opatrnosti aj tak predkladajú), lehotu dokedy môže účastník námietku zaujatosti uplatniť, obsahové náležitosti námietky zaujatosti, možnosť rozhodovania predsedu súdu o zaujatosti sudcu a ďalšie zmeny v záujme toho, aby sa tento inštitút nezneužíval.

Najvyšší súd SR, najmä civilnoprávne kolégium presadzuje teóriu „profesionalita sudcu“, podľa ktorej musí byť sudca na takej profesionálnej úrovni, aby dokázal rozhodovať vo veci aj vtedy, keď má k účastníkovi určitý vzťah, napr. účastníkom konania je iný sudca, alebo osoba, ktorú pozná. Pokiaľ z týchto dôvodov predložíme vec na rozhodnutie o námietke zaujatosti a sudcovia uvedú, že sa cítia zaujatí, Najvyšší súd SR nám opakovane vracia predložené veci na doplnenie našich vyjadrení, v ktorých máme bližšie uviesť čo rozumieme pod blízkym alebo priateľským vzťahom ku kolegovi alebo inej osobe, ktorá je účastníkom konania a pod.

Takýto postup a judikatúra Najvyššieho súdu SR nie je vždy akceptovaná Ústavným súdom SR. Ako príklad môžem uviesť uznesenie ústavného súdu, ktorým

zrušil uznesenie Najvyššieho súdu SR a vec vrátil na ďalšie konanie⁹. Citovaným uznesením Najvyšší súd SR nevyлúčil sudkyňu krajského súdu z prejednávania a rozhodnutia veci. Podľa názoru Ústavného súdu SR, dôvody rozhodnutia nie sú jednoznačné. Najvyšší súd SR sa mal podrobnejšie zaoberať otázkou objektívnej stránky zaujatosti zákonnej sudkyne a až po dôkladnom zistení skutkového stavu vyniesť rozhodnutie, či je zákonná sudkyňa vylúčená alebo nie, a toto rozhodnutie podrobne odôvodniť, pokiaľ ide o dôvody na vylúčenie, resp. nevyлúčenie zákonnej sudkyne týkajúce sa objektívnej stránky zaujatosti. Ústavný súd SR konštatoval, že uznesením Najvyššieho súdu SR došlo k porušeniu základného práva sťažovateľa domáhať sa svojho práva na nestrannom súde garantovaného čl. 46 ods. 1 ústavy, čl. 36 ods. 1 listiny a čl. 6 ods. 1 Dohovoru, pretože z uznesenia najvyššieho súdu nevyplýva, či sa tento jednoznačne vysporiadal s dôvodmi uvádzanými sťažovateľom a či dôvody uvádzané právnym zástupcom boli náležite preskúmané. V napadnutom uznesení nie sú, podľa názoru ústavného súdu, dostatočne podrobne vyhodnotené dôvody nevyлúčenia zákonnej sudkyne z konania.

V dôsledku zrušovacieho rozhodnutia bude Najvyšší súd SR opakovane rozhodovať o námietke zaujatosti sudkyne krajského súdu, a preto je časove veľmi vzdialené rozhodovanie o veci samej. K tomu je ešte potrebné uviesť, že pokiaľ by rozhodoval zaujatý sudca je to odvolací aj dovolací dôvod (§ 221, 237 O.s.p.). Na zrušenie rozhodnutia súdu vydaného často aj po mnohých rokoch (z dôvodu zaujatosti sudcu) stačí teória zdania, pričom je právne irelevantné, či rozhodnutie vo veci je z pohľadu hmotného práva správne (zákonné a spravodlivé).

V poslednej dobe sa námietka zaujatosti sudcov často zneužíva, pretože jej účelom je len oddialenie rozhodnutia, prípadne dôvodom na jeho zrušenie, ak súd už rozhodol. Sme svedkami toho, že námietky zaujatosti sa bežne podávajú aj voči sudcom Ústavného súdu SR, a to v takom rozsahu, že spôsobili už aj nefunkčnosť Ústavného súdu SR. Námietky zaujatosti boli vznesené už aj voči členom Súdnej rady. Zatiaľ, aspoň nie mi je známe, neboli vznesené námietky zaujatosti už len voči členom vlády a poslancom Národnej rady SR.

Právo na zákonného sudcu. Princíp zákonného sudcu je interpretovaný nielen tak, že ide o sudcu určeného rozvrhom práce, ale sa rozširuje aj na príslušnosť súdov. K zákonnému sudcovi určeného rozvrhom práce je potrebné pripomenúť zásadu náhodného výberu sudcu (senátu)¹⁰. K princípu náhodného výberu sudcu pristupujú možné výnimky, ktoré sú zároveň obmedzeniami, pre zmenu sudcu alebo senátu. K týmto zmenám dochádza často v priebehu roku pre zmeny v personálnom obsadení súdu, ako napr. odchod sudcov, príchod nových sudcov, dlhodobá neprítomnosť sudcu a pod. V dôsledku uvedených právnych úprav je rozvrh práce, ktorý bol niekedy na 4 strany a bol prehľadný, zložitým aj šesťdesiat stranovým dokumentom, ktorý sa mení a dopĺňa počas roku dodatkami a stáva sa neprehľadným. Aj túto zložitú právnu úpravu využívajú a zneužívajú účastníci na spochybnenie zákonného sudcu.

„Samotná skutočnosť, že sudcovia konajúci na okresnom súde a krajskom súde boli ustálení, ako zákonní sudcovia postupom podľa platného rozvrhu práce, nepostačí na záver o tom, že naozaj konali ako zákonní sudcovia. Prvoradou podmienkou pre správne ustálenie osoby zákonného sudcu je totiž správne ustálenie vecnej, resp. miestnej príslušnosti konajúceho súdu. Iba taký sudca určený podľa rozvrhu práce, ktorý je sudcom vecne a mieste príslušného súdu ustanoveného

zákonem, je zákonným sudcom v zmysle čl. 48 ods. 1 Ústavy SR, resp. nezávislým a nestranným sudcom podľa čl. 6 ods. 1 prvej vety dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd“¹¹.

Určenie zákonného sudcu z hľadiska miestnej a vecnej príslušnosti nemusí byť vždy také jednoduché ako sa to môže zdať na prvý pohľad. Ako príklad môžem uviesť sériu hromadných žalôb podľa Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 861/2007 z 11. júla 2007, ktorou sa ustanovuje Európske konanie vo veciach s nízkou hodnotou sporu, v ktorých si žalobca uplatnil nároky zo zmeniek. Žalobca však nepodal žaloby na príslušnom zmenkovom súde, ale na všeobecnom súde žalovaného. Všeobecné sudy sa vo väčšine prípadov domnievali, že príslušným súdom je zmenkový súd, a preto všetky veci postúpili na zmenkový súd, ktorým je v týchto prípadoch Okresný súd Banská Bystrica. Tento súd nesúhlasil s postúpením vecí, pretože sa domnieval, že ide o nároky zo spotrebiteľských zmlúv, čím vznikol negatívny kompetenčný konflikt, ktorý musí byť vyriešený buď rozhodnutím krajského súdu, pokiaľ by išlo o miestnu príslušnosť alebo Najvyšším súdom SR, ak ide o vecnú príslušnosť. Zároveň proti postúpeniu veci podal žalobca námietky podľa § 105 ods. 3 O.s.p. Negatívny kompetenčný konflikt vznikol medzi všeobecným okresným súdom podľa bydliska (sídla) žalovaného a okresným súdom, ktorý je príslušný na konanie o veciach týkajúcich sa zmeniek, šekov alebo iných cenných papierov vrátane sporov z vydaných zmenkových (šekových) platobných rozkazov a sporov týkajúcich sa zmenkových protestov. Osobitný zákon určil tzv. zmenkové a šekové sudy a ich obvody, pričom zmenkovým a šekovým súdom sa rozumie súd, ktorý je príslušný na konanie o veciach týkajúcich sa zmeniek, šekov alebo iných cenných papierov vrátane sporov z vydaných zmenkových (šekových) platobných rozkazov a sporov týkajúcich sa zmenkových protestov¹². Tento zákon „o sídlach súdov“ zaviedol špecializáciu pri rozhodovaní určitej špecifickej agendy tým spôsobom, že ju zveril len niektorým súdom. Ide o zvláštnu kombináciu vecnej a miestnej príslušnosti, ktorú teória procesného práva nazvala „kauzálnou príslušnosťou“. Pri vzniku negatívneho kompetenčného konfliktu nám bolo známe, že judikatúra Najvyššieho súdu SR v tomto smere nie je jednotná. Niektoré senáty Najvyššieho súdu SR rozhodovali tak, že ide o negatívny kompetenčný konflikt ohľadne miestnej príslušnosti a jeho riešenie patrí do právomoci krajského súdu. Iné senáty rozhodli tak, že ide aj o konflikt vecnej príslušnosti, ktorý musí vyriešiť Najvyšší súd SR. Za účelom zjednotenia judikatúry bola časť vecí zaslaná na rozhodnutie negatívneho kompetenčného konfliktu Najvyššiemu súdu SR, a to tak civilnému ako aj obchodnému kolégiu. Najvyšší súd SR sa zjednotil a vydal „pilotné“ rozhodnutie, podľa ktorého ide o riešenie negatívneho kompetenčného konfliktu týkajúceho sa miestnej príslušnosti, ktorý patrí riešiť krajskému súdu. Pre objektivitu musíme poukázať aj na to, že, že ani v právnej teórii nevládla zhoda ohľadne kauzálnej príslušnosti¹³. Po vydanom rozhodnutí Najvyššieho súdu SR predkladá zmenkový okresný súd v „regulovaných množstvách“ uvedené veci na krajský súd na rozhodnutie negatívneho kompetenčného konfliktu. Na rozhodnutie negatívneho kompetenčného konfliktu a na rozhodnutie o námietke žalobcu proti postúpeniu, má nadriadený súd procesnú lehotu 30 dní. Krajský súd prišiel k záveru, že o veci má konať všeobecný okresný súd žalovaného a tak po rozhodnutí krajského súdu sa zasielajú spisy na okresný zmenkový súd, ktorý ich predložil na rozhodnutie a ten ich vracia na tie okresné sudy, ktoré mu uvedené veci predložili.

Ani v týchto prípadoch sa zatiaľ nikto žalobou ako takou nezaoberal a vo veci samej nerozhodoval. Uvedeným postupom, finančne a časovo náročným sa stále rieši len otázka zákonného sudcu.

Právo na odôvodnenie rozhodnutia. Odôvodneniam rozhodnutiam sa pôvodne prikladal veľký význam. Keby rozsudok nemal vôbec odôvodnenie, bol by zmätočným a musel by byť zrušený, rovnako aj vtedy, ak by si dôvody odporovali alebo by boli tak nedostatočné, že by z nich nebolo možné posúdiť, akým myšlienkovým pochodom sudca dospel ku svojmu nálezu¹⁴. Rozhodnutie musí byť podľa zákona odôvodnené, pretože len tak sa stane zrozumiteľným a len tak môže presvedčovať o svojej správnosti a plniť výchovné poslanie¹⁵.

Okrem toho, že požiadavka na rozhodnutie je zákonnou požiadavkou (§ 157 ods. 2 a 169 ods.1 O.s.p.), ktorá logicky vychádza z toho, že výrok rozhodnutia musí byť odôvodnený, samotnému odôvodneniu sa prikladal aj výchovný účinok, ktorý mal pôsobiť nielen voči účastníkom konania, ale aj voči tretím osobám. Súčasne je potrebné uviesť, že aj staršie procesné poriadky upúšťali od odôvodnenia v prípade rozsudkov na základe zmeškania, rozsudkov na základe uznania nároku a rozsudkov na základe vzdania sa nároku, tak ako to nachádzame aj v dnešnej platnej právnej úprave.

Postupne, v dôsledku zvyšujúceho sa zaťaženia súdov, narastal tlak justičnej obce na oslabenie požiadavky „odôvodnenia rozhodnutia“. Argumentovalo sa najmä tým, že účastníkov zaujíma predovšetkým výrok rozhodnutia, teda či „vyhrali alebo prehrali“ a tretie osoby nemajú dôvody poznať príčiny ich súkromnoprávneho sporu. Tak sa napr. do § 157 O.s.p. dostal ods. 3, podľa ktorého, ak je na pojednávaní vyhlásený rozsudok za prítomnosti všetkých účastníkov alebo ich zástupcov, ktorí sa vzdajú odvolania, uvedie súd v odôvodnení rozsudku iba predmet konania a ustanovenia zákona, podľa ktorých rozhodol. Význam odôvodnenia sa oslabil napr. aj tým, že sa postupne zvyšovala výška sumy, na ktorú bolo možné vydať platobný rozkaz, a to až po dnešnú právnu úpravu, podľa ktorej už v tomto smere nie sú žiadne obmedzenia. K tomu je potrebné uviesť aj zavedenie rozkazu na plnenie (§ 174b O.s.p.), ktorý je možné vydať na iné než peňažné plnenie. Uvedené druhy rozhodnutí neobsahujú odôvodnenie.

Požiadavka odôvodnenia rozhodnutia bola vypustená aj z rozhodnutia o predbežnom opatrení v § 76 ods. 4. O.s.p., podľa ktorého, ak súd návrhu na nariadenie predbežného opatrenia v celom rozsahu vyhovie a stotožňuje sa so skutkovými a s právnymi dôvodmi návrhu na nariadenie predbežného opatrenia, súd to skonštatuje v odôvodnení a ďalšie dôvody nemusí uvádzať. Legislatívna úprava opäť reagovala na požiadavky justičnej obce po tom čo boli zavedené krátke lehoty (až na hodiny), v ktorých musí súd rozhodnúť o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia a tiež aj z toho dôvodu, že o návrhu na nariadenie predbežného opatrenia môže súd rozhodnúť bez nariadenia pojednávania a bez vypočutia účastníkov. Súd teda často rozhoduje len na základe samotného návrhu na nariadenie predbežného opatrenia. Podobný trend a možno ešte v širšom rozsahu môžeme pozorovať aj v právnej úprave civilného procesu v Českej republike¹⁶. Judikatura ústavných súdov však nie je týmto trendom naklonená.

„Ustanovenie § 169 ods. 2 O.s.p. je potrebné vyložiť v súlade s jeho zmyslom a účelom. Zmyslom zmieneného ustanovenia je zbaviť súd povinnosti odôvodniť rozhodnutie, ktoré zrejme nebude napadnuté odvolaním alebo s ním všetci účastníci

súhlasia. Tento zmysel však v prípade uznesenia, ktorým sa celkom vyhovie návrhu na predbežné opatrenie, chýba. Nie je racionálne zbaviť súd povinnosti odôvodniť rozhodnutie tam, kde sa k návrhu, na základe ktorého bolo rozhodnutie vydané, účastník vôbec nemohol vyjadriť. Inak povedané, spojenie „uznesenie, ktorým sa celkom vyhovie návrhu, ktorému nikto neodporoval“, je treba vykladať tak, že ide o uznesenie, ktorým sa celkom vyhovie návrhu, ktorému nikto neodporoval, aj keď mu reálne – chcel by - odporovať mohol. V prípade predbežného opatrenia podľa § 76b O.s.p. je neprípustnosť absencie jeho zdôvodnenia zvýraznená tým, že na vydanie tohto predbežného opatrenia nemusí nadväzovať špecifické konanie, v ktorom by bolo rozhodnuté o veci samej. Predbežné opatrenie podľa § 76b O.s.p. sa tak svojou povahou omnoho viac približuje (de facto ním je) meritórnemu rozhodnutiu s krátkodobými účinkami, ako dočasnému usporiadaniu pomeru účastníkov pred vydaním rozhodnutia vo veci samej. Tým, že napadnuté uznesenie nebolo odôvodnené, došlo k porušeniu práva sťažovateľky na spravodlivý proces podľa článku 36 Listiny základných práv a slobôd a článku 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd¹⁷.

Tlak na zjednodušenie odôvodnenia rozhodnutia sa premietol aj do odvolacieho konania, a to v prípade potvrdzujúceho rozhodnutia. Ak sa odvolací súd v celom rozsahu stotožňuje s odôvodnením napadnutého rozhodnutia, môže sa v odôvodnení obmedziť len na skonštatovanie správnosti dôvodov napadnutého rozhodnutia, prípadne doplniť na zdôraznenie správnosti napadnutého rozhodnutia ďalšie dôvody (§ 219 ods. 2 O.s.p.). Hmotnoprávnou podmienkou tohto postupu-potvrdenia rozhodnutia – je jeho vecná správnosť.

Aj táto právna úprava, ako to vyplýva z judikatúry ústavného súdu, je výrazne potláčaná. „Ak sa odvolací súd obmedzil v rozhodnutí o odvolaní len na stotožnenie sa s dôvodmi uvedenými v prvostupňovom rozhodnutí a neuviedol žiadne konkrétne skutočnosti, ktoré by potvrdili, alebo vyvrátili relevantné tvrdenie sťažovateľa uvedené v jeho odvolaní, ide o rozhodnutie nezlučiteľné s požiadavkami vyplývajúcimi zo základného práva na súdnu ochranu a práva na spravodlivé súdne konanie“¹⁸. Zákonodarcom upravenú fakultatívnu možnosť odvolacieho súdu obmedziť sa v odôvodnení potvrdzujúceho rozhodnutia len na skonštatovanie správnosti dôvodov napadnutého rozhodnutia je vždy potrebné v záujme ústavne konformného výkladu (čl. 152 ods. 4 Ústavy SR) aplikovať aj v zmysle judikatúry Ústavného súdu SR a Európskeho súdu pre ľudské práva zaoberajúcej sa právom účastníka občianskeho súdneho konania na riadne odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu. Ak tak všeobecný súd nepostupoval, jeho rozsudok je nevyhnutné považovať za arbitrárny, svojvoľný a tým priamo zasahujúci do základného práva účastníka súdneho konania na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy SR a práva podľa čl. 6 ods. 1 dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd¹⁹.

Judikatúra Ústavného súdu SR sa ohľadne potreby, náležitosti a rozsahu odôvodnenia vyvíja odlišne ako je trend právnej úpravy a pragmatický prístup všeobecných súdov, a to aj pod vplyvom judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva.

Aj rozsudok všeobecného súdu len o základe prejednávanej veci – tzv. medzitýmny rozsudok musí obsahovať odôvodnenie, preukázateľne vychádzajúce z objektívneho postupu súdu pri zisťovaní skutkového stavu pre rozhodnutie. Ak sa všeobecný súd v odôvodnení takéhoto rozsudku vôbec nezaoberá zásadnou

odvolacou námietkou účastníka konania, ktorá by mohla v konečnom dôsledku spochybniť základ nároku druhého účastníka konania a ústavne akceptovateľným spôsobom sa s ňou nevysporiada, treba absenciu argumentácie všeobecného súdu v tomto smere považovať za prejav arbitrárnosti a porušenia základného práva podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy SR²⁰. Potrebu odôvodnenia rozhodnutia vyvodil Ústavný súd SR aj z práva vlastníť majetok. „Právo na ochranu vlastníť majetok implikuje v sebe aj nutnosť procesných záruk a garancií v konaní pred orgánmi verejnej moci obsiahnutých v práve na súdnu a inú právnu ochranu a v medzinárodných záväzkoch na spravodlivý súdny proces. Súčasťou týchto minimálnych procesných záruk je aj právo na odôvodnenie súdneho rozhodnutia, ako súčasť spravodlivého konania“²¹. Za arbitrárny, resp. nie dostatočný zdôvodnený treba považovať rozsudok všeobecného súdu aj vtedy, keď popri jednoznačnom právnom závere dospeje bez akéhokoľvek vysvetlenia, či zdôvodnenia aj k protichodnému právnomu záveru. Rovnako treba kvalifikovať aj situáciu, keď všeobecný súd svoj právny záver nezdôvodní zo všetkých zákonných hľadísk, ktoré v danej veci prichádzajú do úvahy²².

Ani v týchto prípadoch sa neposudzovala vecná správnosť napadnutých rozhodnutí. Sme si vedomí toho, že pokiaľ by rozhodnutie nebolo odôvodnené tak je nepreskúmateľné. Ak však sťažovateľ namieta len rozsah odôvodnenia a nie vecnú nesprávnosť rozhodnutia, tak to signalizuje to, že hľadá akékoľvek iné dôvody pre zrušenie rozhodnutia, ktoré je pre neho negatívne. Pre objektivitu je potrebné uviesť, že v judikatúre Ústavného súdu SR nachádzame aj rozhodnutia, ktoré neakceptujú požiadavku na bezbrehé odôvodňovanie rozhodnutí. „Súčasťou základného práva na súdnu ochranu v občianskom súdnom konaní podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy SR je právo na odôvodnenie, ktorého štruktúra je rámcovo upravená v § 157 ods. 2 O.s.p. Táto norma sa uplatňuje aj v odvolacom konaní (§ 211 OSP). Odôvodnenie súdneho rozhodnutia v opravnom konaní však nemá odpovedať na každú námietku, alebo argument v opravnom prostriedku, ale iba na tie, ktoré majú rozhodujúci význam pre rozhodnutie o odvolaní, zostali sporné, alebo sú nevyhnutné na doplnenie dôvodov prvostupňového rozhodnutia, ktoré sa preskúmava v odvolacom konaní“²³. Súčasťou obsahu základného práva na spravodlivé konanie podľa článku 46 ods. 1 Ústavy SR a článku 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd je aj právo účastníka konania na také odôvodnenie súdneho rozhodnutia, ktoré jasne a zrozumiteľne dáva odpovede na všetky právne a skutkovo relevantné otázky súvisiace s predmetom súdnej ochrany, t.j. s uplatňovaním nárokov a obranou proti takému uplatneniu. Všeobecný súd však nemusí dať odpoveď na všetky otázky nastolené účastníkom konania, ale len na tie, ktoré majú pre vec podstatný význam, prípadne dostatočne objasňujú skutkový a právny základ rozhodnutia. Odôvodnenie rozhodnutia všeobecného súdu (prvostupňového, ale aj odvolacieho), ktoré stručne a jasne objasní skutkový a právny základ rozhodnutia, postačuje na záver o tom, že z tohto aspektu je plne realizované základné právo účastníka na spravodlivý proces²⁴. Procesný postoj účastníka konania zásadne nemôže bez ďalšieho dokazovania implikovať povinnosť všeobecného súdu, akceptovať jeho návrhy, procesné úkony a obsah opravných prostriedkov a rozhodovať podľa nich. Všeobecný súd je však povinný na všetky tieto procesné úkony primeraným, zrozumiteľným a ústavne akceptovateľným spôsobom reagovať v súlade s platným právnym poriadkom, a to aj pri rešpektovaní druhu a štádia civilného procesu, v ktorom účastník konania uplatňuje svoje nároky, alebo sa bráni proti ich uplatneniu²⁵. Ak všeobecný súd

reagoval na procesné úkony účastníka primeraným zrozumiteľným a ústavne akceptovateľným spôsobom, v súlade s platným procesným poriadkom, a to aj pri rešpektovaní druhu a štádia civilného procesu, v ktorom účastník konania uplatňuje svoje nároky, alebo sa bráni proti uplatneniu, nemôže dôjsť k porušeniu základného práva na spravodlivý proces²⁶. Právo na spravodlivý proces je naplnený tým, že všeobecné sudy zistia skutkový stav a po výklade a použití relevantných právnych noriem rozhodnú tak, že ich skutkové a právne závery nie sú svojvoľné, neudržateľné, alebo že boli prijaté v zrejmom omyle konajúcich súdov, ktorý by poprel zmysel a podstatu práva na spravodlivý proces. Do práva na spravodlivý proces nepatrí právo účastníka konania, aby sa všeobecný súd stotožnil s jeho právnymi názormi, navrhovaním a hodnotením dôkazov²⁷.

Väčší výber rozhodnutí ústavného súdu k požiadavke na rozsah a obsah odôvodnenia uvádzame len z toho dôvodu, aby sme poukázali na širokú možnosť úvahy ústavného súdu pri posudzovaní toho, či rozhodnutia všeobecných súdov sú arbitrárne. Z týchto dôvodov by mala byť judikatúra ústavného súdu v tejto oblasti obzvlášť konzistentná, čo vyžaduje poznanie judikatúry všetkých senátov.

2. Nedostatky v procesných postupoch správnych orgánov a ich vplyv na dĺžku konania

Procesná stránka „vyhráva“ nielen v súdnom konaní, ale aj v konaní na správnych orgánoch, ktoré podliehajú súdnemu prieskumu, čo je opäť len záležitosťou súdnej interpretácie a aplikácie.

Ako príklad uvediem rozhodnutie Ústavného súdu SR, ktoré zrušilo rozhodnutie Najvyššieho súdu SR a vec mu vrátilo ďalšie konanie²⁸. V posudzovanom prípade Inšpektorát Slovenskej obchodnej inšpekcie rozhodnutím uložil sťažovateľke pokutu vo výške 3485,36 Eur za viazanie odberu zálohovaných pivových fliaš na nákup tovaru. Rozhodnutím Slovenskej obchodnej inšpekcie, Ústredný inšpektorát Slovenskej obchodnej inšpekcie zamietol odvolanie podané sťažovateľkou a potvrdil rozhodnutie Inšpektorátu Slovenskej obchodnej inšpekcie. Na základe podanej žaloby o preskúmanie rozhodnutia správneho orgánu, krajský súd zamietol žalobu sťažovateľky. Proti tomuto uzneseniu bolo podané odvolanie, na základe ktorého Najvyšší súd SR potvrdil napadnuté rozhodnutie krajského súdu. Uvedené rozhodnutie Najvyššieho súdu SR napadla sťažovateľka ústavnou sťažnosťou. Podstatou ústavnej sťažnosti bola tá skutočnosť, že správny orgán nenariadil ústne pojednávanie v správnom konaní. K námietke sťažovateľky o nenariadení ústneho pojednávania v správnom konaní, Najvyšší súd SR konštatoval, že táto neobstoí, pretože správny poriadok predpokladá dve formy správneho konania a to ústnu formu a formu písomnú. Nariadenie ústneho pojednávania správnym orgánom je obligatórne iba v prípade, ak tak ustanovuje osobitný právny predpis (§ 21 ods. 1 správneho poriadku), pričom v ostatných prípadoch, je len na zvážení konajúceho orgánu, či ústne pojednávanie nariadi alebo nie. Ústavný súd SR k tejto argumentácii Najvyššieho súdu SR uviedol, že o vykonaných dôkazoch nebola nikdy správnymi orgánmi spísaná riadna zápisnica (za účasti štatutárneho zástupcu, resp. konateľa spoločnosti) a sťažovateľka sa v konaniach pred správnymi orgánmi nemohla vyjadriť prostredníctvom svojho štatutárneho orgánu k veci ústne, nemala možnosť byť prítomná pri výsluchu svedkov a nemohla im klásť otázky, aj keď sa toho

osobitne dožadovala. V danom prípade Ústavný súd SR uviedol, že Najvyšší súd SR neakceptovaním procesných práv sťažovateľky, ktoré nemohla uplatniť v konaní pred správnymi orgánmi, porušil jej základné právo na súdnu a inú právnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy v spojení s čl. 12 ods. 1 Ústavy.

Na základe tohto rozhodnutia sa vec o pokute dostala späť na správny orgán a vo veci sa mohol opätovne rozbehnúť rozhodovací kolotoč správnych orgánov a všeobecných súdov, pričom aj v tomto prípade bolo právne irelevantné, či rozhodnutie súdov a tým v konečnom dôsledku aj správnych orgánov bolo s pohľadu hmotného práva zákonné a správne. K tomu je ešte potrebné dodať, že krajský súd nemôže rozhodnúť o žalobe bez nariadenia pojednávania, na ktorom sťažovateľka mala možnosť aj ústne uplatniť svoje námietky.

II. Fenomén hromadných žalôb

Dávno sú preč časy, keď sa žaloby, tak ako aj rozsudky, písali na písacom stroji cez kopír na tzv. priekleповý papier. V dôsledku tejto dobovej technológie boli žaloby a aj rozsudky podstatne stručnejšie ako dnes. Aj tu platí, že všetko má svoje výhody a nevýhody. Dnes sú podania účastníkov vo väčšine prípadov veľmi rozsiahle a spravidla zbytočne opisujú texty právnych predpisov, rozhodnutia súdov a obsahujú rozsiahlu, často sa opakujúcu argumentáciu. Pre mnohé podania však platí *multum sed parum dixit*. Čítanie rozsiahlych textov zaberá veľa času pri príprave pojednávania ako aj pri vyhotovovaní rozhodnutia. Ak sa sudca snaží reagovať, na všetky uvádzané skutočnosti a tvrdenia, vzniká rozsiahle rozhodnutie. Súčasne vzniká riziko, že ak sa časťou argumentov sudca nezaoberá môže to byť aj dôvod na podanie ústavnej sťažnosti, tak ako to vyplýva z predchádzajúcich rozhodnutí ústavného súdu.

Technicky spôsob vyhotovovania žalôb a iných podaní prirodzene limitoval aj ich počet, ktoré účastníci podali resp. podali v krátkom časovom intervale. Dnešné informačné technológie umožňujú v krátkom čase vytvárať ľubovoľné množstvo dokumentov a tým aj podaní na súd. To umožnilo podávanie žalôb v takých množstvách, ktoré súdy nie sú schopné administratívne a technicky zvládnuť v primeranej lehote. Takto napr. bolo v jeden deň na 8 okresných súdov v obvode Krajského súdu v Banskej Bystrici podaných kuriérom od jedného účastníka spolu 7.295 žalôb a na Slovensku v priebehu niekoľkých dní spolu 49.435 žalôb, ktoré bolo potrebné na podateľni zapísať a prideliť sudcom. V každej žalobe bola súčasne vznesená žalobcom námietka zaujatosti proti všetkým sudcom príslušného súdu. V dôsledku podaných námietok zaujatosti musel každý okresný súd predložiť námietku zaujatosti na nadriadený súd do 15 dní. K uvedeným spisom bolo potrebné vyhľadať a priložiť rovnaký počet exekučných spisov. Predkladanie spisov nadriadenému súdu bolo potrebné regulovať. Spisy sa vozili autami z okresných súdov podľa dohodnutého harmonogramu. Podateľňa so 4 zamestnancami bola posilnená z ostatných zamestnancov súdu až na 14, pričom pracovali v dvoch zmenách. Nadriadený súd mal na rozhodnutie procesnú lehotu 10 dní. Do rozhodovania o námietke zaujatosti boli zapojení všetci sudcovia (sudcovia všetkých kolégií), čo si vyžiadalo zložité zmeny rozvrhu práce. Aj pri využívaní inštitútu spojenia vecí podľa § 112 O.s.p., bolo potrebné napísať a vyhotoviť tisícky rozhodnutí a následne po vydaní rozhodnutí rozvážať spisy po okresných súdoch.

Samozrejme, že pri rozhodovaní o námietke zaujatosti nemohli sudcovia rozhodovať o iných veciach. Zároveň je však potrebné dodať, že krajské sudy ako odvolacie sudy sa nedokázali zjednotiť pri rozhodovaní o námietke zaujatosti. Časť odvolacích súdov vylúčila všetkých sudcov a prikázala veci inému sudu. Iné odvolacie sudy selektívne zisťovali, či konkrétny sudca rozhodoval v tom konaní, z ktorého si uplatňuje žalobca právo na náhradu škody a len takého sudcu nadriadený súd vylúčil. Za vznesenú námietku zaujatosti vyberajú okresné sudy stanovený súdny poplatok. Proti týmto rozhodnutiam podáva žalobca odvolanie a veci sú opakovane predkladané na odvolanie krajskému sudu. Súčasne žalobca žiada o prerušenie konania, pretože podal ústavnú sťažnosť. Kladieme si otázku: Kedy sa dostaneme k rozhodovaniu vo veci? Kedy sa skončí procesná vojna?

V dôsledku vývoja informačných technológií musel štát pristúpiť na to, aby bolo možné podávať na sudy žaloby a iné podania elektronickými prostriedkami, čo sa premietlo aj do Občianskeho súdneho poriadku. Pravdou je však aj to, že právna úprava to umožnila skôr ako boli sudy na to technicky pripravené a vybavené, na čo doplácame ešte dnes, pretože sudy nezapísali veľký počet hromadných žalôb, ktoré boli podané elektronickými prostriedkami (DVD nosiče). V dôsledku toho bol na Ústavný súd SR podaný veľký počet ústavných sťažností, ktorým samozrejme ústavný súd musel vyhovieť. „Ustanovenia Občianskeho súdneho poriadku a ani iné ustanovenia na úrovni zákona upravujúce postup všeobecných súdov pri prijímaní podaní (návrhov na začatie konania), z oprávnenia fyzických alebo právnických osôb podať návrh na začatie konania aj elektronickými prostriedkami podpísaných zaručeným elektronickým podpisom neustanovujú žiadnu výnimku, a preto uvedenému oprávneniu zodpovedá povinnosť dotknutých štátnych orgánov prijať takéto podania a vytvoriť technické podmienky na ich prijímanie. Konanie, resp. nečinnosť dotknutého štátneho orgánu, ktorým tento nerešpektuje ústavný príkaz konkretizovaný v dotknutých ustanoveniach zákona, predstavuje porušenie základného práva aj za okolností, keď tento štátny orgán sám priamo nespôsobil stav, ktorý mu reálne neumožňuje nakladať s podaním fyzickej alebo právnickej osoby v čase jeho doručenia spôsobom ustanoveným zákonom“²⁹.

Žaloby sú opakovane podávané elektronickými prostriedkami na rôznych technických nosičoch, ktoré môžu obsahovať neobmedzené počty žalôb. Takto boli predložené na dva okresné sudy v obvode Krajského súdu Banská Bystrica externé hard disky, ktoré obsahujú celkom 31.000 žalôb adresovaných rôznym sudom, a to aj sudom, ktoré nepatria do obvodu Krajského súdu v Banskej Bystrici. Na Slovensku bolo týmto spôsobom podaných 135.375 žalôb. Vytlačiť všetky tieto žaloby do listinnej podoby a následne ich prideliť sudcom znamená neskutočné administratívne, technické a finančné zaťaženie súdov (štátu). V dôsledku týchto nových fenoménov sa prišlo k novelizácii Občianskeho súdneho poriadku a „Spravovacieho poriadku“, ktoré zaviedli pojem „hromadné podania“ a zaviedli určitú reguláciu podávania hromadných podaní vrátane úhrady nákladov, ktoré sú s tým spojené.

III. Fenomén exekučných vecí

Celkový stav na súdoch Slovenskej republiky posledné dva roky zásadne ovplyvňujú exekučné konania, a to čo do počtu vecí a čo do ich priebehu. V dôsledku

zadlžovania fyzických a právnických osôb narástol v nebývalom rozsahu počet exekučných vecí. Kým napr. v roku 2007 bolo na ôsmich okresných súdoch v obvode Krajského súdu Banská Bystrica neskončených 153 805 exekučných vecí, tak v roku 2012 to bolo už 314.584 vecí. Na krajskom súde bolo v roku 2007 celkom 694 odvolacích vecí v exekučných veciach a v roku 2013 to bolo už 3.667 odvolacích vecí. Takýto vývoj je v podstate na väčšine okresných súdov Slovenska. Okresné súdy, krajské súdy, Najvyšší súd SR a už aj Ústavný súd SR sú zavalené exekučnými vecami, v dôsledku čoho sa súdy nemôžu venovať iným veciam. Za štandardných podmienok bolo základné konanie oddelené od exekučného konania. Občianske súdne konanie má preto dva relatívne samostatné odvetvia. Spory a iné právne veci rozhodujú súdy v tzv. „konaní nalézacím“. V prípade, že súdne rozhodnutie nie je dobrovoľne rešpektované, vynucuje sa splnenie povinnosti v tzv. konaní exekučnom. Exekučné konanie je pritom konanie celkom samostatné a na „nalézacím konaní“ nezávislé; prejavuje sa to aj tým, že jeho prostredníctvom sú vymáhané povinnosti, ktoré boli uložené nielen rozhodnutiami súdu vydanými v „nalézacím konaní“, ale aj rozhodnutiami správnych orgánov a iných štátnych orgánov, poprípade ďalších subjektov, o ktorých to stanoví zákon³⁰. V dôsledku vývoja judikatúry pri ochrane spotrebiteľa súdy v poslednom období preskúmvávajú ex offo exekučné tituly v podstatne širšom rozsahu. Tento stav nastal najmä v dôsledku negatívneho vývoja v rozhodcovskom konaní, pri vydávaní rozhodcovských rozhodnutí. Exekučné konanie potom nespočíva v nariadení a vo vykonávaní exekúcie, ale v konaní o jej prípustnosti, čo generuje veľký počet odvolacích konaní, veľký počet dovolacích konaní a aj veľký počet konaní na ústavnom súde na základe ústavných sťažností.

„Ústavný súd v danom prípade považoval za potrebné zaujať stanovisko k zásadnému právnemu problému nastolenému v sťažnosti, ktorý spočíva v tom, či krajský súd rozhodujúci v rámci exekučného konania o odvolaní proti prvostupňovému rozhodnutiu, ktorým bola exekúcia zastavená, má (obdobne ako prvostupňový súd) právomoc skúmať v tomto štádiu konania prípustnosť exekúcie z hľadiska relevantnosti exekučného titulu (rozhodcovského rozsudku).

Podľa § 58 ods. 1 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „Exekučný poriadok“) exekúciu možno zastaviť na návrh alebo aj bez návrhu. Zatiaľ čo dôvody, na základe ktorých všeobecný súd obligatórne zastaví exekúciu (§ 57 ods. 1 Exekučného poriadku) alebo na základe ktorých fakultatívne pristúpi k takémuto rozhodnutiu (§ 57 ods. 2 Exekučného poriadku), upravuje Exekučný poriadok podrobne, ustanovenie okamihu, kedy tak má alebo môže urobiť, nie je explicitne ustanovený. Z uvedeného možno vyvodit' záver, že všeobecný súd rozhodne o zastavení exekúcie kedykoľvek v priebehu konania len čo zistí, že sú dané dôvody na ukončenie núteného vymáhania pohľadávky. To znamená, že všeobecný súd je povinný v priebehu celého exekučného konania ex offo skúmať, či sú splnené všetky predpoklady na vedenie takéhoto konania. Jedným z týchto predpokladov je aj relevantný exekučný titul. Bez jeho existencie nemožno exekúciu vykonať³¹.

Takto sa slovenská justícia točí v bludnom kruhu exekučných vecí a hromadných žalôb na úkor ostatnej sporovej agendy. Rozhodnutia odvolacích súdov, dovolacieho

súdu a aj Ústavného súdu SR sa prevažne zaoberajú dodržiavaním procesných postupov a ich porušenie má často za následok zrušenie rozhodnutia. Pri tomto trende bude už takmer výnimkou, aby sa súdy vyššieho stupňa zaoberali hmotnoprávnym posúdením vecí. Je to akoby víťazstvo práva procesného nad právom hmotným. Je otázka, či toto smerovanie je správne a či naozaj prispieva k právu na súdnu ochranu v jeho materiálnom chápaní. V závere len pripomeniem jedno praktické a racionálne ustanovenie Občianskeho súdneho poriadku, podľa ktorého na vady konania pred súdom prvého stupňa prihliada odvolací súd, len ak mali za následok nesprávne rozhodnutie vo veci (§ 212 ods. 3).

Toto sú podmienky, za ktorých môžeme veriteľom, ale aj iným oprávneným osobám ako účastníkom konania poskytnúť právnu ochranu, pričom účastníci tiež prispievajú svojím prístupom k realizácii práva na súdnu ochranu.

Poznámky

*Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantového projektu VEGA č. 1/0894/12: „Právne postavenie veriteľa pri vymáhaní pohľadávok“

1. Pozri napr.: Macur, J. Problémy vzájomného vzťahu práva procesného a hmotného. Acta Universitatis Brunensis. Iuridica No. 129, Brno: Masarykova Univerzita v Brne, 1993.
2. Mazák, J.: Základy občianskeho procesného práva. Bratislava: IURA EDITION.
3. Števček, M. a kol., Civilné právo procesné. Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o. 2010, s. 120.
4. Hora, V.: Československé civilní právo procesní I.-III. díl. Editor Jiří Spáčil. Wolters Kluwer 2010, s. 8.
5. Svák, J.: Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv). EUROKÓDEX 2003, s. 283.
6. Čl. 6 ods. 1 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd.
7. Čl. 46 ods. 1 Ústavy SR.
8. Výrok Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci Delcourt verzus Belgicko, 1970, séria A, č. 11.
9. Uznesenie Ústavného súdu sp. zn. III. ÚS 24/05 z 13. apríla 2005.
10. Podľa § 51 zákona č. 757/2004 Z.z. o súdoch a zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ak tento zákon neustanovuje inak, veci určené podľa predmetu konania sa v súlade s rozvrhom práce prideliťujú jednotlivým senátom, samosudcom a súdnym úradníkom náhodným výberom pomocou technických prostriedkov a programových prostriedkov schválených ministerstvom tak, aby bola vylúčená možnosť ovplyvňovania pridelenia vecí. Podmienka náhodného výberu je splnená vtedy, ak sa má vec prideliť jednému z aspoň dvoch senátov, samosudcov alebo súdnych úradníkov.
11. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. II ÚS 283/09 z 26. novembra 2009.
12. Zákon č. 371/2004 Z.z. o sídlach a obvodoch súdov Slovenskej republiky a o zmene zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení

neskorších predpisov.

13. Ficová, S.: Otázniky nad kauzálnou príslušnosťou. Justičná revue, č 6-7/2009. Števček, M.: K problematike tzv. kauzálnej príslušnosti niektorých slovenských súdov. Justičná revue, č 6-7/2009.
14. Hora, V.: Československé civilní právo procesní I.-III. díl. Editor Jiří Spáčil. Wolters Kluwer 2010, s. 380.
15. Pozri napr.: Steiner, V. Občanské právo procesní v teorii a praxi. Orbis Praha 1975, s. 295).
16. Vyhodenie každého uznesenia, ktorým sa celkom vyhovuje návrhu na predbežné opatrenie, návrhu na zabezpečenie dôkazu, návrhu na zabezpečenie predmetu dôkazného prostriedku vo veciach týkajúcich sa práv z duševného vlastníctva alebo inému návrhu, ktorému nikto neodporoval, alebo uznesenia, ktoré sa týka vedenia konania, alebo uznesenia podľa § 104a, nemusí obsahovať odôvodnenie. Odôvodnenie nemusí obsahovať rovnako uznesenie, ktorým nebolo rozhodnuté vo veci samej, ak to pripúšťa povaha tejto veci a ak je z obsahu spisu zrejmé, na základe akých skutočností bolo rozhodnuté; v tomto prípade sa vo výroku uznesenia uvedú zákonné ustanovenia, ktoré boli použité a dôvod rozhodnutia. (§ 169 ods. 2 O.s.ř).
17. Uznesenie Ústavného súdu ČR sp. zn. IV ÚS 1554/08 z 15. januára 2009.
18. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. IV ÚS 149/2009 z 29. októbra 2009 .
19. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. I ÚS 118/2010 z 11. novembra 2010.
20. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. II ÚS 410/2006 z 2. augusta 2007.
21. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. III ÚS 260/2007 z 13. decembra 2007.
22. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. I ÚS 154/05 z 28. februára 2006.
23. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. II ÚS 78/2005 zo 16. marca 2005.
24. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 209/2004 z 23. júna 2004.
25. Uznesenie Ústavného súdu SR č. 7/07, sp. zn. I ÚS 372/2006 z 29. marca 2007.
26. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. IV ÚS 329/2004 z 27. októbra 2004.
27. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. IV ÚS 252/2004 z 31. augusta 2004.
28. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 231/2010 z 25. augusta 2010.
29. Napr. Uznesenie Ústavného súdu SR č. 38/07, sp. zn. III. ÚS 7/07 z 20. decembra 2007.
30. Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád II. § 201 až 376. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, s.2061
31. Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. II. ÚS 165/2011 z 20. apríla 2011

Kontakt

duricamilan@yahoo.com

JUDr. Štefan Harabin

Najvyšší súd Slovenskej republiky

Právomoc medzinárodných rozhodcovských orgánov a vykonateľnosť ich rozhodnutí

Abstrakt

Rozhodcovské konanie predstavuje určitú alternatívu k riešeniu sporov prostredníctvom klasického súdneho konania. Samozrejme v istých aspektoch má rozhodcovské konanie niektoré výhody, a to najmä pokiaľ ide o spory v medzinárodnom obchode. V poslednom čase sa však na Najvyššom súde Slovenskej republiky vo veľkom množstve objavujú spory, v ktorých vystupuje ako povinný subjekt spotrebiteľ a exekučným titulom je práve rozhodcovský rozsudok. V tejto súvislosti vzniká otázka: Kam až siaha právomoc nielen medzinárodných rozhodcovských orgánov, ale aj tých, ktoré pôsobia v rámci Slovenskej republiky? Kým právomoc je otázkou skúmanou predovšetkým v začiatkoch konania, vykonateľnosť je otázkou úspešného uplatnenia a bránenia práva.

Abstract

Arbitration is an alternative to a traditional settlement of disputes by court proceedings. Of course, the arbitration has same advantages in certain aspects, especially with disputes in international business. Recently, the disputes where the consumer acts as a compulsory subject are appearing in the Supreme Court of the Slovak Republic in large numbers. Execution title in these cases is an arbitration award. In this context, the question arises: Where extends the competence of international arbitration institutions and also of those operating in the Slovak Republic? While the competence is a matter examined especially in the beginning of the proceedings, the enforceability is the question of a successful application and defence of rights.

1. Rozhodcovské konanie a jeho výhody

Právne vzťahy medzi zmluvnými stranami nebývajú vždy bezproblémové. Práve v čase hospodárskej krízy hľadajú jednotlivé subjekty možnosti, ako vyriešiť ich spory čo možno najrýchlejšie a najlacnejšie. Okrem klasického riešenia sporov cestou súdneho konania sa čoraz častejšie stáva atraktívnym riešenie sporov prostredníctvom rozhodcovského konania. Aj keď je táto možnosť právnym poriadkom daná aj pre domáce subjekty, stále je príťažlivá najmä pre medzinárodný

obchod. Ide v podstate o alternatívny spôsob riešenia sporov, kde nerozhodujú spory súdy, ale rozhodcovia. Medzi najčastejšie využívané rozhodcovské pravidlá patria pravidlá UNCITRAL, prijaté Komisiou Organizácie spojených národov pre medzinárodné obchodné právo na jej deviatom zasadnutí v roku 1976. Ďalšie významné pravidlá využívané na riešenie sporov v medzinárodnom obchode sú Rozhodcovské pravidlá ICC¹, novelizované naposledy v roku 1988. Samotnú medzinárodnú obchodnú arbitráž môžeme vymedziť pomocou čl. 1 ods. 1 písm. a) Európskeho dohovoru o medzinárodnej obchodnej arbitráži², podľa ktorého: „*Tento Dohovor sa vzťahuje na rozhodcovské (arbitrážne) zmluvy uzavreté za účelom urovnania sporov, ktoré vzišli alebo vstúpi z vykonávania medzinárodného obchodu medzi fyzickými alebo právnickými osobami, ktoré pri uzavieraní zmluvy mali svoj obvyklý pobyt alebo svoje sídlo v rôznych zmluvných štátoch;*“.

Medzi najčastejšie uvádzané výhody medzinárodného rozhodcovského konania patria predovšetkým:

- neformálny charakter rozhodcovského konania (sporové strany si môžu upraviť procesné pravidlá, nakoľko tie sú upravené prevažne dispozitívne),
- jednoinštančnosť konania (strany nemajú možnosť podať opravný prostriedok proti rozhodnutiu rozhodcovského orgánu, avšak sporové strany sa môžu dohodnúť, že tento rozhodcovský nález je možné preskúmať),
- možnosť zvoliť si rozhodcu (sporové strany si teda môžu zvoliť za rozhodcu osobu, ktorá bude odborne fundovaná v otázkach medzinárodného obchodu, prípadne v určitých špecifických oblastiach akými sú stavebníctvo či bankovníctvo; zároveň takto môžu plniť funkciu podobnú súdnemu znalcovi v klasickom súdnom konaní),
- rýchlosť konania (tú podporuje najmä jednoinštančnosť konania, kedy sa strany nemôžu „donekonečna“ odvolávať a rovnako ju podporujú aj lehoty uvádzané v pravidlách rozhodcovských súdov a rozhodcovský nález je pre sporové strany záväzný),
- nižšie finančné náklady konania (sporové strany nie sú povinné nechať sa zastupovať advokátmi),
- neverejné konania (chráni strany pred únikom dôverných informácií, know-how či obchodného tajomstva)
- bezproblémová vykonateľnosť rozhodnutí (najmä vďaka Dohovoru o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí³).

2. Právomoc medzinárodných rozhodcovských orgánov

Ak chceme hovoriť o právomoci medzinárodných rozhodcovských orgánov je v prvom rade nevyhnutné vymedziť samotný pojem právomoc. Pod týmto pojmom spravidla rozumieme „*sumár oprávnení a povinností decízneho (rozhodovacieho) charakteru orgánov ochrany práva, uplatňovaných pri ochrane porušených alebo*

¹ ICC – International Chamber of Commerce (Medzinárodná obchodná komora so sídlom v Paríži)

² Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 176/1964 Zb. o Európskom dohovore o medzinárodnej obchodnej arbitráži

³ Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 74/1959 Zb. o Dohovore o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí uzavretý 10. júna 1958 v New Yorku

*ohrozených subjektívnych práv alebo právom chránených záujmov jednotlivcov, fyzických alebo právnických osôb.*⁴ Jednoducho povedané, ide o zákonom vymedzený rozsah otázok, ktoré môžu byť prejednávané a rozhodované pred súdmi, resp. pred rozhodcovskými orgánmi, či inými orgánmi.

Rozhodcovské konanie predstavuje akýsi „súkromný výkon spravodlivosti“, v ktorom si sporové strany vyberajú rozhodcu, čo by v klasickom súdnom konaní nemohli.⁵ Na to, aby vôbec mohlo dôjsť k rozhodcovskému konaniu je nevyhnutné, aby strany uzavreli rozhodcovskú zmluvu, resp. rozhodcovskú doložku, v ktorej sa vzájomne dohodnú, že určité prípadné spory budú riešiť prostredníctvom rozhodcovského a nie klasického súdneho konania. Ide vlastne o základný predpoklad úspešného začatia rozhodcovského konania.

Strany preferujú predovšetkým rozhodcovskú doložku, prostredníctvom ktorej určujú spory, ktoré v prípade ak v budúcnosti vzniknú, budú riešené v rámci rozhodcovského konania. Rozhodcovská doložka je spravidla súčasťou obchodnej zmluvy, prípadne zmluvné strany uzavru samostatnú rozhodcovskú zmluvu, ktorej obsah je však totožný s rozhodcovskou doložkou. Ďalšou, aj keď zriedkavou možnosťou je, že zmluvné strany uzavru tzv. zmluvu o podriadení. V tomto prípade sa však zmluva o podriadení týka už vzniknutých sporov medzi stranami (je teda uzavretý ad hoc a nevzťahuje sa na budúce spory). Formálna stránka rozhodcovskej doložky je dnes už vo väčšine krajín jednotná, a to písomná. Vyplýva to predovšetkým z toho, že väčšina krajín prijala Dohovor o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí uzavretý 10. júna 1958 v New Yorku, ktorý v čl. 2 ods. 1 stanovuje: „Každý Zmluvný štát uzná písomnú dohodu, podľa ktorej sa strany zaväzujú podrobiť rozhodcovskému konaniu všetky alebo niektoré spory, ktoré medzi nimi vznikli alebo môžu vzniknúť z určitého právneho vzťahu či mimozmluvného, týkajúceho sa veci, ktorá sa môže vybaviť rozhodcovským konaním.“ a v čl. 2 ods. 2 bližšie určuje, že: „Pojem *\"písomná dohoda\"* zahŕňa rozhodcovskú doložku v zmluve alebo rozhodcovskú zmluvu podpísanú stranami alebo obsiahnutú vo výmene listov alebo telegramov.“ V súčasnosti sa však stretávame s názormi, že vzhľadom na pokrok technológii je lepšie uzatvárať rozhodcovskú doložku podľa modernejšie formulovaných vzorových rozhodcovských doložiek ako napríklad podľa rozhodcovských pravidiel UNCITRAL. V prílohe pravidiel môžeme nájsť rozhodcovskú doložku v nasledujúcom znení: „*Akýkoľvek spor, sporný bod alebo nárok, ktorý vznikne alebo súvisí s touto zmluvou, rovnako ako aj porušenie, ukončenie alebo neplatnosť budú rozhodnuté v rozhodcovskom konaní v súlade s platnými rozhodcovskými pravidlami UNCITRAL.*“ Aj v prípade rozhodcovských pravidiel UNCITRAL však platí, že ju treba uzavrieť v písomnej forme v záujme odstránenia prípadných nejasností v otázke pôsobnosti pravidiel v danom prípade.

Rozsah obchodných sporov, ktoré v rámci medzinárodného rozhodcovského konania môžu byť prejednávané a rozhodované nie je v krajinách jednotný. Vo všeobecnosti platí, že základným princípom rozhodcovského konania v medzinárodnom obchode je princíp dobrovoľnosti, teda sporové strany majú možnosť voľby, či svoje spory budú riešiť prostredníctvom rozhodcovského konania

⁴ FICOVÁ, S., ŠTEVČEK, M. a kol.: *Občianske súdne konanie. 1. vydanie.* Praha : C. H. Beck, 2010, s. 70.

⁵ CHOVANCOVÁ, K.: *Medzinárodné rozhodcovské konanie v obchodnej praxi.* Bratislava : Veda, 2005, s. 102-103.

alebo prostredníctvom klasického súdneho konania.⁶ Jednotlivé štáty si však môžu v právnych predpisoch stanoviť okruh otázok, ktoré môžu byť prejednávané len pred súdmi. V prípade Slovenskej republiky je týmto právnym predpisom Zákon o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom⁷ a ide predovšetkým o občianskoprávne spory (napr. majetkové) príslušníkov rôznych štátov.

V súvislosti s okruhom otázok, ktoré sú oprávnené riešiť rozhodcovské orgány treba povedať, že skutočnosť, podľa ktorej sú rozhodcovské orgány oprávnené riešiť spory zo zmluvy a nie iné, napr. občianskoprávne spory vyplýva, v prípade rozhodcovský pravidiel UNCITRAL z čl. 1 a v zoru rozhodcovskej doložky. Strany však môžu v písomnej forme pôsobnosť pravidiel rozšíriť aj na ďalšie vzájomné spory, prípadne ich pôsobnosť aj obmedziť. V rozhodcovských pravidlách UNCITRAL môžeme naraziť aj na prelínanie právomoci rozhodcovského orgánu a súdu – konkrétne v prípade otázky predbežného opatrenia upraveného v čl. 26. V uvedenom článku v ods. 9 je ustanovené, že: „*Žiadosť o predbežné opatrenie adresovaná ktoroukoľvek stranou súdnemu orgánu sa nepovažuje za nezlučiteľnú s rozhodcovskou dohodou ani za zrieknutie sa práv z takejto dohody.*“ Z uvedeného vyplýva, že strany majú možnosť voľby pokiaľ ide o vydanie predbežného opatrenia bez toho, aby to znamenalo nezlučiteľnosť tejto voľby s rozhodcovskou zmluvou, či o zrieknutie sa práv z nej vyplývajúcich. Na druhej strane, pokiaľ ide o rozhodovanie o námietkach nedostatku právomoci vrátane námietok týkajúcich sa existencie alebo platnosti rozhodcovskej doložky alebo zmluvy o rozhodcovi, je oprávnený na rozhodovanie rozhodcovský senát. Podmienkou však je, že námietka nedostatku právomoci rozhodcovského senátu musí byť vznesená najneskôr v žalobnej odpovedi, resp. ak ide o protižalobu alebo nárok uplatnený na započítanie, v odpovedi na ne. Námietka, že rozhodcovský senát prekračuje svoju právomoc, musí byť vznesená čo najskôr od chvíle, kedy sa o danej veci začalo behom procesu konať. Rozhodcovský senát môže v oboch prípadoch pripustiť neskôr podanú námietku, ak jej oneskorenie považuje za ospravedlniteľné. Rozhodcovský senát môže pokračovať v rozhodcovskom konaní a vydať konečný nález bez ohľadu na prebiehajúce spochybnenie svojej právomoci pred súdom.⁸ Aj keď podľa odbornej literatúry o týchto námietkach rozhoduje rozhodcovský tribunál, pripúšťa teoreticky aj možnosť, že by otázka kompetencie rozhodcov bola predložená aj na rozhodovanie súdom. Avšak zároveň dodávajú, že v praxi o predmetných otázkach rozhoduje s konečnou platnosťou rozhodcovský súd.⁹ Rozhodcovské pravidlá ICC v porovnaní s rozhodcovskými pravidlami UNCITRAL nekomplikuujú pravidlá ICC zavedením čiastočnej právomoci súdov.

⁶ CHOVANCOVÁ, K.: *Medzinárodné rozhodcovské konanie v obchodnej praxi*. Bratislava : Veda, 2005, s. 103.

⁷ Zákon č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom

⁸ Čl. 23 ods. 1, ods. 2 a ods. 3 rozhodcovských pravidiel UNCITRAL

⁹ CHOVANCOVÁ, K.: *Medzinárodné rozhodcovské konanie v obchodnej praxi*. Bratislava : Veda, 2005, s. 39.

3. Vzťah rozhodcovského konania a súdneho konania – stret právomocí súdu a rozhodcovského orgánu

Aj keď sa v medzinárodnom obchode v prevažnej miere riešia spory predovšetkým prostredníctvom rozhodcovského konania, nemôžeme zabúdať, že existuje aj možnosť, že tieto spory budú riešené v konaní pred súdmi. Bude to tak v prípade, keď si zmluvné strany v rozhodcovskej zmluve nedohodnú, že ich spor, ktorý by za normálnych okolností prislúchal na rozhodovanie v súdnom konaní, bude rozhodovaný v rámci rozhodcovského konania.

Riešenie otázky vzťahu občianskeho súdneho konania a rozhodcovského konania neopomína ani Občiansky súdny poriadok¹⁰ a túto rieši konkrétne v ustanovení § 106. Na základe tohto ustanovenia je zrejmé, že v prípade existencie zmluvy o prejednaní veci v rozhodcovskom konaní medzi zmluvnými stranami existuje možnosť vzniku stretu právomocí súdu a rozhodcovského orgánu. Nedostatok právomoci súdu vec prejednať je však daný v prípade, ak odporca vznesie námietku. Zo zákona však vyplýva, že ju odporca musí vzniesť pri jeho prvom úkone vo veci samej, inak by námietka vznesená neskôr nebola účinná, súd k nej neprihliadne a bez toho, aby vydával rozhodnutie bude pokračovať v konaní. Na základe tohto ustanovenia však súd vec prejedná, ak účastníci vyhlásia, že na zmluve netrvali. Účastníci konania teda majú možnosť dispozitívnym úkonom zabrániť zastaveniu konania, ak zhodne vyhlásia, že na zmluve, na základe ktorej sa vec mala prejednať pred rozhodcovským orgánom, netrvali. Súd vec prejedná tiež vtedy, ak uznanie cudzieho rozhodcovského rozhodnutia bolo v Slovenskej republike odopreté (v opačnom prípade by hrozilo porušenie práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy¹¹, prípadne podľa čl. 6 ods. 1 Dohovoru¹²). Rovnako súd vec prejedná, ak zistí, že vec nemôže byť podľa práva Slovenskej republiky podrobená rozhodcovskej zmluve, alebo že rozhodcovská zmluva je neplatná, prípadne, že vôbec neexistuje alebo že jej prejednanie v rozhodcovskom konaní presahuje rámec právomoci priznanej im zmluvou, alebo že rozhodcovský súd odmietol vecou sa zaoberať (existenciu týchto dôvodov súd rieši ako predbežnú otázku). V odsekoch 2 a 3 ustanovenia § 106 Občianskeho súdneho poriadku zákon ustanovuje, že v prípade ak bolo konanie pred súdom zastavené podľa ods. 1 a v tej istej veci bol podaný návrh na začatie rozhodcovského konania, zostávajú účinky pôvodného návrhu zachované. Podmienkou však je, aby bol návrh na začatie konania pred rozhodcami podaný do 30 dní od právoplatnosti uznesenia súdu o zastavení konania. V prípade, ak sa rozhodcovské konanie začalo skôr, než došlo k súdnemu konaniu, súd preruší konania o neexistencii, neplatnosti alebo zániku zmluvy až do doby, než sa v rozhodcovskom konaní rozhodne o právomoci alebo vo veci samej.¹³

¹⁰ Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok

¹¹ Zákon č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky

¹² Oznámenie č. 209/1992 Zb. o dojednaní Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a Protokolov na tento Dohovor nadväzujúcich

¹³ KRAJČO, J. a kol.: *Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár*. Bratislava : EUROUNION, 2006, s. 310-311.

a) Predbežná otázka podľa ustanovenia § 106 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku

Predbežná otázka podľa ustanovenia § 106 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku bola predmetom konania aj pred Najvyšším súdom Slovenskej republiky v konaní pod sp. zn. 2 Obdo 48/2008.

V tomto konaní sa žalobca domáhal, aby súd vydal rozsudok, ktorým by vyslovil neplatnosť Procesnej smernice a rovnako aj neplatnosť rozhodcovskej doložky uzavretej medzi účastníkmi. Žalovaný namietol nedostatok podmienok konania podľa § 106 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku, a to s poukazom na skutočnosť, že predmetný spor by mal na základe dohody medzi účastníkmi konania prejednávať rozhodcovský súd. Odvolací súd však dospel k záveru, že zmluvné strany zhodne prehlásili, že si zmluvu pred jej podpísaním prečítali, jej obsahu porozumeli a na znak súhlasu ju vlastnoručne podpísali. Zmluva bola uzavretá po vzájomnej dohode oboch zmluvných strán, dobromyseľne, dobroverne, dobromravne, nie v tiesni, ani za nápadne nevýhodných podmienok. Obsah i forma rozhodcovskej zmluvy, uzavretej účastníkmi, zodpovedajú ustanoveniam § 3 a § 4 zákona o rozhodcovskom konaní¹⁴ a ani odvolací súd nezistil, aby táto vec podľa práva Slovenskej republiky nemohla byť podrobená rozhodcovskej zmluve alebo, že rozhodcovská zmluva je neplatná, prípadne že prejednanie veci v konaní pred rozhodcami presahuje rámec právomoci priznanej im zmluvou. Navyiac podľa § 21 ods. 1 zákona o rozhodcovskom konaní je rozhodcovský súd oprávnený rozhodnúť o svojej právomoci vrátane námietok týkajúcich sa existencie alebo platnosti rozhodcovskej zmluvy.

Proti uzneseniu odvolacieho súdu podal dovolanie žalobca, ktorý v dovolaní namietol, že v zmysle ustanovenia § 106 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku je povinnosťou súdu vec prejednať, ak účastník namieta neplatnosť rozhodcovskej doložky a uplatnil nárok na určenie neplatnosti rozhodcovskej doložky. Súd však v jeho prípade nariadené pojednávanie zrušil a konanie zastavil, čím bola žalobcovi odňatá možnosť konať pred súdom.

Najvyšší súd Slovenskej republiky sa v danej veci vyjadril tak, že súd prvého stupňa, na ktorý vec napadne, skúma námietku odporcu uplatnenú najneskôr pri prvom jeho úkone vo veci samej, splnenie podmienok, za ktorých nemôže vec ďalej prejednať, kde v danej veci súd na námietku žalovaného skúmal túto podmienku konania. Zákonné podmienky na prejednanie veci súdom ak vec sa má prejednať podľa zmluvy účastníkov v rozhodcovskom konaní sú stanovené v ustanovení citovaného § 106 Občianskeho súdneho poriadku. Jednou z týchto zákonom stanovených podmienok je aj podmienka zistenia, že rozhodcovská zmluva je neplatná, prípadne vôbec neexistuje alebo, že prejednanie veci v rozhodcovskom konaní presahuje rámec právomoci priznanej zmluvou. Nie je pritom zákonným spôsobom ustanovené, že takéto skúmanie platnosti rozhodcovskej doložky je súd povinný vykonať na pojednávaní. Súd prvého stupňa vykonal skúmanie podmienok konania predtým ako uskutočnil pojednávanie (zrejme z tohto dôvodu aj zrušil nariadené pojednávanie vo veci) a vo veci rozhodol bez pojednávania uznesením (§ 167 a nasl. Občianskeho súdneho poriadku). Odvolací súd vzhľadom na to, že rozhodnutie súdu prvého stupňa bolo formou uznesenia nenariadil odvolacie

¹⁴ Zákon č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní

pojednávane a rozhodol na neverejnom zasadnutí senátu formou uznesenia (§ 214 ods. 2 písm. c) Občianskeho súdneho poriadku účinného v čase rozhodnutia odvolacieho súdu). Z ustanovenia § 106 ods. 1 druhá veta Občianskeho súdneho poriadku vyplýva, že súd sa zaoberá otázkou platnosti rozhodcovskej zmluvy zo zákona bez toho, aby účastníci platnosť rozhodcovskej zmluvy napadli, ako to je v danom prípade, ako predbežnou otázkou a až po zistení ktorej môže (pokiaľ sú splnené aj ďalšie podmienky) konanie vo veci zastaviť alebo vec prejednať. Súd prvého stupňa neplatnosť namietanej rozhodcovskej doložky nezistil a ako vyplýva z obsahu napadnutého uznesenia odvolacieho súdu nezistil neplatnosť rozhodcovskej doložky ani odvolací súd prejednávajúci odvolanie žalobcu proti uzneseniu súdu prvého stupňa. Procesný postup prvostupňového a odvolacieho súdu, ktoré na prejednanie veci a odvolania žalobcu nenariadili pojednávanie v súlade so zákonnou úpravou procesného postupu Občianskym súdnym poriadkom nemožno posudzovať ako odobratie možnosti účastníkovi konať pred súdom.

4. Uznatie a vykonateľnosť cudzích rozhodcovských rozhodnutí

Predpokladom pre vykonanie cudzieho rozhodcovského rozhodnutia ako exekučného titulu je jeho uznanie. Týmto úkonom dochádza k tomu, že sa cudziemu rozhodnutiu priznajú právne účinky na území Slovenskej republiky. Vo všeobecnosti môžeme zhrnúť, že slovenské exekučné orgány uznávajú vykonateľnosť cudzích exekučných titulov v týchto právnych režimoch:

- klasické (formálne) uznanie vykonateľnosti podľa zákona o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom a podľa Exekučného poriadku¹⁵,
- uznanie vykonateľnosti podľa medzistátnej dohody o právnej pomoci (resp. dohody o uznávaní a výkone rozhodnutí),
- uznanie a vyhlásenie vykonateľnosti podľa Nariadenia Rady (ES) č. 44/2001 z 22. decembra 2000 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach (Brusel I),
- vykonateľnosť podľa Nariadenia Parlamentu a Rady (ES) č. 805/2004 z 21. apríla 2004, ktorým sa vytvára európsky exekučný titul pre nesporné nároky,
- uznanie a výkon cudzieho správneho rozhodnutia,
- uznanie a výkon rozhodnutia orgánu Európskych spoločenstiev a
- uznanie a výkon cudzieho rozhodcovského rozhodnutia.¹⁶

V súvislosti so zameraním nášho príspevku je pre nás zaujímavá práve otázka uznania a výkonu cudzieho rozhodcovského rozhodnutia. Cudzie rozhodcovské rozhodnutia sa v podmienkach Slovenskej republiky uznávajú v dvoch právnych režimoch:

- zákon č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní
- medzinárodná zmluva a
- dvojstranná zmluva.

¹⁵ Zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok)

¹⁶ MOLNÁR, P.: Uznávanie vykonateľnosti cudzích exekučných titulov v Slovenskej republike. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2008, č. 1, s. 8.

Z doteraz uvedeného teda vyplýva, že uznanie a výkon cudzích rozhodcovských rozhodnutí (nálezov) v Slovenskej republike sa spravuje zákonom č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní. Zákon v ustanovení § 46 vymedzuje, čo rozumie pod pojmom cudzí rozhodcovský rozsudok: „*Cudzí rozhodcovský rozsudok je na účely tohto zákona rozhodcovské rozhodnutie, ktorým sa rozhodlo v rozhodcovskom konaní o veci samej a bolo vydané na území iného štátu ako Slovenskej republiky.*“ Pri uznaní a výkone cudzieho rozhodcovského rozsudku sa teda použijú ustanovenia zákona o rozhodcovskom konaní a vďaka ustanoveniu § 51 aj ustanovenie Občianskeho súdneho poriadku. Na to, aby súd mohol takéto rozhodnutie uznať a vykonať na území Slovenskej republiky, musia byť splnené podmienky podľa zákona. Podľa § 49 zákona o rozhodcovskom konaní sa uznanie cudzieho rozhodcovského rozsudku nevyslovuje osobitným rozhodnutím. Cudzí rozhodcovský rozsudok sa uzná tým, že súd, ktorý je príslušný na výkon rozhodnutia alebo na exekúciu, naň prihliadne, ako keby išlo o tuzemský rozhodcovský rozsudok. Tomu zodpovedá ustanovenie § 42 ods. 4 Exekučného poriadku. Zákon o rozhodcovskom konaní (na rozdiel od § 67 ods. 3 zákona o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom) neumožňuje účastníkovi podať samostatný návrh na uznanie/neuznanie cudzieho rozhodcovského rozhodnutia. Námietky proti uznaniu a výkonu sa riešia v rámci exekučného konania. Preto nemožno na rozhodcovské rozhodnutie uplatniť § 44 ods. 5 Exekučného poriadku. Na nútený výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku sa použijú rovnaké pravidlá ako keby šlo o domáci rozhodcovský rozsudok. Pokiaľ ide o námietky proti vykonateľnosti cudzieho rozhodcovského rozsudku musí ich povinný vzniesť najskôr v námietkach proti exekúcii, alebo neskôr v návrhu na zastavenie exekúcie. Súd vykonateľnosť odoprie, iba ak povinný preukáže naplnenia niektorého tvrdenia uvedeného v ustanovení § 50 ods. 1 zákona o rozhodcovskom konaní¹⁷. Ak bol v cudzine podaný návrh na zrušenie rozhodcovského rozsudku, môže rozhodcovský súd povoliť odklad exekúcie (§ 56 ods. 3 Exekučného poriadku v spojení s § 48

¹⁷ Ako zmluvná strana rozhodcovskej zmluvy (§ 3 ods. 1) nemohol uplatňovať svoje práva alebo že rozhodcovská zmluva nebola uzavretá v súlade s právnym poriadkom, podľa ktorého sa na základe dohody zmluvných strán mala rozhodcovská zmluva uzavrieť, alebo ak takáto dohoda nebola uzavretá podľa právneho poriadku štátu, kde bol rozhodcovský rozsudok vydaný; nebol riadne upovedomený o ustanovení rozhodcu alebo o rozhodcovskom konaní alebo z iných závažných dôvodov, ktoré výslovne uvedie, nemohol sa zúčastniť na rozhodcovskom konaní; rozhodcovským rozsudkom sa rozhodol spor, ktorý rozhodcovská zmluva nepredvídala alebo nespĺňa dohodnuté podmienky na predloženie sporu na rozhodcovské konanie, alebo sa ním rozhodlo o veci, ktorá je podľa právneho poriadku, ktorým sa podľa dohody strán mala rozhodcovská zmluva uzavrieť, alebo ak takáto dohoda nebola uzavretá podľa právneho poriadku štátu, kde bol rozhodcovský rozsudok vydaný, vylúčená z rozhodcovského konania; rozhodcovský súd nebol ustanovený alebo rozhodcovské konanie neprebiehalo spôsobom dohodnutým účastníkmi rozhodcovského konania; ak sa táto dohoda neuzavrela a ak ustanovenie rozhodcovského súdu alebo priebeh rozhodcovského konania bol v rozpore s právnym poriadkom štátu, kde sa rozhodcovské konanie konalo, alebo rozhodcovský rozsudok sa nestal právoplatným a záväzným pre účastníkov rozhodcovského konania alebo jeho výkon odložil súd štátu, v ktorom alebo podľa ktorého právneho poriadku bol rozhodcovský rozsudok vydaný alebo týmto súdom zrušený.

zákona o rozhodcovskom konaní).¹⁸ Na tomto mieste je nevyhnutné uviesť, že hoci by slovenský súd považoval výroky cudzieho rozhodcovského rozsudku za vecne nesprávne, nemôže jeho výkon z tohto dôvodu odoprieť, nakoľko vecná správnosť takéhoto exekučného titulu patrí do právomoci rozhodcovského orgánu, ktorý rozhodnutie vydal, a nie do právomoci exekučného orgánu.

Pred podmienkami uznania cudzieho rozhodcovského rozhodnutia upravenými v zákone o rozhodcovskom konaní má prednosť úprava v medzinárodnej zmluve (§ 53 zákona o rozhodcovskom konaní). Takouto medzinárodnou zmluvou je napríklad Dohovor o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí¹⁹ alebo Európsky dohovor o medzinárodnej obchodnej arbitráži.

Okrem toho vzájomné uznávanie rozhodcovských rozhodnutí upravujú aj niektoré dvojstranné zmluvy. V prípade, že niektorý štát, s ktorým je Slovenská republika viazaná aj dvojstrannou zmluvou, je zmluvnou stranou aj vyššie uvedeného dohovoru, použije sa prednostne dvojstranná zmluva²⁰.

a) Dohovor o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí uzavretý 10. júna 1958 v New Yorku

Výsledkom rozhodcovského konania je vydanie rozhodcovského nálezu (rozhodcovského rozsudku) rozhodcami. Aby však nešlo len o popísaný papier, ktorým úspešná sporová strana nič nez môže pokiaľ povinná strana nechce dobrovoľne plniť, je potrebné zabezpečiť, aby takto priznané právo bolo možné vykonať napriek snahe nespokojnej strany brániť výkonu rozhodcovského nálezu. V tomto záujme pristúpili štáty k podpisu Dohovoru o uznaní a výkone cudzích

¹⁸ TOMAŠOVIČ, M.: *Exekučný poriadok s komentárom*. Žilina : Eurokódex Poradca podnikateľa, 2006, s. 84-85.

¹⁹ K 1. augustu 2008 boli zmluvnými stranami dohovoru: Afganistan, Albánsko, Alžírsko, Antigua a Barbuda, Argentína, Arménsko, Austrália, Azerbajdžan, Bahamy, Bahrajn, Bangladéš, Barbados, Belgicko, Bielorusko, Benin, Bolívia, Bosna a Hercegovina, Botswana, Brazília, Brunej, Bulharsko, Burkina Faso, Cyprus, Česká republika, Čierna Hora, Čína, Dánsko, Džibutsko, Dominika, Dominikánska republika, Egypt, Ekvádor, Estónsko, Filipíny, Fínsko, Francúzsko, Gabon, Ghana, Grécko, Gruzínsko, Guatemala, Guinea, Haiti, Holandsko, Honduras, Chile, Chorvátsko, India, Indonézia, Irán, Írsko, Island, Izrael, Jamajka, Japonsko, Jordánsko, Južná Afrika, Južná Kórea, Kambodža, Kamerun, Kanada, Katar, Kazachstan, Keňa, Kirgizsko, Kolumbia, Kostarika, Kuba, Kuvajt, Laos, Lesotho, Libanon, Libéria, Litva, Lotyšsko, Luxembursko, Macedónsko (FYROM), Madagaskar, Maďarsko, Malajzia, Mali, Malta, Maroko, Marshallove ostrovy, Mauretánia, Maurícius, Mexiko, Moldavsko, Monako, Mongolsko, Mozambik, Nemecko, Nepál, Nikaragua, Nový Zéland, Niger, Nigéria, Nórsko, Omán, Pakistan, Panama, Paraguaj, Peru, Pobrežie slonoviny, Poľsko, Portugalsko, Rakúsko, Rumunsko, Ruská federácia, Rwanda, Salvádor, San Maríno, Saudská Arábia, Senegal, Singapur, Slovenská republika, Slovinsko, Spojené arabské emiráty, Spojené štáty americké, Srbsko, Sri Lanka, Stredoafriická republika, Svätá stolica, Sv. Vincent a Grenadiny, Sýrska arabská republika, Španielsko, Švajčiarsko, Švédsko, Taliansko, Tanzánia, Thajsko, Trinidad a Tobago, Tunisko, Turecko, Uganda, Ukrajina, Uruguaj, Uzbeká republika, Veľká Británia, Venezuela, Vietnam, Zambia, Zimbabwe.

²⁰ Ide napríklad o zmluvy uzavreté s Afganistanom, Albánskom, Cyprom, Českou republikou, Jemenom, Juhosláviou (platí vo vzťahu ku všetkým nástupníckym štátom SFRJ: Bosna a Hercegovina, Čierna Hora, Chorvátsko, Macedónsko, Slovinsko a Srbsko), Maďarskom, Mongolskom, Sýriou, Španielskom, Švajčiarskom, Tunisom a Vietnamom.

rozhodcovských rozhodnutí, ktorého cieľom bolo: „(...) zaviazat' členské štáty, aby uznali záväznosť zahraničných rozhodcovských nálezov a zabezpečili ich výkon v praxi v súlade s ustanoveniami konvencie.“²¹ Zo znenia čl. I ods. 3 vyplýva, že zmluvný štát Dohovoru môže pri podpise, ratifikácii alebo prístupe k Dohovoru alebo, keď ohlásí rozšírenie jeho použitia podľa čl. X, vyhlásiť, že bude používať Dohovor len na uznanie a výkon rozhodnutí vydaných na území iného zmluvného štátu na základe vzájomnosti a teda uplatní princíp reciprocity. Rovnako dáva Dohovor zmluvným štátom možnosť vyhlásiť, že ho budú používať len na spory z právnych vzťahov zmluvných či mimozmluvných, ktoré sa pokladajú podľa jeho vnútroštátneho právneho poriadku za spory obchodné. Čl. III Dohovoru stanovuje, že každý zmluvný štát uzná rozhodcovské rozhodnutie za záväzné a povolí jeho výkon podľa predpisov o konaní, ktoré platí na území, kde sa rozhodnutie uplatňuje. Zároveň Dohovor určuje, že na uznanie a výkon rozhodcovských rozhodnutí, na ktoré sa Dohovor vzťahuje, sa nemôžu určiť ťažšie podmienky alebo vyššie súdne poplatky, než sú určené pre uznanie a výkon rozhodnutí miestnych (národných). Týmto spôsobom sa prejavuje snaha o zabezpečenie rýchlosti, prístupnosti a finančnej náročnosti rozhodcovského konania.

Významný najmä v súvislosti so zameraním príspevku je čl. V Dohovoru, ktorý rieši otázku odopretia uznania a výkonu rozhodcovského rozhodnutia. V zásade možno dôvody, pre ktoré môže štát odoprieť uznanie a výkon rozhodcovského rozhodnutia rozdeliť do dvoch skupín. Prvá skupina je charakteristická tým, že na to, aby štát odoprel uznanie a výkon rozhodnutia sa vyžaduje aktívne konanie strany, ktorá musí kompetentnému orgánu štátu preukázať naplnenie niektorého dôvodu uvedeného v čl. V ods. 1 Dohovoru. Konkrétne ide o tieto dôvody:

- a) strany, ktoré uzavreli rozhodcovskú dohodu (doložku) boli podľa zákona, ktorý sa na ne vzťahuje, nespôsobilé na konanie, alebo že spomenutá dohoda nie je platná podľa práva, ktorému strany túto dohodu podrobili, alebo v nedostatku odkazu v tomto smere, podľa práva krajiny, kde sa rozhodnutie vydalo; alebo
- b) strana, proti ktorej sa rozhodnutie uplatňuje, nebola riadne upovedomená o ustanovení rozhodcu alebo o rozhodcovskom konaní alebo nemohla z akýchkoľvek iných dôvodov uplatniť svoje požiadavky; alebo
- c) rozhodnutie sa týka sporu, pre ktorý sa neuzavrela rozhodcovská zmluva, alebo ktoré nie je v medziach rozhodcovskej doložky, alebo že rozhodnutie presahuje dosah dohovoru o rozhodcovi alebo dosah rozhodcovskej doložky; ak ale môžu byť časti rozhodcovského rozhodnutia vo veciach podrobených rozhodcovskému konaniu oddelené od častí rozhodnutí konajúcich o veciach, ktoré nie sú mu podrobené, tá časť rozhodnutia, ktorá obsahuje rozhodnutie o veciach podrobených rozhodcovskému konaniu, môže sa uznať a vykonať; alebo
- d) zloženie rozhodcovského súdu alebo rozhodcovské konanie nebolo v súlade s dojednaním strán, alebo ak nebolo také dojednanie, že nebolo v súlade so zákonmi krajiny, kde sa rozhodcovské konanie konalo; alebo

²¹ CHOVANCOVÁ, K.: *Medzinárodné rozhodcovské konanie v obchodnej praxi*. Bratislava : Veda, 2005, s.113.

- e) rozhodnutie sa doteraz nestalo pre strany záväzným, alebo sa zrušilo, alebo jeho výkon odložil kompetentný orgán krajiny, v ktorej alebo podľa právneho poriadku ktorej sa vydalo.

Do druhej skupiny patria dôvody uvedené v ods. 2 rovnakého článku. Od prvej skupiny ich odlišuje skutočnosť, že sa nevyžaduje aktívne konanie strany, ale stačí, ak kompetentný orgán zistí, že došlo k naplneniu niektorého z dôvodov:

- a) predmet sporu nemôže byť predmetom rozhodcovského konania podľa práva tejto krajiny; alebo
- b) uznanie alebo výkon rozhodnutia by boli v rozpore s verejným poriadkom tejto krajiny.

b) Rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky v otázke uznania cudzieho rozhodcovského rozsudku

Rozhodovanie o otázke uznania cudzieho rozhodcovského rozsudku sa nevyhýba ani Najvyššiemu súdu Slovenskej republiky. Ten v rozhodnutí sp. zn. 2 Cdo 248/2008 správne uviedol, že v Slovenskej republike je možné nútene vykonať aj exekučné tituly, ktoré vznikli mimo územia Slovenskej republiky. Týka sa to rozhodnutí cudzích súdnych orgánov, ktoré sa týkajú vymedzených právnych vzťahov, rozhodovanie o ktorých štandardne spadá do právomoci súdov, a verejných listín o takýchto právnych vzťahoch, spísaných alebo zaregistrovaných oprávnenými osobami cudzích štátov, cudzích rozhodcovských rozhodnutí, rozhodnutí cudzích správnych orgánov a v prípade členských štátov Európskej únie aj rozhodnutí komunitárnych orgánov.

Ako je uvedené aj v tomto príspevku, základným predpokladom na vykonanie cudzieho exekučného titulu je jeho uznanie. Uznáním cudzieho rozhodnutia treba chápať priznanie právnych účinkov rozhodnutia na území Slovenskej republiky. Najvyšší súd Slovenskej republiky v rozhodnutí vymedzil aj sedem právnych režimov, v ktorých slovenské exekučné orgány uznávajú vykonateľnosť cudzích exekučných titulov (rovnako ako v bode 4. tohto príspevku) a dodal, že exekučný súd podľa zákona o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom uzná vykonateľnosť cudzieho rozhodnutia, ak nie je dôvod na jeho neuznanie na území Slovenskej republiky. Majetkové cudzie rozhodnutie sa uzná tak, že slovenský súd vydá poverenie na vykonanie exekúcie.

Čo sa však týka uznania cudzích rozhodcovských rozhodnutí, tie nie sú zastrešené Nariadením Brusel I, ani Nariadením, ktorým sa vytvára európsky exekučný titul pre nesporné nároky. V Slovenskej republike sa cudzie rozhodcovské rozhodnutia uznávajú buď v režime podľa zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní, v režime medzinárodnej zmluvy o právnej pomoci, ktorá zastrešuje rozhodcovské rozhodnutia alebo prípadne dodávame aj dvojstranné zmluvy.

K procesu uznania cudzieho rozhodcovského rozhodnutia Najvyšší súd Slovenskej republiky v rozhodnutí uviedol, že pri uznávaní a výkone cudzieho rozhodcovského rozhodnutia oprávnený v návrhu na vykonanie exekúcie navrhne aj uznanie tohto rozhodnutia. K návrhu prikladá aj originál rozhodcovskej zmluvy alebo jej osvedčenú kópiu. Uznanie cudzieho rozhodcovského rozsudku sa nevyslovuje osobitným rozhodnutím, ale cudzí rozhodcovský rozsudok je uznaný tým, že

exekučný súd naň prihliadne, ako keby išlo o tuzemský rozhodcovský rozsudok (§ 49 ods. 1 zákona o rozhodcovskom konaní). Z toho vyplýva, že pri uznávaní cudzieho rozhodcovského rozhodnutia nie je možné uplatniť ustanovenie § 44 ods. 5 Exekučného poriadku. Na návrh povinného môže exekučný súd odoprieť uznanie a výkon rozhodnutia za predpokladu, že povinný preukáže existenciu dôvodov uvedených v § 50 ods. 1 zákona o rozhodcovskom konaní. Vzhľadom na uvedené takýto návrh povinného neprichádza do úvahy na začiatku konania, ale až po doručení upovedomenia o začatí exekúcie. Exekučný súd odoprie uznanie a výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku aj bez návrhu povinného ak zistí, že podľa právneho poriadku Slovenskej republiky nemožno predmet sporu riešiť v rozhodcovskom konaní alebo by jeho uznanie a výkon boli v rozpore s verejným poriadkom. U cudzieho rozhodcovského rozhodnutia na jeho uznanie teda nie je potrebné zvláštne konanie, ani zvláštny výrok. Cudzie rozhodcovské rozhodnutie je uznané tým, že exekučný súd k nemu prihliadne, akoby išlo o rozhodnutie slovenského rozhodcovského rozhodnutia (por. § 49 zákona o rozhodcovskom konaní). Ak pritom zistí, že sú splnené predpoklady pre uznanie v zmysle ustanovenia § 45 a § 50 zákona o rozhodcovskom konaní, bude mať uznanie cudzieho rozhodnutia povahu vyriešenej predbežnej otázky pre udelenie poverenia na vykonanie exekúcie.

Najvyšší súd Slovenskej republiky sa v rozhodnutí ešte bližšie pozastavil pri otázke nemožnosti uplatnenie ustanovenia § 44 ods. 5 Exekučného poriadku, nakoľko v danom prípade súd prvého stupňa nadbytočne rozhodol o návrhu povinného na samostatné uznanie rozhodnutia Rozhodcovského súdu pri Maďarskej obchodnej a priemyselnej komore v Budapešti. V tejto súvislosti Najvyšší súd Slovenskej republiky uzavrel, že uznanie cudzieho rozhodcovského rozsudku sa nevyslovuje osobitným rozhodnutím, ale je uznaný tým, že exekučný súd naň prihliadne, ako keby išlo o tuzemský rozhodcovský rozsudok, čím si vyrieši predbežnú otázku pre vydanie poverenia na exekúciu. Vydanie poverenia na exekúciu je teda uznaním cudzieho rozhodcovského rozsudku a preto nie je možné návrh na jeho uznanie následne samostatným uznesením zamietnuť.

c) Rozhodcovský rozsudok ako exekučný titul v rozhodnutiach Najvyššieho súdu Slovenskej republiky

Rozhodcovské konanie je v Slovenskej republike upravené v zákone č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní, ktorý nahradil pôvodný zákon č. 218/1996 Z. z. o rozhodcovskom konaní, ktorý sa, ako to uvádza dôvodová správa²² k novšiemu zákonu, ukázal ako neefektívny a príliš reštriktívny. Vznik a existenciu rozhodcovských súdov podporujú všetky moderné štáty, nakoľko by do určitej miery mali odbreňovať súdy najmä od jednoduchších sporov. V súčasnosti však vznikol na súdoch neúnosný stav, keď sú súdy zahltené spormi vyvolanými rozhodcovskými rozsudkami ako exekučnými titulmi. Priebeh všetkých týchto sporov je podobný. Súd prvého stupňa zamietne žiadosť súdneho exekútora o udelenie poverenia na vykonanie exekúcie, odvolací súd rozhodnutie potvrdí a následne podá oprávnený

²² Dostupné na: <http://wwwold.justice.sk/kop/pk/pk019-04.htm>

dovolanie, prípadne podá mimoriadne dovolanie generálny prokurátor a vec sa takto dostane na Najvyšší súd Slovenskej republiky.

Na tomto mieste je potrebné zamyslieť sa nad právomocou rozhodcovských súdov konať v sporoch ohľadne spotrebiteľa, keďže často na strane povinného vystupuje v týchto vzťahoch práve on. Negatívne je právomoc rozhodcovských súdov vymedzená v § 1 ods. 3 zákona o rozhodcovskom konaní a to tak, že v rozhodcovskom konaní nemožno rozhodovať spory:

- a) o vzniku, zmene alebo o zániku vlastníckeho práva a iných vecných práv k nehnuteľnostiam (vyžaduje sa zápis práv k nehnuteľnostiam a ich zmien v katastri nehnuteľností a rozhodcovský rozsudok nie je právnu skutočnosťou na zápis),
- b) o osobnom stave (ide o tzv. statusové spory podľa ustanovenia § 80 Občianskeho súdneho poriadku, kde je osobitný spoločenský záujem na tom, aby o nich rozhodoval všeobecný súd v občianskom súdnom konaní),
- c) súvisiace s núteným výkonom rozhodnutí (napr. excindačné žaloby),
- d) ktoré vzniknú v priebehu konkurzného a vyrovnacieho konania.

Ďalšími podmienkami sú, že z hľadiska okruhu sporov musí ísť o spory majetkové, vzniknuté z tuzemských a z medzinárodných obchodnoprávných a občianskoprávných vzťahov a spory, ktoré účastníci konania pred súdom môžu skončiť súdnym zmierom a miesto rozhodcovského konania je v Slovenskej republike. Aj keď rozhodcovský súd právomoc konať v sporoch ohľadne spotrebiteľských zmlúv nemá výslovne priznanú, zákon o rozhodcovskom konaní tieto typy sporov ani nevylúčil z právomoci rozhodcovských súdov.²³

Na to, aby sa vôbec mohlo konať pred rozhodcovským súdom musia strany uzavrieť rozhodcovskú zmluvu o tom, že všetky alebo niektoré spory, ktoré medzi nimi vznikli alebo vzniknú v určenom zmluvnom alebo inom právnom vzťahu, sa rozhodnú v rozhodcovskom konaní²⁴. Rozhodcovská zmluva môže mať podobu osobitnej zmluvy alebo rozhodcovskej doložky, v každom prípade musí mať písomnú formu. Otázka, ktorá je najčastejšie predmetom skúmania na súdoch v sporoch vyvolaných rozhodcovskými rozsudkami ako exekučnými titulmi je, či exekučný súd môže skúmať existenciu alebo platnosť rozhodcovskej zmluvy. Jednoznačne sa k tejto otázke vyjadril Najvyšší súd Slovenskej republiky, ktorý v rozhodnutí sp. zn. 6 Cdo 105/2011 uviedol, že už v štádiu rozhodovania o žiadosti súdneho exekútora o udelenie poverenia na vykonanie exekúcie je exekučný súd, konajúci o návrhu na nútený výkon právoplatného rozhodcovského rozsudku v zmysle § 44 ods. 2 Exekučného poriadku oprávnený aj bez návrhu (ex offio) skúmať, či rozhodcovská zmluva medzi zmluvnými stranami bola uzavretá platne. Ak exekučný súd zistí, že právomoc rozhodcovského súdu bola založená na základe neplatnej rozhodcovskej zmluvy, je oprávnený vyvodiť všetky dôsledky vyplývajúce z príslušných právnych predpisov pre to, aby zmluvná strana nebola uvedenou zmluvou viazaná.

Najvyšší súd Slovenskej republiky v rozhodnutí sp. zn. 3 Cdo 146/2011 uviedol, že ak oprávnený v návrhu na vykonanie exekúcie označí za exekučný titul

²³ DRGONCOVÁ, J.: Rozhodcovské súdy a ich právomoc v ochrane spotrebiteľov. *Justičná revue*, 2010, č. 11, s. 1168.

²⁴ Ust. § 5 ods. 1 zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní

rozsudok rozhodcovského súdu, je exekučný súd oprávnený a zároveň povinný skúmať, či rozhodcovské konanie prebehlo na základe uzavretej rozhodcovskej zmluvy. Už v štádiu posudzovania splnenia zákonných predpokladov pre poverenie súdneho exekútora na vykonanie exekúcie sa totiž exekučný súd v zmysle § 44 ods. 2 Exekučného poriadku okrem iného zaoberá tiež tým, či rozhodnutie (iný titul) uvedené v návrhu na vykonanie exekúcie je vykonateľné tak po stránke formálnej, ako aj materiálnej.

Najvyšší súd Slovenskej republiky poukázal v rozhodnutiach aj na osobitosť postavenia rozhodcovského súdu, ktorá spočíva v tom, že jeho právomoc vec prejednať a rozhodnúť sa odvodzuje od rozhodcovskej zmluvy a rovnako ako sme už uviedli v tomto príspevku, aj v súdnych rozhodnutiach sa uvádza, že predpokladom právomoci rozhodcovského súdu je platné uzavretie rozhodcovskej zmluvy medzi zmluvnými stranami, a to či už vo forme osobitnej zmluvy alebo rozhodcovskej doložky. Podľa judikatúry Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, ak „(...)právomoc rozhodcovského súdu závisí od existencie platnej rozhodcovskej zmluvy a exekučný súd má povinnosť v zmysle § 44 ods. 2 Exekučného poriadku zisťovať rozpor exekučného titulu so zákonom (medziiným aj to, či bol vydaný orgánom s právomocou na jeho vydanie), je logické, že exekučný súd musí pri tomto zisťovaní posúdiť nielen to, či rozhodcovská zmluva bola medzi zmluvnými stranami vôbec uzavretá, ale aj to, či bola uzavretá platne. Iba platná rozhodcovská zmluva (doložka) môže totiž založiť právomoc rozhodcovského súdu určitú vec prejednať a rozhodnúť; pokiaľ je tento právny úkon absolútne neplatný, hľadá sa naň, akoby nikdy nebol uzavretý.“²⁵

Aj Ústavný súd Slovenskej republiky vo svojom uznesení, sp. zn. I. ÚS 429/2011 uviedol, že okresný súd (exekučný súd) je oprávnený a povinný skúmať zákonnosť exekučného titulu v ktoromkoľvek štádiu už začatého exekučného konania, a nielen v súvislosti s vydaním poverenia na vykonanie exekúcie, a to napr. aj pre účely zistenia existencie dôvodu, pre ktorý by bolo potrebné už začaté exekučné konanie zastaviť.

V inom z rozhodnutí sa Najvyšší súd Slovenskej republiky vyjadril, že exekučný súd nedisponuje právomocou rušiť či meniť rozhodnutie, ktoré je exekučným titulom, v exekučnom konaní je však zo zákona oprávnený a povinný preskúmať rozhodcovský rozsudok z hľadísk, ktoré sú vymedzené v ustanovení § 45 zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní.

Zaujímavou je aj otázka, či súd môže skúmať existenciu alebo platnosť rozhodcovskej zmluvy, hoci spotrebiteľ nevyužije možnosť spochybniť jej existenciu alebo platnosť. Odpoveď na tento problém poskytol Najvyšší súd v rozhodnutí sp. zn. 5 Cdo 230/2011, podľa ktorého: „Aj v prípade, že spotrebiteľ nevyužije právnu možnosť spochybniť existenciu alebo platnosť rozhodcovskej zmluvy podľa ustanovení zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní, je exekučný súd povinný skúmať existenciu alebo platnosť rozhodcovskej zmluvy.“ K tomuto v rozhodnutí ďalej pokračuje, že oprávneniu súdov v exekučnom konaní skúmať právomoc rozhodcovského súdu v súvislosti s existenciou (alebo platnosťou) rozhodcovskej zmluvy (rozhodcovskej doložky) nebránia ani § 21 ods. 2 alebo § 40

²⁵ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 10. októbra 2012, sp. zn.: 6Cdo/105/2011

ods. 1 písm. c) zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní. Tieto ustanovenia sa týkajú všeobecne účastníkov rozhodcovského konania, ktorými môžu byť aj iné subjekty než spotrebiteľ a dodávateľ. Premieta sa v nich klasická rímska právna zásada "vigilantibus iura scripta sunt" ("práva patria bdelym" alebo "nech si každý stráži svoje práva" alebo "zákony sú písané pre bdelych"). Kým nevyužitie postupu podľa týchto ustanovení v prípade iných účastníkov rozhodcovského konania znamená stratu možnosti skúmať a spochybňovať rozhodcovskú zmluvu a tým aj právomoc rozhodcovského súdu v konkrétnej veci, v spotrebiteľských veciach je to inak. Uvedená právna zásada v spotrebiteľských veciach v konkrétnych súvislostiach ustupuje dôležitejšiemu princípu - princípu ochrany práv spotrebiteľa. V dôsledku toho aj v prípade, že spotrebiteľ ako účastník rozhodcovského konania nevyužije možnosť spochybniť existenciu alebo platnosť rozhodcovskej zmluvy v rozhodcovskom konaní alebo podľa ustanovení zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní, je exekučný súd oprávnený a zároveň povinný skúmať existenciu alebo platnosť rozhodcovskej zmluvy (doložky); v prípade zistenia, že rozhodcovská zmluva (doložka) nebola (platne) uzavretá, musí exekučný súd konštatovať rozpor rozhodcovského rozsudku so zákonom znamenajúci materiálnu nevykonateľnosť rozhodcovského rozsudku. Tým exekučný súd napĺňa príkaz vyplývajúci z princípu ochrany práv spotrebiteľa.

Záverom k uvedenému možno povedať, že judikatúra Najvyššieho súdu Slovenskej republiky je v otázkach sporov vyvolaných rozhodcovskými rozsudkami ako exekučnými titulmi jednotná. Na druhej strane je však nevyhnutné poukázať aj na to, že v danom prípade rozhodne nie je naplnený predpoklad, ktorý bol vyslovený aj v úvode tejto časti, a to, že by do určitej miery mali odbremeňovať súdy najmä od jednoduchších sporov. Naopak, dochádza k predlžovaniu sporov, ktoré sa začali na rozhodcovských súdoch a prehľbuje sa neistota povinného subjektu.

Zoznam použitej literatúry:

- DRGONCOVÁ, J.: Rozhodcovské súdy a ich právomoc v ochrane spotrebiteľov. *Justičná revue*, 2010, č. 11
- FICOVÁ, S., ŠTEVČEK, M. a kol.: *Občianske súdne konanie. 1. vydanie*. Praha : C. H. Beck, 2010
- HRIVNÁK, J.: Základy arbitráže. Prvá časť - Prípustnosť arbitráže. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2005, č. 3-4,
- CHOVANCOVÁ, K.: *Medzinárodné rozhodcovské konanie v obchodnej praxi*. Bratislava : Veda, 2005
- KRAJČO, J. a kol.: *Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár*. Bratislava : EUROUNION, 2006
- MOLNÁR, P.: Uznávanie vykonateľnosti cudzích exekučných titulov v Slovenskej republike. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2008, č. 1
- ŠKRINÁR, A.: Aktuálne otázky rozhodcovského konania. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2006, č. 12
- TOMAŠOVIČ, M.: *Exekučný poriadok s komentárom*. Žilina : Eurokódex Poradca podnikateľa, 2006
- VOJČÍK, P.: Právomoc rozhodcovského súdu. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2005, č. 1

Oznámenie č. 209/1992 Zb. o dojednaní Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a Protokolov na tento Dohovor nadväzujúcich
Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 74/1959 Zb. o Dohovore o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí uzavretý 10. júna 1958 v New Yorku
Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 176/1964 Zb. o Európskom dohovore o medzinárodnej obchodnej arbitráži
Zákon č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom
Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok
Zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok)
Zákon č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní
Zákon č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 26. júna 2008, sp. zn.: 2Cdo/248/2008
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 13. októbra 2011, sp. zn.: 3Cdo/146/2011
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 18. septembra 2012, sp. zn.: 5Cdo/230/2011
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 10. októbra 2012, sp. zn.: 6Cdo/105/2011
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 26. septembra 2010, sp. zn.: 3MCdo/11/2010
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 26. februára 2009, sp. zn.: 2Obdo/48/2008
Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 3. novembra 2011, sp. zn.: I. ÚS 429/2011
Dôvodová správa k zákonu č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní. Dostupné na: <http://wwwold.justice.sk/kop/pk/pk019-04.htm>
Uncitral arbitration rules. Dostupné na: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>
Informácia k uznaniu a výkonu cudzích rozhodcovských rozhodnutí v Slovenskej republike. Dostupné na: wwwold.justice.sk/dwn/17/obcobch/InfoUVCRRSR.rtf

Doc.JUDr.Katarína Chovancová, PhD., LL.M.

Fakulta práva
Paneurópska vysoká škola

Transnacionálny verejný poriadok v medzinárodnej obchodnej arbitráži

Abstrakt

Rozhodcovia, rozhodujúci medzinárodné obchodné spory sú povinní zohľadňovať verejný poriadok štátu, ktorého právo je rozhodným substantívnym právom v medzinárodnej obchodnej arbitráži, ako aj verejný poriadok miesta konania arbitráže – a to z hľadiska budúcej vykonateľnosti rozhodcovského rozsudku. V prípade pochybností ohľadne aplikovaného rozhodného hmotného práva budú však prihliadať aj na koncept transnacionálneho medzinárodného verejného poriadku. Transnacionálny verejný poriadok pozostáva z kogentných právnych noriem, ktoré sú uznávané medzinárodnou arbitrážnou praxou ako spoločné pre všetky právne systémy. Na rozdiel od transnacionálneho verejného poriadku definujú Odporúčania ILA medzinárodný verejný poriadok v zmysle medzinárodného práva súkromného ako tú časť verejného poriadku každého štátu, ktorá, ak je porušená, zabráni úspešnej sporovej strane dosiahnuť výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku, vydaného v jej prospech. A práve rozdielom medzi transnacionálnym verejným poriadkom a medzinárodným verejným poriadkom bude venovaný konferenčný príspevok.

Abstract

When deciding international commercial disputes, arbitrators are obliged to consider the public policy of the state, the law of which has been the governing substantial law in international commercial arbitration, as well as the public policy of the seat of arbitration, bearing in mind the future enforcement of the arbitral award. In case there are doubts about the law, applicable to the substance of the dispute, arbitrators will take into account also the matrix of the transnational public policy. Transnational public policy consists of those cogent legal norms, which are recognized by international arbitration practice as common for all legal systems. Unlike the transnational public policy, the international public policy has been defined in the ILA Recommendations within the frame of international private law as that part of the every state's public policy, which, if being violated, prevents the prevailing party from securing an enforcement of the foreign arbitral award, rendered in its favor. Accordingly, those will be differences between the transnational and international public policy, to which the contribution to the conference is going to be confined utterly

I. Úvod

Pojem „transnacionálny verejný poriadok,“ aplikovaný v oblasti medzinárodnej obchodnej arbitráže vznikol oveľa skôr, než by sa mohlo zdať pri hľadaní reálneho významu ultramoderného prívlastku „transnacionálny“. V najnovších štúdiách renomovaných francúzskych expertov na medzinárodnú obchodnú arbitráž sa napríklad medzinárodná obchodná arbitráž považuje za „transnacionálny systém justície.“ Ako tvrdí Gaillard,¹ *„Medzinárodná obchodná arbitráž je čoraz viac akceptovaná ako transnacionálny systém justície, alebo dokonca je považovaná za skutočne autonómny právny poriadok, niekedy označovaný ako rozhodcovský /arbitrážny/ právny poriadok.“*

Ten istý autor spomína napríklad i transnacionálne právo a *lex mercatoria* ako transnacionálne pravidlá.² Dolidze v USA predstavuje „transnacionálny verejný záujem“ v súdnom konaní v Európe³ a De Enteríja⁴ v Španielsku považuje uplatňovanie medzinárodného verejného poriadku rozhodcami v medzinárodnej obchodnej arbitráži za prejav vznešenej inšpirácie rozhodcov slúžiť transnacionálnym záujmom. Je len zrejmé, že inštitút transnacionálneho verejného poriadku v teórii medzinárodnej obchodnej arbitráže rozhodne nie je opomínanou záležitosťou.

Pojem „transnacionálny verejný poriadok“ v medzinárodnej arbitrážnej spisbe zaviedol ako prvý profesor Lalive už v r.1987 s potrebnou dávkou opatrnosti. Jeho existenciu nepoprel, no s určitou dávkou skepticizmu zaradil transnacionálny verejný poriadok v oblasti medzinárodnej obchodnej arbitráže k najzradnejším pojmom. Súčasne upozornil na náročnosť vymedzenia jeho existencie, rozsahu a účelu.⁵ Podľa Laliva⁶ však koncept transnacionálneho, alebo skutočne medzinárodného verejného poriadku⁷ s funkciou pozitívnu aj negatívnu naozaj existuje – to nie je možné poprieť. Na druhej strane považoval za náročné /ak vôbec možné/ transnacionálny verejný poriadok zadefinovať v dôsledku jeho permanentného vývoja.

Od zavedenia pojmu transnacionálny verejný poriadok v medzinárodnej obchodnej arbitráži v r.1987 už uplynulo dvadsaťšesť rokov. Najmä po roku 2000 sa v medzinárodnej arbitrážnej spisbe objavili viaceré podnetné štúdie, čiastkovo

¹ GAILLARD, E., The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice, p.66. Profesor Gaillard súčasne upozorňuje na značné nezrovnalosti ohľadne rozsahu autonómie medzinárodnej obchodnej arbitráže od národných právnych systémov v súvislosti s významom miesta konania arbitráže. Okrem toho naznačuje, že autonómia medzinárodnej arbitráže sama osebe nedáva odpoveď na mnohé praktické otázky v samotnom rozhodcovskom konaní, súvisiace s určením rozhodného hmotného práva arbitráže, výkonu rozhodcovských rozsudkov atď.

² GAILLARD, E., Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?, p.59.

³ DOLIDZE, A., Anglo-Saxonizing Rights: Transnational Public Interest Litigation in Europe, p.440.

⁴ DE ENTERÍJA, J.G.: The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration, p.397.

⁵ LALIVE, P., Transnational Public Policy and International Arbitration, p.258.

⁶ Tamže, p.310.

⁷ Transnational, or truly international public policy.

i komplexne analyzujúce transnacionálny verejný poriadok. Uznávaní autori z USA a Austrálie kriticky nabádajú rozhodcov v medzinárodných rozhodcovských tribunáloch k opatrnosti pri aplikácii transnacionálneho verejného poriadku v rozhodcovskom konaní.

Profesor Reisman napríklad vyslovene spochybňuje samotnú existenciu transnacionálneho verejného poriadku a zdôvodňuje svoju opozíciu vo vzťahu k transnacionálnemu verejnému poriadku ako „*klzkému a tvárnemu konceptu*“⁸ samotným charakterom medzinárodnej obchodnej arbitráže a medzinárodného práva. Potenciál transnacionálneho /ako skutočne medzinárodného/ verejného poriadku považuje za teoreticky skoro neobmedzený a mimoriadne tvárny, charakter transnacionálneho verejného poriadku zase za pominuteľný v dôsledku jeho prílišnej všeobecnosti.⁹

Aplikácia transnacionálneho verejného poriadku rozhodcami v medzinárodnej obchodnej arbitráži by tak viedla podľa Reismana k značnej právnej neurčitosti, pretože rozhodcovia – deklarujúci znalosť základných pilierov medzinárodného práva – by mohli transnacionálny verejný poriadok uplatňovať za účelom dosiahnutia vlastných cieľov v samotnom rozhodcovskom konaní.

Obdobne sa v Austrálii vyjadruje i Pryles,¹⁰ kriticky hodnotiaci obsah transnacionálneho verejného poriadku ako „*temnú záležitosť, ktorej aplikácia rozhodcami je vysoko kontroverzná*.“ Súčasne nabáda rozhodcov v medzinárodných rozhodcovských tribunáloch k maximálnej opatrnosti pri aplikácii transnacionálneho verejného poriadku, a to osobitne v prípadoch, keď sa sporové strany dohodli na rozhodnom hmotnom práve arbitráže.¹¹

V iných, menej kriticky vyznievajúcich štúdiách autori klasifikovali transnacionálny verejný poriadok ako transnacionálny poriadok substantívny¹² i procesný¹³ a upozornili na jeho aplikáciu nielen v medzinárodnej obchodnej arbitráži, ale aj v medzinárodnej arbitráži investičných sporov. Súčasne navrhli ako alternatívne označenie transnacionálneho verejného poriadku pre oblasť medzinárodnej obchodnej i investičnej arbitráže pojem „*supranacionálny verejný poriadok*.“¹⁴

Transnacionálny verejný poriadok bol nakoniec zadefinovaný a jeho rozsah striktne vymedzený pod záštitou Združenia pre medzinárodné právo /ďalej len „ILA“/ v roku 2002 v Záverečnej správe ILA o verejnom poriadku ako prekážke

⁸ REISMAN, M., Law, International Public Policy /So Called/ and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration /citované ďalej ako Law, International Public Policy /So Called/ and Arbitral Choice/, p.856.

⁹ Tamže, p.854.

¹⁰ Pozri aj PRYLES, M., Reflections on Transnational Public Policy /citované ďalej ako Reflections on Transnational Public Policy/, p.1.

¹¹ Tamže, p.7.

¹² CONDE E SILVA, G., An Illustration of Substantive Transnational Public Policy in International Arbitration /citované ďalej ako An Illustration of Substantive Transnational Public Policy in International Arbitration/, p.275-297 .

¹³ SERRANO, F., M., Towards a Transnational Procedural Public Policy, p. 333-353.

¹⁴ HUNTER, M., SILVA, G.C., Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations /citované ďalej ako Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations/, p.378.

výkonu medzinárodných rozhodcovských rozsudkov.¹⁵ Prirodzene, nešlo o proces unáhlený.

Viaceré odporúčania ohľadne uplatnenia verejného poriadku ako prekážky výkonu medzinárodných rozhodcovských rozsudkov príslušnými súdmi boli predložené Odborným výborom medzinárodnej obchodnej arbitráže Združenia pre medzinárodné právo¹⁶ v podobe Predbežnej správy ILA o verejnom poriadku ako prekážke výkonu medzinárodných rozhodcovských rozsudkov¹⁷ na konferencii ILA v Londýne už v r.2000.Obe správy sú výsledkom šesťročného úsilia Odborného výboru, smerujúceho k úprave problematiky uplatnenia výhrady verejného poriadku v medzinárodnej obchodnej arbitráži.¹⁸

Je potrebné upozorniť aj na skutočnosť, že okrem krátkych prehľadových komentárov¹⁹ bol transnacionálny verejný poriadok v medzinárodnej obchodnej arbitráži po roku 2005 už analyzovaný aj s dostatočnou mierou sofistikovanosti a komplexnosti,²⁰ pričom hlavný dôraz sa v medzinárodnej arbitrážnej spisbe kladie okrem definovania a vymedzenia jeho obsahu najmä na vzájomný vzťah transnacionálneho verejného poriadku, medzinárodného verejného poriadku, ako aj samotného verejného poriadku v jednotlivých štátoch.²¹

V súčasnosti je možné skonštatovať, že existenciu transnacionálneho verejného poriadku experti na medzinárodnú obchodnú arbitráž z akademického prostredia aj z praxe nespochybňujú a nepopierajú. Práve naopak – v najnovších štúdiách, venovaných rôznym parciálnym problémom medzinárodnej obchodnej arbitráže odborníci upozorňujú na nutnosť rešpektovania transnacionálneho verejného poriadku rozhodcami pri rozhodovaní rozmanitých medzinárodných obchodných sporov.

¹⁵ MAYER P., SHEPPARD, A., Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards /citované ďalej ako Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards/, p. 249 – 263.

¹⁶ Združenie pre medzinárodné právo /ILA/ bola založená v r.1873 ako mimovládna vedecká a stavovská právnická organizácia s pôvodným cieľom vypracovania zákonníka medzinárodného práva. V súčasnosti sa aktívne podieľa na rozvoji medzinárodného verejného a súkromného práva prostredníctvom jeho štúdia a objasňovania problematických otázok. ILA pozostáva z 23 odborných výborov, pričom arbitrážny odborný výbor, ktorý tvorí 63 členov, je jedným z najstarších odborných výborov ILA.

¹⁷ MAYER, P., DE LY, F., ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards /citované ďalej ako ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards/, p.217-248.

¹⁸ Prípravné práce Odborného výboru na spomenutých odporúčaní začali už v r.1996 po ukončení konferencie ILA v Helsinkách.Bližšie pozri ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.1.

¹⁹ Pozri napr. Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy, p.871-875 .

²⁰ KESSEDJIAN, C., Transnational Public Policy /citované ďalej ako Transnational Public Policy /, p.857-870. Pozri kriticky aj BĚLOHLÁVEK, A., Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo /citované ďalej ako Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo/, s.530-555.

²¹ SEELIG, M., The Notion of Transnational Public Policy and its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissibility /citované ďalej ako The Notion of Transnational Public Policy/, p.116-133.

Napríklad Mourre pri rozbere vplyvu trestného práva na rozhodcovské konanie v medzinárodnom obchode²² klasifikuje transnacionálny verejný poriadok ako jednu z výnimiek, keď rozhodcovské tribunály môžu aplikovať kogentné normy externého charakteru vo vzťahu rozhodnému právu, dohodnutému sporovými stranami, a to napr. pri zákaze zmlúv, ktorých účelom je predaj drog, podplácanie zahraničných štátnych úradníkov,²³ alebo pranie špinavých peňazí.²⁴

Ako upozorňuje Mourre,²⁵ princípy, obsiahnuté v transnacionálnom verejnom poriadku sú „*univerzálne uznávané princípy, ktorých účelom je slúžiť vyšším záujmom celosvetového spoločenstva.*“ Obdobne Born²⁶ uvádza ako príklady uplatnenia výhrady transnacionálneho verejného poriadku okrem zákazu podplácania zahraničných verejných činiteľov napr. zákaz dohôd, ktorých predmetom plnenia sú trestné činy, zmluvy, zakotvujúce otroctvo, dodávky zbraní teroristom atď.

Zaujímavým spôsobom spomína zákaz podplácania ako jeden z princípov, obsiahnutých v transnacionálnom verejnom poriadku Chazournes, a to pri skúmaní pravdepodobnosti vzájomného vzťahu medzinárodnej obchodnej arbitráže a ústavného práva, na ktoré sa rozhodcovia príležitostne pri rozhodovaní medzinárodných obchodných a investičných sporov neformálne odvolávajú. Ako tvrdí spomínaný komentátor,²⁷ „...*na ústavné právo sa rozhodcovia v rozhodcovských rozsudkoch priamo neodvolávajú. Uprednostňujú radšej tzv. globálne ústavné právo, alebo medzinárodný verejný poriadok väčšiny štátov a to za účelom dodržiavania základných práv v kontexte medzinárodnej arbitráže.*“²⁸

Ešte pred vymedzením definície a stanovením obsahu transnacionálneho poriadku je vhodné upozorniť aj na koncept medzinárodného a verejného poriadku. Ako pragmaticky uvádza Kessedjian,²⁹ „*Existujú určité obmedzenia /resp. hranice/, ktoré žiaden hráč na medzinárodnej scéne, nesmie prekročiť.*“ A práve naznačené obmedzenia sú rozdelené do troch kategórií verejného poriadku,³⁰ medzinárodného verejného poriadku a transnacionálneho verejného poriadku. I keď v jadre sledujú v podstate obdobný účel a cieľ, v medzinárodnej arbitrážnej praxi je nutné ich

²² Pozri napr. CHOVANCOVÁ, K., Medzinárodná obchodná arbitráž a trestné právo, s.132-143.

²³ Bližšie CHOVANCOVÁ, K., Korupcia a podvody v medzinárodnej obchodnej arbitráži, s.44 .

²⁴ MOURRE, A., Part II Substantive Rules on Arbitrability, Chapter 11 - Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal, p.228, p.236.Obdobne aj LEW, J., BOR, H. et al, Arbitration in England, with Chapters on Scotland and Ireland, p.453.

²⁵ Tamže, p.236.

²⁶ BORN,G. B., International Commercial Arbitration, p.2193. Pozri obdobne KURKELA, M., Criminal laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not, p.290.

²⁷ CHAZOURNES, L.B., Fundamental Rights and International Arbitration: Arbitral Awards and Constitutional Law, p.322.

²⁸ Koncept transnacionálneho verejného poriadku má totiž taký rozsah, že uvedený postup rozhodcov môže absorbovať.

²⁹ Transnational Public Policy, p.858 .

³⁰ The public policy, the international public policy, the transnational public policy.

rozlišovať,³¹ pretože nie sú zameniteľné, a ani identické v dôsledku ich odlišného obsahu a rozsahu ich pôsobnosti.

II. Koncept verejného a medzinárodného verejného poriadku

Najčastejšie v dennodennej právnej praxi aplikovaným nie je transnacionálny, ale tradičný verejný poriadok, t.j. „public policy.“ Pozostáva zo základných pravidiel, ktorých uplatnenie v praxi zavádza každý štát, a ktorých dodržiavanie je všetkými štátnymi príslušníkmi /aj rezidentmi/ v danom štáte mimoriadne dôležité. Porušenie ktoréhokoľvek pravidla verejného poriadku povinným subjektom je samozrejme dôvodom na právny postih zo strany štátu, v ktorom sa uvedený verejný poriadok uplatňuje.³² Ide o približnú definíciu, verejný poriadok sa totiž nedefinuje ľahko a je možné ho definovať v rôznych obmenách. Jadro definícií verejného poriadku sa však v teórii medzinárodnej arbitráže nemení a je v podstate rovnaký.³³

Už v r.1853 v prípade **Egerton v Brownlow**³⁴ definovala anglická Snemovňa lordov verejný poriadok ako „právnu zásadu, podľa ktorej žiaden subjekt nemôže legálne konať tak, že jeho konanie môže poškodzovať verejnosť, alebo byť v rozpore s verejným záujmom.“ V známom prípade „**Rakoit**“³⁵ konštatoval zase anglický odvolací súd v r.1987 pri rozbere uplatnenia výhrady verejného poriadku v súvislosti s výkonom rozhodcovského rozsudku nasledovné: „Musí byť zjavné, že tu jestvuje určitý ilegálny prvok, alebo by bol výkon rozhodcovského rozsudku zjavným poškodením verejného záujmu...“

V USA definujú verejný poriadok ako súdmi vnímané najzákladnejšie poňatie morálky a spravodlivosti, v Kanade zase verejný poriadok z hľadiska medzinárodnej obchodnej arbitráže znamená rozpor rozhodcovského rozsudku so základnými princípmi verejnej morálky.³⁶ Definovaniu verejného poriadku sa nevyhýbajú ani komentátori v arabských štátoch. El-Ahdab³⁷ definuje moslimský verejný poriadok pomerne zložito ako „založený na rešpektovaní všeobecného konceptu Shari'e a jej zdrojov /Korán, Sunna atd./ a na zásade povinného dodržiavania ustanovení Shari'e, okrem prípadov keď zakazujú, čo je dovolené, a dovoľujú, čo je zakázané.“

Ako veľmi prozaický príklad domáceho verejného poriadku uvádza El-Ahdab neplatnosť zmluvy o kúpe a predaji vína. Zatiaľ čo je uvedená zmluva platná a bezproblémová, pokiaľ ju neuzavreli Moslimovia, identická zmluva, uzavretá medzi moslimskými obchodníkmi by bola neplatná *ab initio* z dôvodu porušenia moslimského konceptu verejného poriadku.³⁸

³¹ The Notion of Transnational Public Policy, p. 119.

³² Transnational Public Policy, p.859 .

³³ ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards/, p.218.

³⁴ **Egerton v Brownlow** (1853),4 HLC 1.

³⁵ **Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbh v. Ras Al Khaimah National Oil Company** [1987] 2 Lloyd's Rep. 246 at 254.

³⁶ Bližšie TAPOLA, D., Enforcement Regimes and Grounds for Foreign Judgments and Awards in Russia /citované ďalej ako Enforcement Regimes and Grounds for Foreign Judgments and Awards in Russia/, p.151.

³⁷ EL-AHDAB, General Introduction on Arbitration on Arab Countries, p.11.

³⁸ Tamže, p.12.

Predbežná správa ILA o verejnom poriadku ako prekážke výkonu medzinárodných rozhodcovských rozsudkov /ďalej len „Predbežná správa ILA“/ zase uvádza staršiu definíciu verejného poriadku profesora Lewa³⁹: „...je zjavné, že verejný poriadok je odrazom základných ekonomických, právnych, morálnych, politických, náboženských a spoločenských štandardov každého štátu...“

Verejný poriadok každého štátu má teritoriálny charakter a rozsah pôsobnosti v štáte, v ktorom sa uplatňuje. Ak teda rozhodcovia rozhodujú v medzinárodnej obchodnej arbitráži spor podľa hmotného práva konkrétneho štátu, sú povinní verejný poriadok uvedeného štátu rešpektovať, pretože voľba konkrétneho *lex causae* sporovými stranami nemôže vylúčiť aplikáciu jeho kogentných noriem.⁴⁰

Rovnako sú rozhodcovia povinní rešpektovať aj verejný poriadok štátu sídla arbitráže /t.j. miesta konania arbitráže/.⁴¹ Okrem toho, v záujme vydania rozhodcovského rozsudku, vykonateľného v pravdepodobnom štáte budúceho výkonu rozsudku, sa rozhodcom pri rozhodovaní medzinárodných obchodných sporov odporúča rešpektovať aj verejný poriadok miesta pravdepodobného výkonu rozhodcovského rozsudku. Pochopiteľne, nie je možné a ani vhodné od rozhodcov očakávať, že budú rešpektovať verejný poriadok všetkých štátov.

Rozhodca v medzinárodnej obchodnej arbitráži totiž nie je strážcom zákonnosti v štáte, ktorého právo pri rozhodovaní sporu aplikuje. Nie je ani vazalom žiadneho štátu a vlastnú právomoc odvodzuje od rozhodcovskej zmluvy. Ako konštatuje El Tahouny,⁴² „Z tohto dôvodu nie je rozhodca ani povinný chrániť štátne záujmy určitého štátu.“ V každom prípade sú však rozhodcovia povinní vždy okrem verejného poriadku *lex causae* a *lex arbitri* rešpektovať aj verejný poriadok štátov, s ktorými arbitráž úzko súvisí, a súčasne aj medzinárodný a transnacionálny verejný poriadok.

Podľa Kessedjian je podstata medzinárodného verejného poriadku odlišná od širšie koncipovaného verejného poriadku, stále však ide o pravidlá, vytvorené a uplatňované konkrétnym štátom. Za medzinárodný verejný poriadok Kessedjian považuje *ius cogens* a platné medzinárodné dohovory, a to ich kogentné ustanovenia, od ktorých sa členské štáty dohovoru nemôžu odchýliť.⁴³ Pokiaľ však štát, v ktorom sa aplikuje medzinárodný verejný poriadok pri rozhodovaní o odopretí výkonu cudzieho rozhodcovského rozsudku, nie je členským štátom konkrétneho medzinárodného dohovoru, kogentné ustanovenia uvedeného dohovoru nebudú tvoriť medzinárodný verejný poriadok daného štátu.⁴⁴

Súdy, príslušné na výkon cudzích rozhodcovských rozsudkov budú odlišovať pre účely rozhodnutia o odopretí alebo povolení výkonu cudzieho rozhodcovského

³⁹ ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards/, p.219.

⁴⁰ TAHOUNY, H. EL., The Respect by the Arbitrator of Rules of Public Policy in International Commercial Disputes /citované ďalej ako The Respect by the Arbitrator of Rules of Public Policy in International Commercial Disputes/, p.34.

⁴¹ Pozri napr. The Notion of Transnational Public Policy, p.119 .

⁴² The Respect by the Arbitrator of Rules of Public Policy in International Commercial Disputes, p.27.

⁴³ Transnational Public Policy, p.859.

⁴⁴ V tomto prípade bude príslušný súd, ktorý rozhoduje o odopretí /alebo povolení/ výkonu cudzieho rozhodcovského rozsudku zvažovať skôr užší transnacionálny verejný poriadok.

rozsudku nielen transnacionálny a medzinárodný verejný poriadok, ale aj medzinárodný verejný poriadok a domáci verejný poriadok.⁴⁵ V medzinárodnej arbitrážnej praxi totiž nie každé porušenie domáceho verejného poriadku /t.j. public policy/ je automaticky aj porušením medzinárodného verejného poriadku /international public policy/ daného štátu.⁴⁶

Následne je možné skonštatovať, že pojem medzinárodný verejný poriadok je užší než verejný poriadok štátu a z verejného poriadku subsumuje len tú časť, ktorá tvorí najzákladnejšie normy domáceho verejného poriadku v konkrétnom štáte. To znamená, že to, čo sa považuje za súčasť verejného poriadku /ordre public interne/ v rámci domácich vzťahov v jednom štáte ešte nutne nemusí byť aj verejným poriadkom daného štátu vo vzťahoch medzinárodných /ordre public externe/.⁴⁷

V záverečnej správe ILA o verejnom poriadku ako prekážke výkonu medzinárodných rozhodcovských rozsudkov nachádzame ako prvé zakotvené odporúčanie 1(a), podľa ktorého má byť konečný charakter rozhodcovských rozsudkov, vydaných v medzinárodnej obchodnej arbitráži rešpektovaný až na dve „výnimočné okolnosti.“⁴⁸ Podľa nasledovného odporúčania 1(b) existujú uvedené výnimočné okolnosti práve vtedy, ak by výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku porušoval medzinárodný verejný poriadok.

Na rozdiel od transnacionálneho verejného poriadku definujú Odporúčania ILA⁴⁹ medzinárodný verejný poriadok /alebo „international public policy“/ v zmysle medzinárodného práva súkromného ako tú časť verejného poriadku každého štátu, ktorá, ak je porušená, zabráni úspešnej sporovej strane dosiahnuť výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku, vydaného v jej prospech. Medzinárodný verejný poriadok je verejný poriadok každého štátu, ktorý je aplikovaný domácimi príslušnými súdmi v súvislosti s výkonom cudzieho rozhodcovského rozsudku.

Okrem toho je aj základom vylúčenia aplikácie *lex causae* rozhodcami v medzinárodnej obchodnej arbitráži ešte pred vydaním rozhodcovského rozsudku.⁵⁰ Rozsah *international public policy* v medzinárodnej obchodnej arbitráži je tak užší

⁴⁵ The Notion of Transnational Public Policy, p.120. Pozri aj obdobnú definíciu medzinárodného verejného poriadku prof.P. Sandersa v ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.220.

⁴⁶ Pozri Odporúčanie 3 (a). Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.261.

⁴⁷ Bližšie pozri VAN DEN BERG, A., Distinction Domestic- International Public Policy, p.502. Profesor Van den Berg uvádza ako príklad povinné odôvodnenie rozhodcovského rozsudku. Zatiaľ čo je v mnohých štátoch s kontinentálnym právnym systémom odôvodnenie rozhodcovského rozsudku in merit povinné, v niektorých štátoch common law platí opačné pravidlo a rozhodcovské rozsudky sa zvyčajne neodôvodňujú. Keďže informované súdy v štátoch s kontinentálnym právnym systémom aplikujú pri výkone cudzieho rozhodcovského rozsudku princípy medzinárodného verejného poriadku namiesto domáceho verejného poriadku, môžu uznať aj cudzie rozhodcovské rozsudky, vydané v štátoch common law bez zahrnutého odôvodnenia rozsudku.

⁴⁸ Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.249.

⁴⁹ Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.253 .

⁵⁰ LEW, J., MISTELIS L. A., KROLL, S., Comparative International Commercial Arbitration /citované ďalej ako Comparative International Commercial Arbitration/, p.422.

než rozsah *public policy*, nie však až tak, ako *transnational public policy*, ktorý ma zase na druhej strane, celosvetovú pôsobnosť. Podľa Odporúčaní ILA /odporúčanie 1(d)/ medzinárodný substantívny i procesný verejný poriadok každého štátu zahŕňa:

a/ základné princípy spravodlivosti a morálky, ktoré štát bude chrániť aj keď sa ich porušenie na štát priamo nevzťahuje,

b/ právne normy, ktoré slúžia na ochranu základných politických, sociálnych a ekonomických záujmov štátu, známe ako *lois de police* alebo normy verejného poriadku,

c/ povinnosť štátu rešpektovať svoje záväzky vo vzťahu k iným štátom alebo medzinárodným organizáciám.⁵¹

Pokiaľ ide o medzinárodnú obchodnú arbitráž, podľa Lewa⁵² sú v medzinárodnej obchodnej arbitráži zjavnými príkladmi porušenia medzinárodného verejného poriadku napr. korupcia, podvod, závažné nedostatky v konaní, rozhodnutie sporu zaujatými rozhodcami alebo obvinenia z ilegálnosti arbitráže, pretože celá zmluva, zahŕňajúca rozhodcovskú doložku bola ilegálna /napr. jej predmetom bolo pašovanie tovaru/.

Ak je výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku spochybnený z uvedených dôvodov, v podstate bez výnimky k jeho výkonu nedôjde, pretože by išlo o zjavné porušenie medzinárodného verejného poriadku predpokladaného štátu výkonu rozsudku.⁵³ Príslušný konajúci súd v štáte výkonu rozsudku posudzuje súlad cudzieho rozhodcovského rozsudku s medzinárodným verejným poriadkom v súlade so základnými princípmi vlastného právneho systému, t.j. v súlade s právnym systémom štátu, v ktorom má príslušný súd sídlo.⁵⁴

Problematickosť uplatnenia medzinárodného verejného poriadku príslušnými súdmi vo fáze výkonu cudzieho rozhodcovského rozsudku je najlepšie ilustrovať na konkrétnych praktických príkladoch v rôznych štátoch. Pre účely predkladanej štúdie je možné spomenúť napríklad reprezentatívne Rusko a Čínu ako svetové veľmoci, a súčasne aj Brazíliu ako typický štát Latinskej Ameriky. Pokiaľ ide o Rusko, nehľadiac na možné dôsledky s ohľadom na popularitu Ruska ako sídla medzinárodných obchodných arbitráží, ani ruská legislatíva, ani súdna prax nerozlišuje medzi domácim a medzinárodným verejným poriadkom.⁵⁵

Ako konštatuje Tapola,⁵⁶ „ruská súdna prax je nanešťastie zaplavená veľmi rôznorodými súdnymi rozhodnutiami, a z tohto dôvodu žiadny jednotný výklad verejného poriadku v Rusku neexistuje.“ V ruskej súdnej praxi je rozpor s verejným poriadkom vnímaný predovšetkým ako rozpor so základnými konštitucionalistickými princípmi Ruska, ako aj rozpor s kogentnými normami ruského právneho poriadku.

⁵¹ Odporúčanie 1 (e). Pozri Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.256.

⁵² Comparative International Commercial Arbitration, p.423.

⁵³ Podľa prof. Lewa príklady medzinárodného verejného poriadku zahŕňujú napr. aj pašovanie tovaru, dodávanie zbraní teroristickej organizácii, podpora nepokojov, dohody o transporte detí za účelom otroctva atď.

⁵⁴ Pozri Odporúčanie 2(a), Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.258.

⁵⁵ Enforcement Regimes and Grounds for Foreign Judgments and Awards in Russia, p.152 .

⁵⁶ Tamže, p.160.

Spomenutá komentátorka však správne upozorňuje na skutočnosť, že nie všetky princípy, zakotvené v samostatných článkoch ruského občianskeho zákonníka a iných ruských právnych predpisov, je možné považovať za základné princípy ruského práva a ruského /t.j. domáceho/ verejného poriadku.

Vo fáze rozhodovania o výkone cudzieho rozhodcovského rozsudku na území Ruska tak nie je možné považovať celý domáci verejný poriadok za medzinárodný verejný poriadok.⁵⁷ V súvislosti s Čínou je možné skonštatovať, že čínski sudcovia vo všeobecnosti vykazujú proarbitrážne tendencie, sú však často kritizovaní pre uplatnenie výhrady domáceho verejného poriadku pri uznávaní cudzích rozhodcovských rozsudkov, čo má za následok znemožnenie ich výkonu na území Číny.

Koncept verejného poriadku v Číne je totiž mierne extravagantný.⁵⁸ Namiesto výhrady tradičného „verejného poriadku“ aplikujú čínske súdy ešte z r.1985 v čínskom zmluvnom práve a medzinárodnom obchodnom práve zaužívaný koncept „spoločenských a verejných záujmov.“ Situáciu mierne komplikuje aj čínska interná záležitosť považovania rozhodcovských rozsudkov, vydaných v Hongkongu a Macau za cudzie rozhodcovské rozsudky v Číne.

S cieľom podporiť medzinárodnú obchodnú arbitráž na území Číny a nezneisťovať investorov sa však čínsky Najvyšší súd aspoň snažil o poskytnutie vhodnej inštrukcie príslušným domácim súdom, pokiaľ ide o uplatnenie konceptu „spoločenských a verejných záujmov“ ako prekážky výkonu cudzích rozhodcovských rozsudkov v Číne. V r.2004 vydal Vysvetlivky a odpovede na praktické otázky v súdnom konaní v medzinárodných obchodných a námorných prípadoch,⁵⁹ v ktorých upozornil sudcov na nutnosť uplatnenia uvedeného konceptu ako verejného poriadku len vtedy, ak by uznanie a výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku v Číne porušoval základné princípy čínskeho práva, bezpečnosti a suverenity štátu, alebo obyčaje, tradície a základné domáce morálne princípy.⁶⁰

Opozíciu voči čínskej komunistickej strane tak nie je možné uplatniť ako porušenie verejného poriadku štátu. Na druhej strane sú zase súčasťou čínskeho konceptu verejného poriadku aj čínske obyčaje a tradície, a tak sa mohlo stať že v prípade „Heavy Metal“ bol odopretý výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku z dôvodu rozporu s domácim verejným poriadkom, pretože heavy metal nie je súčasťou čínskych obyčají a tradícií.

Napriek tomu, že v súčasnosti je postup čínskych sudcov pri aplikácii verejného poriadku do značnej miery konzistentný s konceptom verejného poriadku ILA, najmä na nižších čínskych súdoch ešte stále pretrváva tendencia expanzívneho

⁵⁷ Z uvedeného napr. vyplýva, že nesprávna aplikácia hmotného práva zahraničným súdom /prípadne rozhodcovským tribunálom/ nebude dôvodom na uplatnenie ruského verejného poriadku príslušným ruským súdom pri rozhodovaní o výkone cudzieho rozhodcovského rozsudku. Okrem toho, ruský súd, príslušný na výkon spomenutého cudzieho rozhodcovského rozsudku nie je oprávnený posudzovať rozsudok rozhodcovského tribunálu in merit v cudzom rozhodcovskom rozsudku.

⁵⁸ FEI, L., Public Policy as a bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach /citované ďalej ako Public Policy as a bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach/, p.302 .

⁵⁹ Tamže, p.304.

⁶⁰ Pozri bližšie na <http://www.ccmt.org>

uplatnenia konceptu domáceho verejného poriadku pri rozhodovaní o výkone cudzích rozhodcovských rozsudkov v Číne. Čínska komentátorka Fei⁶¹ konštatuje „*Dúfame, že čínske súdy budú v budúcnosti vyvíjať ďalšie úsilie s cieľom zredukovať neurčitost' a dvojzmyselnosť pri interpretácii a aplikácii verejného poriadku.*“⁶²

Pokiaľ ide o riadne uplatnenie konceptu medzinárodného verejného poriadku, väčšia neistota ako v Číne panuje nepochybne v Brazílii. Napríklad v prípade **Indutech v Algocentro**⁶³ nepovolil brazílsky Najvyšší súd výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku z dôvodu porušenia procesného verejného poriadku. Spor pre omeškané platby v uvedenom prípade vznikol v súvislosti s plnením medzinárodnej zmluvy o kúpe a predaji bavlny. Keďže zmluva zakotvovala rozhodcovskú doložku, spor bol rozhodnutý v arbitráži jediným rozhodcom v prospech spoločnosti Indutech, ktorá následne požiadala o výkon rozhodcovského rozsudku príslušný brazílsky súd.

Vzhľadom na to, že obchodná spoločnosť Algocentro nepodpísala ani zmluvu, ani jej dodatok a dokument o ustanovení rozhodcu, odmietol príslušný brazílsky súd cudzí rozhodcovský rozsudok v Brazílii vykonať pre rozpor s brazílskym verejným poriadkom. Brazílsky súd mal totiž zato, že súhlas s arbitrážou musí zmluvná strana vyjadriť výslovne, nie konkludentne.⁶⁴ Uvedené rozhodnutie bolo následne v medzinárodnej arbitrážnej spisbe kritizované a označované za brzdu rozvoja medzinárodného obchodu v Brazílii.⁶⁵

Súdom v budúcich obdobných prípadoch odporúčajú brazílski komentátori Oliveira a Miranda⁶⁶ nasledovné: „...*súdy by sa vtedy mali pokúsiť o riadnu analýzu prípadu a rozhodnúť, či je porušenie domáceho verejného poriadku naozaj také závažné, že jeho tolerovanie brazílskym právnym systémom by podmiňovalo všetky základné hodnoty brazílskeho práva.*“ Je pravdou, že medzinárodná obchodná arbitráž v Brazílii je ešte len v počiatočnom štádiu svojho vývoja. Nepochybne, možno aj práve preto ešte nie je jasné, či v budúcnosti brazílski sudcovia budú vedieť aplikáciu medzinárodného verejného poriadku pri výkone cudzích rozhodcovských rozsudkov akceptovať.⁶⁷

⁶¹ Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach, p.311.

⁶² Na porovnanie pozri uplatnenie moderného prístupu vo vykonávacom konaní odvolacím súdom Honkongu pri povolení výkonu cudzieho rozhodcovského rozsudku, vydaného v Číne napriek tomu, že rozsudok bol napadnutý pre zaujatost' rozhodcov, ktorí boli súčasne aj mediátormi v značne zmätočnom “arb-med” rozhodcovskom konaní. YEOH, F., ANG, D.: Reflections on Gao Haiyan – Of ‘Arb-Med’, ‘Waivers’, and Cultural Contextualisation of Public Policy Arguments, p.285-297.

⁶³ **Indutech Spa v Algocentro Amazéns Gerais Ltda**, Decision of the Brazilian Special Court of the Superior Court of Justice of December 17, 2004, SEC 978/GB.

⁶⁴ MIRANDA, I., DE OLIVEIRA, L.V.P., International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil, p.62.

⁶⁵ Kritika smerovala najmä k posúdeniu spomenutej kúpnopredajnej zmluvy brazílskym súdom, keďže v skutočnosti sporové strany naozaj uzavreli zmluvu so zakotvenou rozhodcovskou doložkou.

⁶⁶ Tamže, p.69

⁶⁷ Obdobná neistota pri výkone cudzích rozhodcovských rozsudkov z hľadiska uplatnenia domáceho verejného poriadku príslušným konajúcim súdom je typická aj pre Indonéziu. Na rozdiel od Brazílie je však problematickosť výkonu cudzích rozhodcovských rozsudkov

III. Transnacionálny verejný poriadok – definícia a vymedzenie obsahu

Kessedjian⁶⁸ konštatuje: „...ak má transnacionálny verejný poriadok význam, je mimo dosahu štátu z dvoch dôvodov.“ Prvým dôvodom je kreovanie transnacionálneho verejného poriadku jednak štátmi, ako aj neštátnymi subjektmi. Druhým dôvodom je skutočnosť, že určitá časť transnacionálneho verejného poriadku pozostáva z noriem, vytvorených vládnyimi medzinárodnými organizáciami, ktoré nemajú konvenčný charakter a predstavujú tzv. „soft law.“ Ak aj boli vytvorené v konvenčnejšej forme v podobe medzinárodných dohôdov a ratifikované určitým počtom štátov, nemusia byť nutne ratifikované všetkými štátmi na svete.

To však neznamená, že vzhľadom na svoju závažnosť a univerzálnosť nebudú spadať do konceptu transnacionálneho verejného poriadku. Transnacionálny verejný poriadok pozostáva z kogentných právnych noriem, ktoré sú uznávané medzinárodnou arbitrážnou praxou ako spoločné pre všetky právne systémy.⁶⁹ Pokiaľ ide o jeho obsah, nie je ľahké ho definovať. S istotou sem patria pravidlá medzinárodného verejného práva *ius cogens*, základné pravidlá prirodzeného práva, princípy univerzálnej /či všeobecnej/ spravodlivosti, ako aj minimum štandardov ochrany ľudských práv, a všeobecné pravidlá morálky, akceptované všetkými civilizovanými národmi.⁷⁰

To znamená, že transnacionálny verejný poriadok nie je možné odvodzovať od žiadneho špecifického právneho systému určitého štátu, ale od právneho systému ktoréhokoľvek civilizovaného štátu.⁷¹ Pokiaľ ide o bližšie priblíženie obsahu transnacionálneho verejného poriadku, podľa prof. Kessedjian sa transnacionálny verejný poriadok skladá z kogentných noriem s celosvetovou pôsobnosťou, ktoré sú povinné rešpektovať aktívne subjekty v medzinárodnom obchode, rovnako ako aj celosvetová verejnosť. Normy transnacionálneho poriadku teda nevytvárajú nutne iba štáty, ale aj mimovládne medzinárodné organizácie a medzinárodné organizácie. Dobrým príkladom sú napr. medzinárodné dohovory, prijaté na pôde OSN.

V medzinárodnej arbitrážnej praxi sa rozlišuje transnacionálny substantívny a transnacionálny procesný verejný poriadok.⁷² Transnacionálny substantívny verejný poriadok pozostáva zo zákazov a pozitívnych obligácií. Pokiaľ ide o zákazy, patrí sem napr. zákaz korupcie a daňových únikov, zákaz podplácania a obchodovania s drogami, zákaz zneužitia práv, zákaz diskriminácie a zákaz vyvlastnenia bez primeranej kompenzácie. Medzi pozitívne záväzky patrí princíp

v Indonézii skutočnosťou dlhodobo známou. Pozri napr. nový komentár v JUNITA, F.: *Judicial Review of International Arbitral Awards on the Public Policy Exception in Indonesia*, p.405-427.

⁶⁸ *Transnational Public Policy*, p.860.

⁶⁹ SCHWARZ, F., ORTNER, H.: Chapter III: The Arbitration Procedure - Procedural Order Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration /citované ďalej ako Chapter III: The Arbitration Procedure - Procedural Order Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration/, p.157.

⁷⁰ Pozri kritický komentár v Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo, s.531.

⁷¹ *The Notion of Transnational Public Policy*, p.122.

⁷² Procesný verejný poriadok sa vzťahuje na procesné aspekty rozhodcovského konania, substantívny verejný poriadok na práva a povinnosti sporových strán vo vzťahu k predmetu sporu.

bona fide, pacta sunt servanda, ochrana životného prostredia, ľudskej dôstojnosti, zdravia, a kultúrneho dedičstva.⁷³

To všetko sú ilustratívne ukážky hmotného, t.j. substantívneho transnacionálneho verejného poriadku pre oblasť medzinárodnej obchodnej i investičnej arbitráže, ktorý rozhodcovia pri rozhodovaní medzinárodných sporov aplikujú.⁷⁴ Je len logické, že substantívny transnacionálny verejný poriadok má v medzinárodnej obchodnej arbitráži zásadný vplyv na určenie právomoci rozhodcovského tribunálu, ako aj na arbitrabilitu sporu a prípustnosť uplatnenia nároku žalobcom v rozhodcovskom konaní.⁷⁵

Vzhľadom na univerzálny charakter konceptu transnacionálneho verejného poriadku bude zase súčasťou procesného transnacionálneho verejného poriadku pre oblasť medzinárodnej obchodnej arbitráže nepochybne Magna Charta medzinárodnej obchodnej arbitráže, pozostávajúca z najdôležitejších procesných pravidiel, a to zachovávanie rovnosti sporových strán, práva strán na vyjadrenie sa a práva na spravodlivý proces, ale napr. aj zachovávanie rozhodcovskej nezávislosti a nestrannosti.⁷⁶

Ako upozorňuje Seelig,⁷⁷ „len tie najzákladnejšie pravidlá, ktoré sú univerzálne akceptovanými princípmi, tvoria súčasť transnacionálneho procesného verejného poriadku.“ Pokiaľ ide o rozdiel medzi transnacionálnym a medzinárodným verejným poriadkom, Odporúčania ILA⁷⁸ o verejnom poriadku ako prekážke uznania medzinárodných rozhodcovských rozsudkov taktiež definujú transnacionálny verejný poriadok ako koncept s užšou pôsobnosťou,⁷⁹ než je medzinárodný verejný poriadok, ktorý však presahuje hranice všetkých štátov. Má tak celosvetovú pôsobnosť,⁸⁰ a preto sa aj vyznačuje vysokou mierou abstrakcie.⁸¹

⁷³ Tamže, p.869.

⁷⁴ Transnational Public Policy and International Arbitration, p.284.

⁷⁵ Tamže, p.128-131.

⁷⁶ Equality of the parties, the right to be heard, the due process. Pozri bližšie rozbor transnacionálneho procesného verejného poriadku v SERRANO, F., M., Towards a Transnational Procedural Public Policy, p.341-347. Serrano upozorňuje na ťažkosti rozhodcov v medzinárodnej obchodnej arbitráži s aplikovaním transnacionálneho procesného verejného poriadku /konkrétne ide o aplikáciu Magny Charty medzinárodnej obchodnej arbitráže/ v porovnaní s transnacionálnym verejným poriadkom substantívnym.

⁷⁷ The Notion of Transnational Public Policy, p.124.

⁷⁸ Odporúčania ILA sa k uplatneniu konceptu transnacionálneho verejného poriadku stavajú trochu skepticky. Je potrebné však vziať do úvahy, že boli prijaté ešte v r.2002 a oblasť medzinárodnej obchodnej arbitráže vrátane aplikácie transnacionálneho verejného poriadku v teórii i v praxi od r.2002 už zaznamenala značný pokrok. Pozri však odporúčanie 2(b), v ktorom je inštitút transnacionálneho verejného poriadku súčasťou odporúčania. Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.259.

⁷⁹ Pozri kritický komentár v Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo, s.551.

⁸⁰ Pozri aj ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p.220..

⁸¹ Pozri napr. výbornú kritiku až priveľmi simplifikovaného konceptu „od verejného poriadku každého štátu až po transnacionálny verejný poriadok“ v SCHWARZ, F., ORTNER, H., Chapter III: The Arbitration Procedure - Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration, p.157.

S istotou je možné skonštatovať, že transnacionálny verejný poriadok s korektívnou funkciou⁸² je súčasťou verejného poriadku každého moderného štátu, ktorý plne rešpektuje svoje medzinárodnoprávne záväzky a obhajuje záujmy nielen vlastného domáceho, ale aj medzinárodného spoločenstva. Rozhodcovia, rozhodujúci medzinárodné obchodné aj investičné spory, sú samozrejme povinní transnacionálny verejný poriadok v jeho substantívnej i procesnej forme rešpektovať, v opačnom prípade by sa totiž ľahko mohli stať súčasťou jeho porušenia.⁸³

Ako konštatuje De Silva,⁸⁴ „Rozhodcovské tribunály sa v minulosti i v súčasnosti pri rozhodovaní na transnacionálny verejný poriadok odvolávali.“ Mnohokrát sa tak deje aj nepriamo a rozhodcovia priamo aplikáciu na transnacionálneho verejného poriadku neupozorňujú – je totiž samozrejmá. To isté paralelne potvrdzuje Hunter⁸⁵: „Keď by ste sa medzinárodných rozhodcov spýtali, povedali by Vám, že transnacionálny verejný poriadok pri koncipovaní rozhodcovských rozsudkov nikdy neaplikovali. To je samozrejme pravda o subjektívnej, vedomej úrovni, realita je však často iná.“

Vzhľadom na opatrný postup súdov pri výkone cudzích rozhodcovských rozsudkov /najmä pokiaľ ide o uplatnenie výhrady verejného poriadku/, a vo všeobecnosti z neho vyplývajúcu nechť výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku zamietnuť,⁸⁶ sú rozhodcovia do určitej miery strážcovia dodržiavania transnacionálneho verejného poriadku v štádiu pred vydaním rozhodcovského rozsudku, či už sú s uvedenou pozíciou uzrozmene, alebo nie.⁸⁷

Rovnako je rozhodca povinný samozrejme rešpektovať medzinárodný verejný poriadok *lex causae*, a aj *lex arbitri*, pričom z hľadiska vykonateľnosti budúceho rozhodcovského rozsudku bude určite prihliadať aj na medzinárodný verejný poriadok štátu pravdepodobného výkonu cudzieho rozhodcovského rozsudku.

IV. Záver

Napriek zdôrazňovaniu rešpektovania transnacionálneho verejného poriadku rozhodcami v medzinárodnej obchodnej arbitráži aj najhlasnejší zástancovia transnacionálneho verejného poriadku nabádajú stále k opatrnosti.⁸⁸ Opatrnosť je namieste určite práve z toho dôvodu, že pri zvažovaní aplikácie transnacionálneho verejného poriadku pri rozhodovaní medzinárodných obchodných i investičných

⁸² Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations, p.372.

⁸³ Pozri napr. uplatnenie transnacionálneho verejného hmotného poriadku v známej medzinárodnej investičnej arbitráži *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*. Bližšie k tomu CHOVANCOVÁ, K., International Arbitration of Investment Disputes: Introduction and Basic Characteristics, s.89-90.

⁸⁴ CONDE E SILVA, G., An Illustration of Substantive Transnational Public Policy in International Arbitration, p.275.

⁸⁵ Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations, p.370.

⁸⁶ Pozri napr. k prístupu USA v REED, L., FREDA, J., Narrow Exceptions: A Review of Recent U.S. Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention, p.649-656.

⁸⁷ Pozri Transnational Public Policy, p.863. Z praktického hľadiska pozri príklad v CHOVANCOVÁ, K., Výkon medzinárodného rozhodcovského rozsudku v Holandsku - Yukos Capital v OAO Rosneft: praktický príklad, s.446-467.

⁸⁸ Transnational Public Policy, p.870.

sporov sú rozhodcovia povinní vopred dobre zvážiť, či skutočne došlo k porušeniu normy transnacionálneho verejného poriadku.

Určite nie je vhodné, aby medzinárodné rozhodcovské tribunály v priebehu arbitráže ešte pred vydaním rozhodcovského rozsudku necitlivo deklarovali všetky možné porušenia transnacionálneho verejného poriadku v dôsledku mechanického zvažovania jeho substantívnych i procesných pravidiel. Uvedený postup by totiž viac než negatívnym spôsobom vplýval na samotné konanie, pretože namietané porušenie transnacionálneho substantívneho alebo procesného poriadku by priamo negatívne ovplyvnilo nielen právomoc rozhodcov, ale aj otázku arbitrability rozhodovaného sporu a prípustnosti žaloby vôbec.⁸⁹

Naznačenej situácie sa v súčasnosti snád' už netreba obávať, keďže aplikácia pravidiel transnacionálneho verejného poriadku v medzinárodnej obchodnej i investičnej arbitráži⁹⁰ postupne vykryštalizovala do pomerne konzistentnej podoby. Rozhodcovia zodpovedne aplikujú jednotlivé normy transnacionálneho poriadku vždy ako súčasť *lex causae* a *lex arbitri* bez toho, aby bolo nutné ich na význam aplikácie transnacionálneho hmotného i procesného poriadku osobitne upozorňovať.⁹¹

Ako upozorňuje Redfern,⁹² „*Všeobecné odvolávanie sa rozhodcov na transnacionálny verejný poriadok bez odvolania sa na konkrétny právny rámec jeho aplikácie by sa však mohlo stať ľahkým obchádzaním nutnej dôslednej právnej analýzy rozhodného *lex causae* a *lex arbitri*, dôležitej pre zodpovednú aplikáciu transnacionálneho verejného poriadku.*“

Racionálnu kritiku a návod na aplikáciu celého konceptu by tak rozhodcovia mali mať zrejme stále na pamäti. Transnacionálny verejný poriadok totiž nie je jednoznačným „extrémnym“ koncom kontinuálnej línie, pozostávajúcej z verejného poriadku, v jeho oklieštenej forme z medzinárodného poriadku a nakoniec z verejného poriadku transnacionálneho.⁹³ Skutočne univerzálnym z hľadiska pôsobnosti *erga omnes* je totiž len transnacionálny verejný poriadok.

Je nutné si však súčasne uvedomiť, že je otázne, či skutočne všetky substantívne a procesné normy transnacionálneho verejného poriadku naozaj aplikujú všetky štáty na celom svete. Je totiž známou skutočnosťou, že čím sú od seba šaty, resp. zoskupenia štátov vzdialenejšie pokiaľ ide o ich historický vývoj, politický systém, ekonomickú vyspelosť, morálku a aj kultúru, vrátane kultúry právnej, tým je väčšie riziko, že absolútna univerzálnosť transnacionálneho verejného poriadku bude zrejme fungovať lepšie v rovine teoretickej, než praktickej.

⁸⁹The Notion of Transnational Public Policy, p.133.

⁹⁰ Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations, p.

⁹¹ Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy, p.873 .

⁹² Tamže, p.874.

⁹³ Chapter III: The Arbitration Procedure - Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration, p.158.

ZOZNAM BIBLIOGRAFICKÝCH ODKAZOV

/Knihy/

1. BĚLOHLÁVEK, A.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo : komentář. 1. díl. Praha: C.H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7400-096-6.
2. BORN, G. B.: International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2009, 3400p. ISBN 9789041127594.
3. CHOVANCOVÁ, K.: International Arbitration of Investment Disputes : Introduction and Basic Characteristics. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2009. 392 s. ISBN 978-80-89447-14-5.
4. KLAUSEGGER, CH., KLEIN, P. /eds./: Austrian Arbitration Yearbook 2009. Wien: C.H.Beck, Stämpfli & Manz, 2009, 581p. ISBN 9783214007676
5. KLAUSEGGER, CH., KLEIN, P. /eds./: Austrian Arbitration Yearbook 2008. Wien: C.H.Beck, Stämpfli & Manz, 2008, 522p. ISBN 9783214007676
6. LEW, J., MISTELIS L. A., KROLL, S.: Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer law International, 2003. 953 p. ISBN 9041115684.
7. LEW, J., BOR, H. et al /eds. /: Arbitration in England, with Chapters on Scotland and Ireland. The Hague: Kluwer Law International, 2013. p.732. ISBN 9789041139986.
8. MISTELIS, L.A., BREKOULAKIS, S. (eds): Arbitrability: International and Comparative Perspectives. Kluwer Law International, 2009. 366 p. ISBN 978904112730.
9. PAULSSON, J. (ed): International Handbook on Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1998, Supplement No. 27. ISBN 9789065449672.
10. ROTH, M., GEISTLINGER, M.: Yearbook on International Arbitration. Vol.III. Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2013. 430p. ISBN 978-3-7083-0911-8.
11. VAN DEN BERG, A. /ed./: International Arbitration 2006: Back to Basics ? ICCA Congress Series 2006 Montreal. Kluwer Law International, 2007, Vol.13. 910p. ISBN 9789041126917.
12. VAN DEN BERG, A. /ed./: International Arbitration 2010: Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010, Rio. Kluwer Law International, 2011, Vol.15. 421p. ISBN 9789041133663.
13. VAN DEN BERG, A. /ed./: Arbitration: The Next Fifty Years, ICCA Congress Series 2011. Kluwer Law International, 2012, Vol.16, 259p. ISBN 9789041138088.
14. VAN DEN BERG, A. /ed./: Yearbook Commercial Arbitration 1996. The Hague: Kluwer Law International 1996, Volume XXI. 919p. ISBN 9789041115294.

Časopisecké publikácie

1. CONDE E SILVA, G.: An Illustration of Substantive Transnational Public Policy in International Arbitration. In: Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2009, Vol.13, p.275-297.
2. DE ENTERÍJA, J.G.: The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration. In: 21 Law & Pol'y Int'l Bus., 1989-1990, Vol.21, p.389-440.
3. DOLIDZE, A.: Anglo-Saxonizing Rights: Transnational Public Interest Litigation in Europe. In: Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), March 23-26, 2011, Vol. 105, p. 439-442
4. EL-AHDAB: General Introduction on Arbitration oin Arab Countries. In: PAULSSON, J. (ed): International Handbook on Commercial Arbitration, 1998, Supplement No. 27, p. 1 – 26.
5. FEI, L.: Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach. In: Arbitration International, 2010, Vol.26., No.2, p.301 -311.
6. GAILLARD, E.: The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice. In: VAN DEN BERG (ed): Arbitration: The Next Fifty Years, ICCA Congress Series, p. 66 – 73.
7. GAILLARD, E., Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? In: Arbitration International, 2001, Vol.17., No.1, p.59 -72.
8. HAUGENEDER, F., LIEBSCHER, CH. : Chapter V: Investment Arbitration - Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof. In: Austrian Arbitration Yearbook 2009, p. 539 – 564.
9. HUNTER, M., SILVA, G.C.: Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations. In: Journal of World Investment, 2003, Vol.4, p.367-378.
10. CHAZOURNES, L.B.: Fundamental Rights and International Arbitration: Arbitral Awards and Constitutional Law. In: VAN DEN BERG, A. /ed./: International Arbitration 2010: Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010, p.309-324.
11. CHENG. T.: State Immunity, Public Policy and International Commercial Arbitration. In: VAN DEN BERG, A. /ed./: International Arbitration 2010: Arbitration Advocacy in Changing Times, p.362-380.
12. CHOVANCOVÁ, K.: Res iudicata medzinárodného rozhodcovského rozsudku. In: Justičná revue, 2013, č.1, s.1-16.
13. CHOVANCOVÁ, K.: Enforcement Procedures in Selected European Countries. In: ROTH, M., GEISTLINGER, M.: Yearbook on International Arbitration. Vol.III., p.209-224.
14. CHOVANCOVÁ, K.: Medzinárodná obchodná arbitráž a trestné právo. In: Notitiae ex Academia Bratislavensi Iurisprudentiae, 2008, č.2., s.132-143.
15. CHOVANCOVÁ, K.: Korupcia a podvody v medzinárodnej obchodnej arbitráži. In: Karlovarská právni revue, 2013, roč.9, č.1, s.39-53.

16. CHOVANCOVÁ, K.: Výkon medzinárodného rozhodcovského rozsudku v Holandsku - Yukos Capital v OAO Rosneft: praktický príklad. 2. časť. In: Právny obzor, 2012, roč. 95, č. 5, s. 446-467.
17. JUNITA, F.: Judicial Review of International Arbitral Awards on the Public Policy Exception in Indonesia. In: Journal of International Arbitration, 2012, Vol. 29, No. 4, p. 405 – 427.
18. KESSEDJIAN, C.: Transnational Public Policy. In: A. VAN DEN BERG /ed./: International Arbitration 2006: Back to Basics ?, p.857-870.
19. KREINDLER, R.H.: Approaches to the Application of Transnational Public Policy by Arbitrators. In:
20. Journal of World Investment, 2003, Vol.4, p.239-250
21. KURKELA, M.: Criminal laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not. In: ASA Bulletin, 2008, Vol.26, No.2, p. 280 – 293.
22. LALIVE, P.: Transnational Public Policy and International Arbitration. In: ICCA Congress Series, 1987, Vol. 3, p. 257 – 318. ISBN: 90-6544-296-0
23. MAYER P., SHEPPARD, A.: Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. In: Arbitration International, 2003, Vol.19, No.2, p. 249 – 263.
24. MAYER, P., DE LY, F.: ILA Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. In: Arbitration International, 200, Vol., No., p. -.
25. MIRANDA, I., DE OLIVEIRA, L.V.P.: International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil. In: Journal of International Arbitration, 2013, Vol.30, No.1, pp. 49 – 70.
26. MOURRE, A.: Part II Substantive Rules on Arbitrability, Chapter 11 - Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal. In: LEW, J., BOR, H. et al /eds. /: Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, p. 207 – 240.
27. PRYLES, M.: Reflections on Transnational Public Policy. In: Journal of International Arbitration, 2007, Vol. 24 No. 1, p. 1 – 7.
28. REDFERN, A.: Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy. In: VAN DEN BERG, A. /ed./: International Arbitration 2006: Back to Basics ?, p.871-875.
29. REED, L., FREDA, J.: Narrow Exceptions: A Review of Recent U.S. Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention. In: Journal of International Arbitration, 2008, Vol.25, No.1, p. 151 – 166.
30. REISMAN, M.: Law, International Public Policy /So Called/ and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration. In: VAN DEN BERG, A. /ed./: International Arbitration 2006: Back to Basics ?, p.849-856.
31. SEELIG, M.: The Notion of Transnational Public Policy and its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissibility. In: Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed., 2009, p.116-134.
32. SERRANO, F., M.: Towards a Transnational Procedural Public Policy. In: Arbitration International, 2004, Vol.20, No.4, p.333-353.

- 33.SCHWARZ, F., ORTNER, H.: Chapter III: The Arbitration Procedure - Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration. In: KLAUSEGGER, CH., KLEIN, P. /eds./: Austrian Arbitration Yearbook 2008, p.133-220.
- 34.TAHOUNY, H. El.: The Respect by the Arbitrator of Rules of Public Policy in International Commercial Disputes. In: International Journal of Arab Arbitration, 2009, Vol. 1, No. 2, p. 27 – 40.
- 35.TAPOLA, D.: Enforcement Regimes and Grounds for Foreign Judgments and Awards in Russia. In: Journal of International Arbitration, 2008, Vol.25, No.1, p. 151 – 166.
- 36.YEOH, F., ANG, D.: Reflections on Gao Haiyan – Of ‘Arb-Med’, ‘Waivers’, and Cultural Contextualisation of Public Policy Arguments. In: Journal of International Arbitration, 2012, Vol. 29, No. 3, p. 285 – 297.
- 37.VAN DEN BERG, A.: Distinction Domestic- International Public Policy. In: YBCA, 1996, Volume XXI, p. 502 – 504.

Kontakt

katarina.chovancova@paneurouni.com

JUDr. Ing. Michal Juhás

interný doktorand

Právnická fakulta, Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Zrušenie rozhodcovského rozsudku v kontexte spotrebiteľského práva

Abstrakt

Príspevok sa venuje úprave rozhodcovskej doložky v spotrebiteľskej zmluve. Samotná ochrana spotrebiteľa v slovenskom právnom poriadku nevyklučuje konanie pred rozhodcovským súdom, ako také. Avšak, je potrebné poukázať na § 53 ods. 1 Občianskeho zákonníka, podľa ktorého spotrebiteľské zmluvy nesmú obsahovať ustanovenia, ktoré spôsobujú značnú nerovnováhu v právach a povinnostiach zmluvných strán v neprospech spotrebiteľa. Nie je jednoznačná právna úprava možnosti prejednať spor pred rozhodcom, ani následná kontrola zo strany súdu. Reaguje sa taktiež na nejednoznačné znenie zákona o rozhodcovskom konaní, kde sú použité viaceré vágne pojmy, ktoré komplikujú aplikačnú prax.

Kľúčové slová: *rozhodcovská doložka, spotrebiteľ, precedens, rozhodcovský rozsudok*

Abstract

The article discusses the amendment of arbitration clause in consumer contract. The actual consumer protection in the Slovak law does not exclude proceedings before the court. However, it is necessary to point to the Article 53 Section 1 of the Civil Code, according to which consumer contracts may not contain provisions which cause significant unbalance in the rights and obligations of the parties detrimental to the consumer. Legislation to negotiate a dispute before an arbitrator or subsequent supervision by the court is not explicit. It also responds to the ambiguous version of the Act on arbitration proceedings using many vague terms complicating the application practice.

Key words: *arbitration clause, consumer, precedent, arbitration award*

ÚVOD

Samotná ochrana spotrebiteľa v slovenskom právnom poriadku nevylučuje konanie pred rozhodcovským súdom, ako také. Avšak, je treba poukázať na § 53 ods. 1 Občianskeho zákonníka č. 40/1964 Zb. (ďalej aj „OZ“), podľa ktorého spotrebiteľské zmluvy nesmú obsahovať ustanovenia, ktoré spôsobujú značnú nerovnováhu v právach a povinnostiach zmluvných strán v neprospech spotrebiteľa. Tieto ustanovenia sa vymedzujú ako neprijateľné podmienky. Zároveň zákon stanovuje situácie, kedy neprimerané podmienky prestávajú byť neprimeranými – a to v prípade, ak ide o zmluvné podmienky, ktoré sa týkajú hlavného predmetu plnenia a primeranosti ceny, ak tieto zmluvné podmienky sú vyjadrené určito, jasne a zrozumiteľne alebo ak boli neprijateľné podmienky individuálne dojednané. Na toto základné ustanovenie o neprimeraných podmienkach nadväzujú ďalšie ustanovenia OZ, napr. v § 53 ods. 4 písm. r) OZ považuje za neprijateľné podmienky pod sankciou ich neplatnosti v zmluve, aj také ustanovenia zmluvy medzi spotrebiteľom a dodávateľom, ktoré vyžadujú v rámci dojednanej rozhodcovskej doložky od spotrebiteľa, aby spory s dodávateľom riešil **výlučne** v rozhodcovskom konaní. V dôsledku neplatnosti takejto neprijateľnej podmienky by boli následne spory riešené pred všeobecnými súdmi.

I.

Žaloba o zrušenie rozhodcovského rozsudku v kontexte spotrebiteľského práva má určité osobitosti. Okrem všeobecných taxatívnych dôvodov pre podanie žaloby o zrušenie rozhodcovského rozsudku sa tieto dôvody v posledných rokoch rozšírili o pomerne nový fenomén spotrebiteľského práva.

Jedným z dôvodov pre zavedenie nových ustanovení je aj záver Súdneho dvora Európskej únie (ďalej aj „ESD“) v rozhodnutí *C-168/05 Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium*, ktorý má však po novele zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších predpisov (ďalej aj „ZRK“)¹ v roku 2009 omnoho širšie dôsledky, a to v podobe zákonného dôvodu pre podanie **žaloby o neplatnosť rozhodcovského rozsudku** v § 40 ods. 1 písm. j) ZRK, kedy sa účastník rozhodcovského konania môže žalobou na príslušnom súde domáhať zrušenia tuzemského rozhodcovského rozsudku, ak *pri rozhodovaní boli porušené všeobecne záväzné právne predpisy na ochranu práv spotrebiteľa*.

Táto formulácia zákonodarcu je však pomerne nepresná. Môže byť sporné, ako vykladať slovné spojenie „*porušiť pri rozhodovaní*“. Rozhodovanie je proces, nie je to právny akt, preto nemožno hľadať rozpor procesu rozhodovania s hmotnoprávnymi normami na ochranu práv spotrebiteľa. Rozhodca, môže totiž pri rozhodovaní porušiť jedine normu ZRK, prípadne štatút rozhodcovského súdu, kde má stanovené, ako má postupovať a ako má tvoriť jednotlivé rozhodcovské rozhodnutia. Proces rozhodovania je teda upravený procesnou normou, ktorou je v tomto prípade ZRK.

Rozpor procesu rozhodovania so spotrebiteľským právom možno chápať len s poukazom na záver Súdneho dvora Európskej únie, že vnútroštátny súd má povinnosť *ex officio* posudzovať nekalú povahu zmluvnej podmienky, možno vytvoriť záver, že slovenský zákonodarca mal na mysli práve tento aspekt, keď prijal novelu

1 Novela ZRK zákonom č. 71/2009 Z.z.

zákona a doplnil ustanovenie o dôvod podania žaloby pre zrušenie rozhodcovského rozsudku, kedy sa účastník rozhodcovského konania môže žalobou na príslušnom súde domáhať zrušenia tuzemského rozhodcovského rozsudku, ak pri rozhodovaní boli porušené všeobecne záväzné právne predpisy na ochranu práv spotrebiteľa.

Z uvedeného vyplýva, že rozhodca je rovnako ako všeobecný súd povinný prihliadať na zmluvu medzi spotrebiteľom a dodávateľom a zisťovať prípadnú neprijateľnosť podmienok v nej obsiahnutých sám (*ex offio*) tak, aby neporušil pri rozhodovaní právne predpisy o spotrebiteľskom práve. Môže nastať kuriózna situácia, kedy rozhodca vysloví neplatnosť neprijateľnej podmienky zmluvy týkajúcej sa rozhodcovskej doložky, pretože podľa rozhodnutia ESD je povinný ju skúmať. Rozhodca tak zbaví sám seba právomoci rozhodovať spor, aj keď rozhodcovská doložka splňa všetky náležitosti v zmysle ZRK, avšak je v rozpore so spotrebiteľským právom.

S určitou značnou dávkou zovšeobecnenia možno pod *proces rozhodovania*² subsumovať aj unesenie dôkazného bremena alebo povinnosť predložiť dôkazy. Porušenie spotrebiteľského práva v procese rozhodovania možno chápať aj vtedy, ak by súd rozhodol spotrebiteľský spor a súčasne by nebolo unesené dôkazné bremeno dodávateľa, kedy by sa napríklad dodávateľ odvolával v spore na osobitné dojednania vo všeobecných obchodných podmienkach a súčasne by nepreukázal v zmysle § 53 ods. 3 OZ, že sa s týmto individuálnym dojednaním mal spotrebiteľ možnosť vopred oboznámiť.

Existujúci dôvod na podanie žaloby o zrušenie rozhodcovského rozsudku pre porušenie všeobecne záväzných právnych predpisov ochrany práv spotrebiteľa otvára možnosti pre zrušenie aj tej časti rozhodcovského rozsudku, ktorého predmetom neboli ani čiastočne spotrebiteľské vzťahy. Zákon totiž uvádza, že všeobecný súd môže zrušiť len celé rozhodnutie (v zmysle §43 ods. 2 ZRK), tým sa však zruší aj tá časť rozhodcovského rozsudku, ktorá nebola vadná z pohľadu porušenia všeobecných právnych predpisov o ochrane práv spotrebiteľa pri rozhodovaní rozhodcu, ba dokonca aj proti vôli spotrebiteľa ponechať v platnosti zvyšok práv a povinností zo zmluvného vzťahu. Toto ustanovenie zákona značne oslabuje stabilitu a právnu istotu rozhodcovského rozhodnutia. Oslabenie spočíva v tom, že samotná aplikačná prax nemá s úplnou istotou ustálené, čo je spotrebiteľské právo a kto každý je považovaný za spotrebiteľa, preto je tu pomerne široká možnosť subsumovania rôznych rozhodcovských rozsudkov pod možnosť podať žalobu pre zrušenie rozhodcovského rozsudku.

V spojitosti s možnosťou spotrebiteľa podať návrh na zrušenie rozhodcovského rozsudku na všeobecnom súde je potrebné poukázať na úpravu, resp. osobitostí prejednávania spotrebiteľských sporov pred všeobecným súdom. Novela Občianskeho súdneho poriadku zákon č. 99/1963 Zb. (ďalej aj OSP), vykonaná zákonom č. 384/2008 Z.z., priniesla niekoľko zmien v procesnoprávnej úprave konaní, v ktorých je účastníkom spotrebiteľ. Nové znenie § 87 písm. f) OSP umožňuje spotrebiteľovi zvoliť si ako miestne príslušný súd, v obvode ktorého má

2 Pozn.: Dôvod pre podanie žaloby o neplatnosť rozhodcovského rozsudku § 40 ods. 1 písm. j) ZRK, kedy sa účastník rozhodcovského konania môže žalobou na príslušnom súde domáhať zrušenia tuzemského rozhodcovského rozsudku, ak „pri rozhodovaní boli porušené všeobecne záväzné právne predpisy na ochranu práv spotrebiteľa.“

bydlisko spotrebiteľ, ak ide o spor zo spotrebiteľskej zmluvy. Ide o rozšírenie dôvodov miestnej príslušnosti danej na výber. Aj keď sa objavujú pochybnosti o splnení účelu sledovaného touto zmenou zdôvodnené obavou z toho, že dodávateľ „dohodou“ so spotrebiteľom môže vylúčiť možnosť uplatnenia tohto ustanovenia, čím sa zmarí účel zákona. Nemyslíme si však, že by takáto dohoda vopred bola možná, nakoľko by to znamenalo vzdanie sa práva (práva výberu súdu), ktoré ešte spotrebiteľ nemá, čo nie je v procesnom práve prípustné.

Procesné posilnenie pozície spotrebiteľa vidieť aj v ustanovení § 153b ods.5 písm. d) OSP, ktoré neumožňuje rozsudkom pre zmeškanie rozhodnúť v spore, v ktorom sa uplatňuje právo na zaplatenie peňažnej sumy zo spotrebiteľskej zmluvy a odporcom je spotrebiteľ, ak zmluva obsahuje neprijateľné podmienky. Je treba uviesť, že skúmanie prípadnej neprijateľnosti zmluvných podmienok je úlohou konajúceho súdu. To isté platí pre nové znenie §172 ods.9 OSP pri platobnom rozkaze.

Zaujímavým, aj keď nie celkom presvedčivým pokusom možno nazvať nové znenie § 29a OSP³, ktorý je možné vidieť vo svetle „priblíženia“ sa k inštitútu hromadných žalôb. Prax ukáže, či toto nové ustanovenie mohlo byť výraznejším prínosom pri ochrane spotrebiteľa, pretože skôr o otázku vedenia konania bez väčších výhod na strane spotrebiteľa, resp. skôr ide o uľahčenie práce súdu.

II.

V spojitosti s ochranou spotrebiteľa je potrebné poukázať aj na následky toho, keď súd označí prípadnú rozhodcovskú doložku v zmluve za neprijateľnú a z toho dôvodu za neplatnú. Ustanovenie §53a OZ rozširuje sankciu neplatnosti na všetky zmluvy uzatvorené medzi dodávateľom a spotrebiteľmi, ktoré obsahujú rovnakú podmienku alebo podmienky s rovnakým obsahom. Ustanovenie §53a ods. 1 OZ stanovuje: „Ak súd určil niektorú zmluvnú podmienku v spotrebiteľskej zmluve, ktorá sa uzatvára vo viacerých prípadoch a je obvyklé, že spotrebiteľ obsah zmluvy podstatným spôsobom neovplyvňuje alebo vo všeobecných obchodných podmienkach za neplatnú z dôvodu neprijateľnosti takejto podmienky alebo nepriznal plnenie dodávateľovi z dôvodu takejto podmienky, dodávateľ je povinný zdržať sa používania takejto podmienky alebo podmienky s rovnakým významom v zmluvách so všetkými spotrebiteľmi. Dodávateľ má rovnakú povinnosť aj vtedy, ak mu na základe takejto podmienky súd uložil vydať spotrebiteľovi bezdôvodné obohatenie, nahradiť škodu alebo zaplatiť primerané finančné zadosťučinenie. Rovnakú povinnosť má aj právny nástupca dodávateľa.“

3 „§ 29a OSP

(1) Ak je v tej istej veci na jednej strane sporu počet účastníkov väčší ako dvadsať a jednotlivým výkonom ich práv by mohol byť ohrozený účel a rýchly priebeh konania a títo účastníci sa nedohodnú na spoločnom zástupcovi, navrhne ho súd a účastníkov vyzve, aby sa k nemu vyjadrili. Zároveň súd pripojí doložku, že ak sa účastníci nevyjadrí v určitej lehote, bude sa predpokladať, že nemajú k ustanovenému zástupcovi pripomienky. Spoločný zástupca má rovnaké procesné postavenie, ako splnomocnenec. Spoločný zástupca nemôže bez písomného súhlasu zastúpeného účastníka konania vziať za neho návrh späť.

(2) Ak účastník nesúhlasí s ustanovením spoločného zástupcu, môže súd vylúčiť prejednanie jeho nároku na samostatné konanie, ak to povaha veci dovoľuje.“

Podrobný odborný výklad tohto ustanovenia v aplikačnej praxi nebol doteraz uskutočnený vzhľadom na krátku dobu účinnosti novely OZ zákona č. 575/2009 Z.z.. V literatúre⁴ sa argumentuje tým, že „... (zdržanie sa používania podmienky) nevzťahuje sa to len na podmienky s rovnakým (doslovným) znením, aké bolo predmetom súdneho rozhodnutia, ale na všetky podmienky, ktorých význam (podľa nášho názoru dôsledok) je taký istý, ako tej zmluvnej podmienky, o ktorej súd rozhodol, že je neplatná. Za neplatnú môže súd vyhlásiť aj časť niektorej zo zmluvných podmienok. V takomto prípade dodávateľ musí zo zmlúv alebo z ich príloh odstrániť iba tú časť zmluvnej podmienky, ktorá bola súdom vyhlásená za neplatnú. Aj tu platí, že dodávateľ nemôže nahradiť zrušenú časť zmluvnej podmienky takým textom (odlišným od pôvodného), ktorého dôsledky by boli rovnaké ako z toho znenia, ktoré súd vyhlásil za neplatné.“ V dôvodovej správe sa k uvedenému ustanoveniu uvádza, že ide o zákonný zákaz používania neprijateľných podmienok, ktorý vyvolá právoplatné súdne rozhodnutie. Takéto **rozhodnutie nebude predstavovať prekážku rozsúdenej veci res iudicatae**. Ak by však dodávateľ opätovne uplatnil žalobu na základe tej istej neprijateľnej podmienky (napr. u iného odberateľa), pre ktorú mu už súd raz plnenie z takejto zmluvnej podmienky nepriznal, súd mu žalobu bez ďalšieho môže zamietnuť a nemusí už opätovne zdôvodňovať neprímeranosť zmluvnej podmienky. Stačí poukázať už na právoplatný rozsudok súdu. Súdom nemôže priznať ochranu dodávateľovi, ak sa domáha plnenia v rozpore so zákonom.

Vychádzajúc z dôvodovej správy k tomuto ustanoveniu:

„Predkladateľ nezvolil riešenie cez prekážku rozsúdenej veci. Rovnako ani úpravu, ako je tomu napr. pri ochrane spotrebiteľa pred nekalou súťažou, a to z dôvodu, že nie je vybudovaný systém evidencie rozsudkov v spotrebiteľských veciach.

Ak dodávateľ napriek zákonnému zakazu na základe právoplatného rozsudku podá žalobu v inej veci na základe rovnakej neprijateľnej podmienky, dodávateľ sa naviac vystavuje de lege ferenda sankcii zrušenia živnosti (oprávnenia na podnikanie, pozn. autora).

Ochrana spotrebiteľa sa bude týkať iba formulárových zmlúv (v aplikačnej praxi súdov sa používa aj pojem typová, adhézna, štandardná zmluva). Ide o zmluvu uzatváranú na základe predbežne formulovaného zmluvného formulára, ktorý má dodávateľ vopred pripravený a ktorý dodávateľ používa v dvoch a viacerých prípadoch, pričom spotrebiteľ spravidla obsah zmluvy nemení.

Všeobecné obchodné podmienky sú všetky zmluvné podmienky formulované pre množstvo zmlúv, ktoré poskytuje jedna zmluvná strana (používateľ) druhej zmluvnej strane pri uzatvorení zmluvy. Nezáleží na tom, či ustanovenia tvoria navonok osobitnú súčasť zmluvy alebo či sú prijaté do samotnej listiny zmluvy, aký rozsah majú, ako sú spísané a akú formu má zmluva.

V praxi nemožno vylúčiť, že dodávateľ napriek tomu, že mu bola právoplatne zamietnutá žaloba o plnenie z neprijateľnej podmienky, znovu uplatní plnenie z takejto nemorálnej podmienky. Môže sa tiež rovnako stať, že súd aj takejto žalobe vyhovie, napr. súdny úradník vydá platobný rozkaz a ten nadobudne právoplatnosť. Takéto rozhodnutie zaväzuje účastníkov konania a je aj exekučným

4 Mazák, J.: Komentár k Občianskemu zákonníku, ASPI, LIT34726SK

titulom. Dodávateľ sa však vystavuje možnosti obnovy konania a tiež sankciám za osobitne závažné porušenie povinnosti podľa zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní. Nepredpokladá sa však, že sa dodávateľ po tom, ako mu súd právoplatne zamietne žalobu pre nemorálnu podmienku, bude opätovne pokúšať použiť takúto podmienku tak, ako je to v súčasnosti veľmi bežné.

Obsahom povinnosti je nepoužívať ďalej nečestnú zmluvnú podmienku a teda najmä neuplatňovať z nej plnenie na súde a neprijímať plnenia z takejto podmienky. Obsahom navrhovanej povinnosti nie je meniť doterajšie zmluvy alebo inak odstraňovať protiprávny stav. Nová povinnosť dodávateľa nevznikne ani v prípadoch, ak dodávateľ uplatnil plnenie pred právoplatnosťou rozsudku, ktorým sa rozhodlo o neprijateľnej podmienke.⁵

Z obsahu dôvodovej správy nie je jasný úmysel zákonodarcu vo vzťahu k časovému účinkom rozhodnutia súdu o vyslovení neplatnosti neprijateľnej podmienky. Podľa znenia zákona má dodávateľ povinnosť zdržať sa používania takejto neprijateľnej podmienky. Nie je jasné, čo mienil zákonodarca formuláciou „zdržať sa používania“, no výkladom (s využitím dôvodovej správy) možno dospieť k záveru, že zákonodarca mal v úmysle formuláciu „neuplatňovať“. Nie je však jasné, od ktorého momentu nesmie dodávateľ uplatňovať uvedenú neprijateľnú podmienku, a v ktorých zmluvách. Zákon nerieši, či neplatnosť neprijateľnej podmienky sa vzťahuje len na zmluvy do budúcnosti od právoplatnosti rozhodnutia, alebo na všetky zmluvy obsahujúce takúto neprijateľnú podmienku. Je otázne, ako by sa riešila situácia rozporu dvoch rozsudkov súdov nižšieho stupňa. Súd môže totiž v jednom rozsudku vysloviť podmienku v zmluve za prijateľnú a následne po nejakom čase iný súd rovnakého stupňa rozhodne o tej istej podmienke v štandardnej zmluve tak, že vysloví jej neplatnosť z dôvodu neprijateľnosti. Rozsudky sa tým dostanú do vzájomného rozporu a nie je jasne daný následný postup. Slovenská právna úprava pozná precedenčnú klauzulu jedine v §53a OZ, kde rozhodnutie jedného súdu zaväzuje ďalšie súdy, aby vo svojom konaní ex offio (v zmysle výkladu ESD vid' vyššie) prihliadali na rozhodnutie tohto súdu o predmetnej alebo obdobnej neprijateľnej podmienke v zmluve s rovnakým dodávateľom.

Týmto ustanovením sa rozšírila zásada *iura novit curia*, súd tak nie je len znalý právnych predpisov, ale aj súdnych rozhodnutí v zmysle ochrany spotrebiteľa. Stále je však otázne, ako bude súd postupovať v prípade obnovy konania z dôvodu § 228 ods. 1 písm. a) OSP, keďže sa novým rozhodnutím o tej istej podmienke (ustanoveniu) v zmluve a ktoré môže v zmysle § 53a OZ privodiť účastníkovi (spotrebiteľovi) priaznivejšie dôsledky. OSP však pri dôvodoch obnovy konania nevymedzuje, či rozhodnutia museli byť právoplatné už počas sporu, alebo mohli nadobudnúť právoplatnosť neskôr (aj o niekoľko rokov).

Pre posilnenie právnej istoty možno tvrdiť, že rozhodnutie súdu, ktorým sa vyslovila neplatnosť určitej neprijateľnej podmienky v spotrebiteľskej zmluve pôsobí len voči budúcim sporom a uplatňovaniu neprijateľnej podmienky do budúcnosti. Spory, ktoré boli rozhodnuté dovtedy, tým nebudú dotknuté napriek výkladu v Dôvodovej správe, inak by sa tým značne nabúrала právna istota a charakter *res iudicata*. Pri uvedenom ustanovení je potrebné počkať na aplikačnú prax.

⁵ Dôvodová správa k zákonu č. 575/2009 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

K platnosti rozhodcovskej doložky možno zahrnúť jej vysokú rizikovosť, najmä v dôsledku vysokého stupňa ochrany spotrebiteľa. Je potrebné zvýrazniť následky ustanovenia §53a OZ v prípade, ak by súd označil rozhodcovskú doložku v zmluvách s odberateľmi el. energie za neprijateľnú, vystavili by sa riziku obnovy konania všetky (aj dovtedy právoplatné) rozhodnutia rozhodcovského súdu. Vzhľadom na to, že nie je ešte ustálená judikatúra ani iná aplikačná prax v spotrebiteľskom práve, nie je možné vylúčiť takúto situáciu ani situáciu, kedy by sa uvedené ustanovenie zákona §53a OZ aplikovalo aj na zmluvy s podnikateľmi. Stále nie je ustálené, či podnikatelia sú spotrebiteľmi. Podľa nášho názoru však nimi nie sú, čo však nemôže garantovať iný právny záver v prípadnom konaní o vyslovení neplatnosti rozhodcovskej doložky a zrušenia rozhodcovského rozsudku pred všeobecným súdom.

ZÁVER

K platnosti rozhodcovskej doložky v spotrebiteľskej zmluve možno zhrnúť jej vysokú rizikovosť, najmä v dôsledku vysokého stupňa ochrany spotrebiteľa. Je potrebné zvýrazniť následky ustanovenia §53a OZ v prípade, ak by súd označil rozhodcovskú doložku v zmluvách s odberateľmi za neprijateľnú, vystavili by sa riziku obnovy konania všetky (aj dovtedy právoplatné) rozhodnutia rozhodcovského súdu. Vzhľadom na to, že nie je ešte ustálená judikatúra ani iná aplikačná prax v spotrebiteľskom práve, nie je možné vylúčiť takúto situáciu ani situáciu, kedy by sa uvedené ustanovenie zákona §53a OZ aplikovalo aj na zmluvy s podnikateľmi. Stále nie je ustálené, či podnikatelia sú spotrebiteľmi. Podľa nášho názoru však nimi nie sú, čo však nemôže garantovať iný právny záver v prípadnom konaní o vyslovení neplatnosti rozhodcovskej doložky a zrušenia rozhodcovského rozsudku pre všeobecným súdom.

Použitá literatúra

Suchoža, J. -Husár, J. a kol.
EDITION, 2009

Obchodné právo. Bratislava: IURA

Winterová, A. a kol.

Civilní právo procesní, Praha: LINDE PRAHA S.S., 2006

Pelikánová, I. a kol.

Obchodní právo, Praha: CODEX Hugo Grotia a.s., 1993

Rozehnalová, N.

Právo mezinárodního obchodu, Praha: ASPI, 2006

Csach, K.

Neprimerané podmienky vo svetle judikatúry Európskeho súdneho dvora a súdov členských štátov, Justičná revue, ročník 2006, číslo 11

Drgoncová, J.

Spotrebiteľské právo v SR a v EÚ, Heuréka, Šamorín, 2007

Kontakt

el.juhas@gmail.com

dr Przemysław Katner

adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Łódzkiego oraz adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego i
Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu
Szczecińskiego

dr Jakub Janeta

adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego Wydziału
Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Rozwój sądów arbitrażowych na przykładzie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie

*(Development of arbitration courts on example of the Court of
Arbitration at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw)*

Sądownictwo polubowne, rozumiane jako tryb rozstrzygania spraw cywilnych przez sąd niepaństwowy, który swoją kompetencję opiera na umowie stron, ma w Europie Środkowo-Wschodniej długą tradycję, rozwijając się w różnych postaciach przez stulecia.¹ Od XIX w. zaczęło przyjmować bardziej sformalizowany kształt, czego przykładem może być stały sąd arbitrażowy przy Chorwackiej Izbie Handlowej, który został założony w 1853 r., czy też uregulowania prawne dotyczące arbitrażu na Węgrzech, sięgające 1868 r.² W Polsce po odzyskaniu niepodległości w 1918 r. sądownictwo polubowne było początkowo normowane zgodnie z prawodawstwem państw zaborczych.³ Ujednolicona regulacja znalazła się w kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r. (art. 479-507), odpowiadając w zasadzie ówczesnym potrzebom obrotu.

Praktyka arbitrażowa w Europie Środkowo-Wschodniej nie zanikła także w okresie socjalizmu po II wojnie światowej, choć była znacznie ograniczona i nacechowana ideologicznie. Warto jednak wspomnieć o konwencji o rozstrzyganiu

¹ Szerzej o rozwoju sądownictwa polubownego por. A. Biały [w:] Sądy polubowne i mediacja, red. J. Olszewski, Warszawa 2008, s. 207 i nast.

² A. Tynel: Międzynarodowy arbitraż handlowy w krajach Europy Środkowej, Warszawa 1999, s. 56, 186.

³ Były to odpowiednio § 1025-1048 niemieckiej ustawy o procedurze cywilnej z 1877 r. obowiązującej na terenie byłego zaboru pruskiego, § 577-599 ustawy o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych z 1895 r. obowiązującej na terenie byłego zaboru austriackiego oraz art. 1367-1400 ustawy postępowania sądowego z 1864 r. obowiązującej w byłym zaborze rosyjskim.

w drodze arbitrażu sporów cywilnoprawnych wynikających ze stosunków współpracy gospodarczej i naukowo-technicznej, podpisanej w Moskwie w dniu 26 maja 1972 r. przez przedstawicieli państw członkowskich RWPG. Zgodnie z jej brzmieniem spory takie podlegały wyłącznie rozpoznaniu w drodze postępowania arbitrażowego – zasadniczo prowadzonego przez sąd arbitrażowy przy izbie handlowej państwa siedziby pozwanego - z wyłączeniem właściwości sądów państwowych. Państwa takie jak Polska, Czechosłowacja, Bułgaria, Rumunia, Jugosławia czy Węgry ratyfikowały także w tym okresie Konwencję nowojorską z 1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych oraz Konwencję genewską z 1961 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym. Uczestnictwo krajów Europy Środkowo-Wschodniej w międzynarodowym arbitrażu potwierdza fakt, że np. w latach 1986-1992 trzydzieści dwa podmioty z Czechosłowacji były stronami w sporach przed Wiedeńskim Centrum Arbitrażu Międzynarodowego.⁴

Po zmianie ustrojowej w Europie Środkowo-Wschodniej nastąpił stopniowy rozwój prawa arbitrażowego i instytucji arbitrażowych. W ustawodawstwie są przyjmowane nowe rozwiązania wzorowane na prawie modelowym UNCITRAL (np. w 1999 r. na Łotwie, w 2001 r. w Chorwacji). Obok istniejących uprzednio, zaczęły powstawać nowe sądy polubowne o zróżnicowanym charakterze. Prowadziło to niekiedy do pojawiania się dużej ilości małych sądów tworzonych przy różnych podmiotach gospodarczych, izbach handlowych, a nawet przy kancelariach prawnych. Tytułem przykładu, w 2011 r. na Łotwie w rejestrze instytucji arbitrażowych figurowało aż 199 podmiotów, zaś w większości umów handlowych znajdował się zapis na sąd polubowny.⁵

Nie zawsze jednak ilość sądów polubownych w danym państwie przechodziła w jakość. Przykładem może być wspomniany przypadek Łotwy, gdzie – według ocen szacunkowych – nawet co trzeci wyrok wydany przez sądy arbitrażowe nie był uznawany lub wykonywany przez sądy państwowe ze względu na stwierdzenie naruszenia zasad postępowania arbitrażowego lub zaistnienie innych przesłanek uzasadniających odmowę uznania lub wykonania takiego orzeczenia.⁶ Jak wskazuje się w doktrynie, dla popularyzacji i zwiększenia zaufania do sądów arbitrażowych istotne znaczenie w danym kraju ma poziom prawników i nauki prawa, przestrzeganie systemu prawnego, wysokie kwalifikacje arbitrów i ich niezależność, prestiż danego sądu arbitrażowego, szybkość postępowania, rozsądna cena skorzystania z arbitrażu, a także propagowanie ugodowego załatwiania spraw oraz

⁴ M. Hodgson: The rebirth of arbitration in central and eastern Europe, *Global Arbitration Review* 2011, vol. 6, issue 3

⁵ Tak U.S. Department of State, Bureau of Economic, Energy and Business Affairs: 2011 Investment Climate Statement – Latvia, Marzec 2011, <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2011/157308.htm>.

⁶ Por. R. Morek: Międzynarodowy arbitraż handlowy w krajach Europy Środkowej – kilkanaście lat później [w:] *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*, Warszawa 2012, s. 341.

alternatywnego – względem sądownictwa państwowego – rozwiązywania sporów w drodze mediacji lub arbitrażu.⁷

W skali globalnej można obecnie dostrzec pewną konkurencję między centrami arbitrażowymi w promocji swej działalności, których działania są niejednokrotnie wspierane przez władze miejskie i samorządowe siedziby sądu arbitrażowego. Organizowane są zatem liczne seminaria i konferencje mające przyciągnąć strony do określonego sądu arbitrażowego (np. w 2008 r. Wiedeń obchodził 50-lecie Konwencji nowojorskiej, choć ta została uchwalona w Nowym Jorku), wydawane są różne broszury, uzasadniające celowość wyboru danego sądu jako miejsca arbitrażu, poszczególne sądy arbitrażowe otwierają swe biura w innych krajach (np. London Court of International Arbitration otworzył biura w New Delhi, Nowym Jorku, Bahrajnie i Dubaju, zaś Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej (ICC) w Hong-Kongu, Londynie, Nowym Jorku, Panamie, Singapurze i Tunisie).⁸

Rozwój sądownictwa arbitrażowego w Europie Środkowo-Wschodniej w ciągu ostatnich dziesięcioleci można prześledzić na przykładzie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej (w skrócie „SAKIG”), mającego siedzibę w Warszawie. Jest on największą i najbardziej znaną instytucją arbitrażową w Polsce. SAKIG jest członkiem i jednym z założycieli Międzynarodowej Federacji Instytucji Arbitrażu Handlowego, członkiem Europejskiej Grupy Arbitrażowej, Międzynarodowej Rady do Spraw Arbitrażu Handlowego, Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC) w Paryżu oraz Komitetu Specjalnego przy Europejskiej Komisji Gospodarczej w Genewie. Sąd ten jest sądem stałym, działającym od kilkudziesięciu lat i w czasie swego istnienia rozpatrzył ponad 9000 spraw, z czego około czterdzieści procent przypada na ostatnią dekadę. Są to przede wszystkim spory ze stosunków między przedsiębiorcami, których liczba w ostatnich latach waha się pomiędzy 300-450, z czego 10-20 % przypada na sprawy dotyczące obrotu międzynarodowego.⁹ Wśród podmiotów będących stronami postępowań toczących się przed SAKIG znajdują się największe spółki giełdowe, spółki Skarbu Państwa, ale także wiele małych i średnich przedsiębiorstw. Przeciętna wartość przedmiotu sporu wyniosła w 2012 r. przeszło 2,4 mln zł (ok. €600 tys.), wahając się w okresie lat 2008-2012 w przedziale 1,96-2,94 mln zł. (ok. €500-700 tys.). Patrząc jednostkowo, w 2012 r. wniesiono 237 spraw o wartości pomiędzy 10 tys. – 1 mln. zł (ok. €2,5-250 tys.) oraz 51 o wartości przekraczającej 1 mln. zł (ok. €250 tys.). Dla porównania, w 2010 r. spraw takich było odpowiednio 339 oraz 70, w tym 17 o wartości przekraczającej 10 mln zł (€2,5 mln.). Łączna wartość przedmiotów sporu oscylowała w tym czasie pomiędzy 740-860 mln zł.

Spektrum rozpoznawanych spraw jest dość szerokie. W 2012 roku 44 sprawy dotyczyły sporów z zakresu umów sprzedaży, agencji, komisu i obrotu handlowego

⁷ Por. m.in. stanowisko wyrażone przez B. Krużewskiego w czasie konferencji „ARBITRAŻ: Prawo, Praktyka, Instytucje”, która odbyła się w dniu 24 maja 2013 r. w Warszawie w budynku Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej; por. także M. Hodgson: *The rebirth...*, op. cit.

⁸ Por. P. Nowaczyk: *Sąd Arbitrażowy przy KIG w latach 2006-2009* [w:] *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 872-873.

⁹ Prezentowane dane dotyczące działalności Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izby Gospodarczej zostały uzyskane bezpośrednio z sądu.

(w 2010 r. – 157), 50 spraw dotyczyło umów o świadczenie usług, także finansowych (w 2009 r. – 72), 79 – budownictwa (w 2010 r. – 94), 95 – najmu i dzierżawy (w 2011 r. – 130), 24 - prawa spółek (w 2011 r. – 16). Pojawiają się także sprawy z zakresu np. własności intelektualnej czy też zaawansowanych technologii (w 2013 r. do lipca wpłynęły trzy takie sprawy). SAKIG jest także właściwy dla sporów dotyczących naruszenia praw powstałych w następstwie rejestracji nazwy domeny internetowej „.pl”. Przy sądzie działa także Centrum Mediacji, prowadzące postępowania mediacyjne. Sąd prowadzi listę arbitrów rekomendowanych, na której znajduje się ok. 250 specjalistów z zakresu arbitrażu, w tym prawnicy z Austrii, Belgii, Czech, Francji, Hiszpanii, Indii, Niemiec, Słowacji, Szwajcarii, Ukrainy, USA, Węgier, Wielkiej Brytanii i Włoch. Strony mogą oczywiście powoływać także arbitrów spoza tej listy (w 2012 r. było 68 takich przypadków). Postępowanie może się toczyć w języku polskim, angielskim, francuskim, niemieckim lub rosyjskim.

Prezentowany sąd zawarł także szereg porozumień o współpracy z zagranicznymi instytucjami arbitrażowymi. Są wśród nich m.in. German Institution of Arbitration (DIS), Swiss Arbitration Association, Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, Japanese Commercial Arbitration Association, International Center for Dispute Resolution (the International Division of the American Arbitration Association), International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber in Vienna, zaś spośród państw Europy Środkowo-Wschodniej m.in. Permanent Court of Arbitration attached to the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia, Vilnius Court of Commercial Arbitration, Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, czy International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry.

Aktualny stan i znaczenie SAKIG prezentowane wyżej nie pojawiło się jednak znikąd, zaś rozwój sądu jest następstwem wielu działań. Sam SAKIG powstał w 1950 r. pod nazwą Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego, funkcjonując jako niezależny podmiot powołany do rozstrzygania sporów pomiędzy podmiotami gospodarczymi, z których przynajmniej jeden ma siedzibę poza granicami Polski. Postępowanie przed nim miało charakter obligatoryjny w sprawach uregulowanych wspomnianą już Konwencją moskiewską z 1972 r.

W okresie do 1989 r. SAKIG był jednym z niewielu stałych sądów polubownych w Polsce, zajmując się sprawami z zakresu międzynarodowego obrotu gospodarczego, wyróżniając się w tej mierze obok Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego dla Spraw Żeglugi Morskiej i Śródlądowej w Gdyni (powołanego przez Izby Handlowe Polski, Czechosłowacji i NRD) oraz Sądu Polubownego przy Izbie Bawełny w Gdyni i Sądu Polubownego przy Izbie Wełny w Gdyni. Wynikało to przynajmniej częściowo z faktu, iż poza międzynarodowym obrotem gospodarczym instytucja sądów arbitrażowych była wówczas w prawie polskim niemal martwa. Wprawdzie obowiązujący od 1 stycznia 1965 r. kodeks postępowania cywilnego¹⁰ zawierał w art. 695-715 przepisy normujące postępowanie arbitrażowe. Niemniej jednak zgodnie z art. 697 § 3 k.p.c. rozporządzenie Rady Ministrów miało określić przypadki, w których jednostki gospodarki społecznej mogły zawierać umowy o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, a

¹⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

rozporządzenie takie nigdy nie zostało wydane. Wyłączało to możliwość skorzystania przez te podmioty z arbitrażu w sporach z podmiotami krajowymi, pozostawiając jedynie – na mocy art. 697 § 4 k.p.c. – taką możliwość w przypadku zawarcia stosownej umowy z podmiotami zamieszkalymi lub mającymi siedzibę za granicą. Ponadto w art. 3 ust. 5 ustawy o Państwowym Arbitrażu Gospodarczym¹¹ wyłączone zostało poddawanie sądownictwu polubownemu sporów pomiędzy np. spółdzielniami, przedsiębiorcami mającymi osobowość prawną, gospodarczymi organizacjami rzemiosła, państwowymi jednostkami organizacyjnymi. Możliwość skorzystania z arbitrażu ograniczała się zatem niemal do stosunków pomiędzy osobami fizycznymi i w handlu zagranicznym.¹² W praktyce zapis na sąd polubowny był praktykowany jedynie przez tzw. centrale handlu zagranicznego.

Po zmianie ustrojowej w 1989 r. została uchylona zarówno ustawa o Państwowym Arbitrażu Gospodarczym, jak i art. 697 § 3 i 4 k.p.c. W powiązaniu z szybkim rozwojem prywatnej działalności gospodarczej stworzyło to całkiem nową sytuację prawną. Strony mogły bowiem w granicach zdolności do samodzielnego zobowiązywania się swobodnie poddawać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe, z zastrzeżeniem sporów o alimenty i ze stosunku pracy.¹³ Nie miało znaczenia obywatelstwo lub też siedziba. Zaczęły także powstawać liczne stałe sądy polubowne powoływane w różnych częściach Polski m.in. przy izbach radców prawnych, przy regionalnych izbach gospodarczych, przy organizacjach zawodowych, fundacjach itp.¹⁴ Zmiany dotknęły także SAKIG. Został zatem poszerzony zakres kognicji sądu o rozpoznawanie także spraw z zakresu stosunków między krajowymi podmiotami gospodarczymi. Sąd zmienił także nazwę na obecną. Od 15 grudnia 1994 r. SA KIG utracił przy tym status wyłącznego sądu polubownego do rozstrzygania spaw objętych zakresem Konwencji moskiewskiej na skutek jej wypowiedzenia przez Polskę.

Z zastrzeżeniem uchylenia wskazanych wyżej art. 697 § 3 i 4 k.p.c. przepisy normujące postępowanie arbitrażowe w kodeksie postępowania cywilnego pozostały jednak bez zmian. Były one w znacznym stopniu wzorowane na regulacji z poprzedniego kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r., unormowanie miało jednak charakter kadłubowy. Zawierało 21 artykułów normujących przepisy ogólne (695-696), problematykę zapisu na sąd polubowny (art. 697-698), arbitrów (art. 699-

¹¹ Ustawa z dnia 23 października 1975 r. o Państwowym Arbitrażu Gospodarczym (Dz. U. 1975, z. poz. 183 ze zm.). Państwowy Arbitraż Gospodarczy – wbrew sugestiom mogącym wynikać z nazwy - nie stanowił niezależnego sądu arbitrażowego, lecz organ państwowy działający przy Radzie Ministrów, nadzorowany przez premiera, który powoływał także jego prezesa oraz określał brzmienie statutu.

¹² Por. A. Tynel: Wykonywanie krajowych orzeczeń sądów polubownych, PUG 1997, nr 7-8, s. 9-10; tenże: Międzynarodowy arbitraż handlowy w krajach Europy Środkowej, Warszawa 1999, s. 31.

¹³ Por. T. Ereciński, J. Gudowski: Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza, t. 2, Warszawa 1999, s. 307. Należy jednak zauważyć, że w 2000 r. w art. 385³ pkt 23 k.p.c. uznano za niedozwolone umieszczenie w umowie adhezyjnej zawartej z konsumentem postanowienia poddającego sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego.

¹⁴ Por. T. Szurski: Uwagi wprowadzające do problematyki krajowego i międzynarodowego arbitrażu handlowego (gospodarczego), PUG 1994, nr 1, s. 12; A. Tynel: Wykonywanie..., op. cit., s. 10; P. Nowaczyk: Sąd..., op. cit., z. 874.

704), postępowanie przed sądem arbitrażowym (art. 705-711) oraz skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 712-715). Ponadto art. 1105 §2 i 3 k.p.c. normował umowę o wyłączenie jurysdykcji sądów polskich na rzecz działającego za granicą sądu polubownego, zaś art. 1150 § 2 w zw. z § 1 k.p.c. dotyczył wykonalności orzeczenia wydanego przez zagraniczny sąd polubowny.

Przepisy te dość szybko uznano za niewystarczające dla współczesnego obrotu, wobec czego dostrzeżono potrzebę ich zmiany. Pierwsze próby opracowania nowych rozwiązań zostały podjęte jeszcze w pierwszej połowie lat 90-tych XX w., niemniej nie przyniosły one rezultatów.¹⁵ Podobnie niepowodzeniem skończyła się pierwsza inicjatywa Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.¹⁶ Dopiero kolejna, podjęta w 2002 r. zakończyła się sukcesem.

W wyniku prowadzonych prac legislacyjnych w dniu 28 lipca 2005 roku Sejm Rzeczypospolitej Polskiej dokonał nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego w części dotyczącej sądownictwa polubownego, która weszła w życie z dniem 17 października 2005 roku.¹⁷ Omówienie wprowadzonych zmian rozpocząć należy od wskazania założeń, jakie legły u podstaw przyjętej nowelizacji. Zgodnie z rządowym uzasadnieniem projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego w części dotyczącej postępowania polubownego głównym założeniem projektowanych zmian było stworzenie regulacji dotyczącej sądownictwa polubownego, która lepiej od dotychczasowej pełniłaby funkcję alternatywnego rozpoznawania sporów cywilnych. Celem nowelizacji było również, aby nowe rozwiązania zwiększały dostępność sądownictwa polubownego dla zainteresowanych nim uczestników obrotu gospodarczego i aby mogło być ono wykorzystywane w jak najszerszym zakresie. Jednocześnie projektowane zmiany miały dostosowywać polską regulację do międzynarodowych standardów, w szczególności poprzez uwzględnienie przygotowanego przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (UNCITRAL) tekstu ustawy modelowej w sprawie międzynarodowego arbitrażu handlowego, zaleconego państwom członkowskim przez Zgromadzenie Ogólne w 1985 r. jako wzorzec krajowych uregulowań tej problematyki.¹⁸ Nowe rozwiązania dotyczące sądów polubownych, chociaż nie bezpośrednio, miały również pozytywnie oddziaływać na rynek pracy, konkurencyjność wewnętrzną i zewnętrzną gospodarki, a także na rozwój regionalny. Ponadto w dłuższej perspektywie czasowej miały przyczynić się do przyspieszenia i wzrostu skuteczności dochodzenia roszczeń, a w konsekwencji do podniesienia

¹⁵ Por. m.in. S. Dalka: Propozycje nowelizacyjne w zakresie sądownictwa polubownego, PS 1992, nr 10, s. 70 i nast.; Z. Świdorska: Sądownictwo polubowne w perspektywie zmian. Zagadnienia wybrane, Palestra 1992, Nr 1-2, s. 40 i nast.

¹⁶ Por. T. Ereciński, K. Weitz: Sąd Arbitrażowy, Warszawa 2008, s. 34; projekt ustawy został opublikowany w Przeglądzie Legislacyjnym 1998, Nr 1-2.

¹⁷ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 roku o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 2344 poz. 1571)

¹⁸ Tekst przyjęty 21 czerwca 1985 r. przez Komisję Organizacji Narodów Zjednoczonych do Spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego i uchwalony 11 grudnia 1985 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych, tłum. PPHZ 1992, t. 16; dalej jako: ustawa modelowa

zaufania do prawa i wymiaru sprawiedliwości oraz zwiększenia pewności obrotu.¹⁹

Przechodząc do analizy rozwiązań normatywnych wprowadzonych nowelizacją już na wstępie zauważyć należy, że nowa regulacja dotycząca sądownictwa polubownego istotnie różniła się od dotychczas obowiązującej i została znacznie rozbudowana. Ustawa z 2005 roku uchyliła bowiem wszystkie przepisy księgi trzeciej części pierwszej kodeksu postępowania cywilnego (art. 695 k.p.c. do art. 715 k.p.c.) zastępując je częścią piątą kodeksu postępowania cywilnego zatytułowaną *Sąd polubowny (arbitrażowy)* obejmującą artykuły od 1154 k.p.c. do 1217 k.p.c. Tym samym, przepisy dotyczące sądownictwa polubownego z dotychczasowych dwudziestu artykułów zostały rozszerzone do sześćdziesięciu trzech. Zmianie uległa również redakcja części kodeksu poświęconej arbitrażowi, która została podzielona na osiem tytułów.²⁰ Podkreślić należy jednak, że przepisy wprowadzone nowelą z 2005 roku nie ograniczyły się wyłącznie do korekt i zmian o charakterze redakcyjnym, ale wprowadziły liczne całkowicie nowe rozwiązania, które jak się wydaje będą skutecznie służyły upowszechnieniu alternatywnego rozwiązywania sporów cywilnych. Za niewątpliwie istotne z praktycznego punktu widzenia uznać należy chociażby zmiany dotyczące zakresu zastosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądów polubownych, rozszerzenie zakresu kognicji sądów polubownych, wprowadzenie zasady równości, doprecyzowanie zasad zaskarżalności wyroków oraz wprowadzanie postępowania remisyjnego. Przywołane powyżej przykłady nie są oczywiście jedynymi, jakie nastąpiły wraz z przyjęciem nowelizacji w odniesieniu do sądownictwa polubownego, jednak z uwagi na charakter niniejszej publikacji nie jest możliwe dokonanie kompleksowego omówienia i oceny wszystkich zmian. Z tego względu dalsze uwagi mają charakter syntetycznego przeglądu i zostały zawężone wybranych zagadnień.

Na wstępie zwrócić należy uwagę na ujednolicenie terminologiczne, jakie dokonało się wraz z wprowadzaniem księgi piątej kodeksu postępowania cywilnego. Przyjęte rozwiązania pozwalają przyjąć, że pojęcia sądu polubownego oraz sądu arbitrażowego są pojęciami synonimicznymi i mogą być używane zamiennie.²¹ Nie

¹⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego i ustawy prawo upadłościowe i naprawcze w części dotyczącej postępowania polubownego opublikowane w [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3434/\\$file/3434.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3434/$file/3434.pdf), odnośnie założeń nowelizacji patrz też między innymi P. Bielarczyk: Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 22, s. 1; T. Ereciński [w:] T. Ereciński (red.) J. Ciszewski, K. Witz, P. Grzegorczyk: *Kodeks Postępowania Cywilnego Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne, Sąd polubowny (arbitrażowy)*, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 662 i nast.

²⁰ Część piąta Sąd polubowny (arbitrażowy) obejmuje następujące tytuły: Tytuł I. Przepisy ogólne (art. 1154–1160); Tytuł II. Zapis na sąd polubowny (art. 1161–1168); Tytuł III. Skład sądu polubownego (art. 1169–1179); Tytuł IV. Właściwość sądu polubownego (art. 1180–1182); Tytuł V. Postępowanie przed sądem polubownym (art. 1183–1193); Tytuł VI. Wyrok sądu polubownego i zakończenie postępowania (art. 1194–1204); Tytuł VII. Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 1205–1211); Tytuł VIII. Uznanie i stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej (art. 1212–1217);

²¹ T. Ereciński: *Kodeks...* op. cit. s. 662

wpływa to jednak na deskrypcję pojęcia sądu polubownego, który doktryna również na gruncie nowych przepisów określa jako „(...) sąd niepaństwowy, rozstrzygający sprawę na podstawie zgodnej woli stron wyrażonej w sposób i w zakresie zgodnym z przepisami prawa, wyrokiem zrównanym w skutkach z wyrokiem sądu państwowego.”²² Zgodnie z brzmieniem art. 1158 k.p.c. pojęcie sądu polubownego obejmuje zarówno sądy polubowne powołane do rozstrzygnięcia konkretnego sporu (sąd polubowny *ad hoc*), jak i składy orzekające powołane w ramach stałego sądu polubownego (zinstytucjonalizowane sądy polubowne), a regulacja księgi piątej kodeksu postępowania cywilnego znajduje zastosowanie do obu rodzajów sądów polubownych.

Odmienne niż czynił to art. 695 k.p.c. obecnie obowiązujący art. 1154 k.p.c. wskazuje, że przepisy dotyczące postępowania arbitrażowego znajdują zastosowanie zarówno do krajowych sądów polubownych, jak i arbitraży międzynarodowych. „W przepisie art. 1154 określono zakres stosowania kodeksowej regulacji sądownictwa polubownego przez łącznik miejsca postępowania przed sądem polubownym. Co do zasady przepisy części piątej kodeksu postępowania cywilnego są stosowane, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się na terenie Polski. Zgodnie z art. 1156 łącznik ten ma również decydujące znaczenie dla określenia jurysdykcji krajowej sądów polskich w sprawach uregulowanych w tej części. Stosowanie polskich przepisów o sądzie polubownym do postępowań mających miejsce za granicą lub postępowań, w których to miejsce nie jest oznaczone, zależy od wyraźnej regulacji to przewidującej. Przykład stanowi art. 1165 § 4 przewidujący zastosowanie dla postępowań przed sądem polubownym niemających miejsca na terytorium Polski przepisów art. 1165 § 1-3, regulujących m.in. skutki istnienia zapisu na sąd polubowny dla postępowania przed sądem państwowym.”²³

Nowa regulacja zmieniła również katalog rodzajów sporów, jakie strony mogą poddać rozstrzygnięciu w postępowaniu przed sądem polubownym (zdadność arbitrażowa) – art. 1157 k.p.c. Obowiązujący przed nowelizacją art. 697 § 1 k.p.c. przewidywał, że pod rozstrzygnięcie sądu polubownego mogą zostać poddane spory o prawa majątkowe „(...) podlegające, według prawa materialnego, swobodnej dyspozycji stron.”²⁴ Wyraźnie wyłączał też spod kognicji sądów polubownych spory o alimenty oraz spory wynikłe ze stosunku pracy. Rozwiązania zawarte w art. 1157 k.p.c. określające kompetencję przedmiotową sądów polubownych znacznie rozszerzyło zakres sporów mogących zostać poddanymi rozstrzygnięciu sądu polubownego. Obecnie sądy polubowne, o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej mogą rozpoznawać spory o prawa majątkowe i niemajątkowe²⁵ mogą być

²² M. P. Wójcik [w:] A. Jakubecki (red.), J. Bodio, T. Demendecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M.P. Wójcik Kodeks postępowania cywilnego Komentarz; wyd. 3, Warszawa 2008 s. 1581

²³ M. P. Wójcik op. cit. s. 1581 – 1582

²⁴ K. Weitz [w:] T. Ereciński (red.) J. Ciszewski, K. Witz, P. Grzegorzczak Kodeks Postępowania Cywilnego Komentarz Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy); wyd. 4 Warszawa 2012 s. 675;

²⁵ Pojęcie praw majątkowych nie posiada oznaczonej treści normatywnej i jego charakterystyka została pozostawiona doktrynie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie prawa majątkowe stanowią jedną z postaci (rodzajów) praw podmiotowych. Ogólnie można wskazać, że majątkowymi są te spośród praw podmiotowych, które są bezpośrednio uwarunkowane

przedmiotem ugody sądowej. Tym samym o zdatności arbitrażowej decyduje charakter prawa oraz zdatność ugodowa, którą należy „(...) rozumieć tak, że gdyby spór podlegał rozpoznaniu przez sąd państwowy, wtedy strony mogłyby co do praw będących przedmiotem sporu zawrzeć ugode.”²⁶ W konsekwencji dokonanej zmiany kluczowe znaczenia dla określenia zdolności arbitrażowej posiada zdatność ugodowa sporu. Jak podkreśla się w piśmiennictwie i orzecznictwie „(...) wykładnia językowa art. 1157 k.p.c. dostarcza podstaw do stwierdzenia, że z punktu widzenia tego przepisu istotne jest, czy spór danego rodzaju o prawo majątkowe lub niemajątkowe może być przedmiotem ugody sądowej. Należy przyjąć, że przesłanką zdatności ugodowej jest abstrakcyjna możliwość dysponowania przez stronę prawami (roszczeniami z nich wypływającymi) (...). Powiązanie zdatności arbitrażowej ze zdatnością ugodową powoduje, że spod właściwości sądów polubownych wyłączone zostały spory, wynikające ze stosunków prawnych, co do których w zakresie realizacji określonych skutków prawnych zachowany jest monopol państwa (sądów). Oznacza to, że ani strony w drodze umowy, ani sąd polubowny przez swój wyrok nie mogą doprowadzić do realizacji tych skutków.”²⁷ W konsekwencji zgodnie z brzmieniem art. 1157 k.p.c. do właściwości sądów polubownych nie będą należały sprawy, w których nie jest dopuszczalne zawarcie ugody sądowej, a więc takie w których ugoda została wyraźnie wyłączona (np. art. 477¹² k.p.c.) jak i te, w których strona nie może rozporządzać swoim prawem podmiotowym lub stosunkiem prawnym (np. prawa niemajątkowe z zakresu prawa rodzinnego).²⁸ Podsumowując wskazać należy, że podobnie jak czynił to art. 697 § 1 k.p.c. również art. 1157 k.p.c. wyłącza kompetencję sądów polubownych w sprawach o alimenty.

intereselem ekonomicznym podmiotu uprawnionego. Tak A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo Cywilne Zarys Części Ogólnej*; Warszawa 2000 s. 249 podobnie E. Skowrońska – Bocian [w:] Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiełło, M. Pazdan, J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks Cywilny Komentarz*, t. I, wyd. 3; Warszawa 2002; s. 119 Jak wskazuje E. Skowrońska – Bocian „(...) z prawem majątkowym mamy do czynienia wówczas, gdy pozostaje ono w ścisłym związku ekonomicznym z intereselem uprawnionego.” E. Skowrońska – Bocian [w:] *Kodeks Cywilny Komentarz*; Warszawa 2002; str. 119 Inaczej istotę prawa majątkowego przedstawił S. Rudnicki uznając za prawa majątkowe wszelkie prawa posiadające wartość majątkową w obrocie niezależnie od tego czy prawo jest zbywalne czy niezbywalne. S. Rudnicki S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego Księga I Część ogólna*; Warszawa 2004, s. 162 Prawa niemajątkowe nie są bezpośrednio uwarunkowane ekonomicznymi interesami uprawnionego i posiadają ścisły związek z osobą uprawnionego. Należą do nich prawa osobiste, w tym prawa niemajątkowe na dobrach niematerialnych czy prawa rodzinne niemajątkowe.

²⁶ Odnośnie warunku zdatności ugodowej, jako warunku zdatności arbitrażowej szerzej uchwala Sąd Najwyższy z dnia 7 maja 2009 roku sygn. akt III CZP 13/09 opublikowana w OSNC 2010 nr 1, poz. 9, a także K. Weitz op. cit. s. 677 i nast.

²⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2010 r. sygn. akt II CSK 670/09, Biuletyn SN 2010, nr 7.

²⁸ Szerzej M. Pietraszewski: *Zdatność arbitrażowa sporu w świetle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego*; ADR Arbitraż i Mediacja 2011 nr 2 s. 87 i nast. a także L. Sokołowska: *Regulacja prawna zdatności arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego na gruncie europejskich tradycji prawnych. Inspiracje dla polskiego prawa arbitrażowego*; *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. X, A.D. MMXII s. 153 i nast.

Podkreślenia wymaga również fakt rozbudowania przepisów w części dotyczącej postępowania przed sądem polubownym, a w szczególności wprowadzenie wzorem art. 18 ustawy modelowej zasady równego traktowania (art. 1183 k.p.c.), która przed nowelizacją nie była wprost wyrażona w żadnym z przepisów księgi trzeciej części pierwszej kodeksu postępowania cywilnego. Wzorem ustawy modelowej (art. 19) nowa regulacja utrzymała wyrażoną uprzednio w art. 705 k.p.c. zasadę autonomii woli stron w zakresie postępowania przed sądem polubownym (art. 1184 § 1 i 2 k.p.c.).

W zakresie zaskarżalności wyroków sądów polubownych nowe rozwiązania zachowały model oparty o nadzwyczajny środek zaskarżenia – skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego - wprowadziły jednak istotne zmiany polegające na precyzyjniejszym określeniu podstaw do wniesienia skargi, wydłużeniu terminu do jej wniesienia, a także możliwości ponownego podjęcia przez sąd polubowny postępowania w celu usunięcia podstaw do uchylenia wyroku (tzw. postępowania naprawcze, postępowanie remisyjne). Uchylenie ostatecznego wyroku sądu polubownego może nastąpić wyłącznie w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 1205 k.p.c.).²⁹ Właściwym do rozpoznania skargi jest sąd państwowy.³⁰ Podstawę do wniesienia skargi mogą stanowić przyczyny wskazane w treści art. 1206 § 1 i 2 k.p.c. Zawarte w art. 1206 § 1 i 2 k.p.c. wyliczenie podstaw skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego ma charakter wyczerpujący (katalog zamknięty podstaw wniesienia skargi) i obejmuje wyłącznie przyczyny o charakterze formalnym, takie jak: brak zapisu na sąd polubowny, nieważność zapisu na sąd polubowny, bezskuteczność albo utrata mocy zapisu na sąd polubowny według prawa dla niego właściwego, nienależyte zawiadomienie strony o wyznaczeniu arbitra, o postępowaniu przed sądem polubownym lub w inny sposób pozbawienie strony możliwości obrony swoich praw przed sądem polubownym, objęcie wyrokiem sądu polubownego sporu nieobjętego zapisem na sąd polubowny lub wykroczenie poza zakres takiego zapisu, niezachowanie wymagań co do składu sądu polubownego lub podstawowych zasad postępowania przed tym sądem, wynikających z ustawy lub określonych przez strony, uzyskanie wyroku za pomocą przestępstwa albo wydania wyroku na podstawie podrobionego lub przerobionego dokumentu, powaga rzeczy osądzonej (*rei iudicatae*), wydanie wyroku w sprawie, która na mocy ustawy nie może być rozstrzygnięta przez sąd polubowny, czy też sprzeczność wyroku sądu polubownego z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. W wyniku nowelizacji wydłużeniu uległ termin, w którym strona może wnieść skargę o uchylenie w odniesieniu do przyczyn innych niż stanowiące podstawę skargi o wznowienie postępowania. Skarga powinna zostać wniesiona w terminie trzech

²⁹Z uwagi na brzmienie art. 1205 § 2 k.p.c. zauważyć należy, że polski ustawodawca dopuszcza wieloinstancyjność postępowania przed sądem polubownym. Tym samym skarga o uchylenie może dotyczyć ostatecznego wyroku kończącego postępowanie w przedmiocie żądań stron. Szerzej T. Ereciński [w:] op. cit. s. 811 i nast. Skarga nie może dotyczyć ugody, z wyłączeniem takiej, której sąd polubowny na mocy art. 1196 § 2 k.p.c. nadał formę wyroku.

³⁰Szerzej w przedmiocie rozpoznania skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego K. Falkiewicz: Zakres kognicji sądu powszechnego przy kontroli wyroków sądów polubownych – wybrane zagadnienia w praktyce orzeczniczej [w:] „Arbitraż i Mediacja” Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi; Warszawa 2012 s. 140

miesiące licząc od dnia doręczenia wyroku lub doręczenia rozstrzygnięcia w przedmiocie jego uzupełnienia, sprostowania lub wykładni art. 1208 § 1 k.p.c. Jeśli podstawą skargi jest uzyskanie wyroku za pomocą przestępstwa albo wydanie wyroku na podstawie podrobionego lub przerobionego dokumentu, trzymiesięczny termin liczony jest od dnia powzięcia przez stronę wiadomości o wystąpieniu podstawy do złożenia skargi. Niedopuszczalne jest jednak żądanie uchylenia wyroku oparte na tych podstawach po upływie pięciu lat od dnia doręczenia wyroku (art. 1208 § 2 k.p.c.). Nowym rozwiązaniem w zakresie zaskarżalności wyroków sądów polubownych jest przewidywane przez art. 1209 k.p.c. postępowanie remisyjne pozwalające sądowi, do którego wniesiono skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego, na zawieszenie postępowania w celu umożliwienia sądowi polubownemu ponownego podjęcia postępowania w celu usunięcia podstaw do uchylenia wyroku. Zawieszenie postępowania może nastąpić wyłącznie na wniosek jednej ze stron.

Przyjęta regulacja pomimo głosów krytycznych (w ocenie praktyków sądownictwa arbitrażowego jest ona niewystarczająca, a rozwiązaniem korzystniejszym byłoby uregulowanie sądownictwa arbitrażowego odrębną ustawą) dokonała istotnej zmiany jakościowej względem uprzednio obowiązującej.

Niezależnie od niezadowalającego do 2005 r. stanu prawnego, istotne negatywne znaczenie dla rozwoju SAKIG w tym okresie miały także inne czynniki. Po pierwsze – jak już wskazano – powstawały liczne konkurencyjne sądy polubowne, w tym tworzone przy kancelariach prawnych, a nawet windykacyjnych. Część z nich prezentowała bardzo niski poziom organizacji i orzecznictwa, urągający poczuciu sprawiedliwości, co ujemnie wpływało na zaufanie do samej instytucji sądownictwa arbitrażowego. Niektóre sądy polubowne przyjmowały przy tym nazwy bardzo podobne do SAKIG, np. Stołeczny Sąd Arbitrażowy lub Krajowy Sąd Arbitrażowy, co mogło prowadzić do pomyłek przy sporządzaniu zapisu na sąd polubowny oraz dodatkowo niekorzystnie oddziaływać na renomę tego sądu.³¹ Po drugie, niechęć do instytucji arbitrażu budziły pojawiające się w mediach informacje dotyczące sporu Skarbu Państwa z holenderskim ubezpieczycielem Eureka BV, związanego z prywatyzacją największej firmy ubezpieczeniowej w Polsce – PZU S.A. toczącego się przed Międzynarodowym Trybunałem Arbitrażowym w Londynie oraz możliwych do zapłaty przez Polskę wysokich odszkodowań w przypadku niekorzystnego wyroku.³² Po trzecie, w prasie można było spotkać artykuły niechętnie SAKIG, podważające wiarygodność sądu, sugerujące nieprawidłowości w jego działaniu, a także promujące konkurencyjne sądy arbitrażowe.³³ Warto wreszcie zauważyć, że po powstaniu Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa w 2005 r. jednym z pierwszych jej działań było sformułowanie opinii dla członków Rady Ministrów zawierającej zalecenie, by w umowach, w których stroną jest Skarb Państwa, unikano zamieszczania klauzul arbitrażowych, dążąc do przekazywania rozstrzygania sporów sądom powszechnym.³⁴ W konsekwencji SAKIG zanotował

³¹ Por. P. Nowaczyk: Sąd..., op. cit., z. 874.

³² Spór częściowo został zakończony w 2005 r. orzeczeniem stwierdzającym naruszenie przez stronę polską umowy prywatyzacyjnej.

³³ Por. P. Nowaczyk: Sąd..., op. cit., z. 875, który przytacza m.in. artykuł pt. „Swoją człowieka w sądzie...” opublikowany w Gazecie Finansowej z dnia 14-27 lipca 2005 r.

³⁴ P. Nowaczyk: Sąd..., op. cit., z. 874.

znaczny spadek rozpoznawanych spraw. Wprawdzie w 2002 r. było ich jeszcze 657, niemniej jednak w 2003 r. było ich już 509, w 2004 – 462, w 2005 – 369, zaś w 2006 r. liczba ta spadła do 299. Wskazywało to na potrzebę podjęcia przez sąd pilnych działań przeciwdziałających tendencji spadkowej. Potrzeba ta była także podnoszona w środowisku prawniczym, które podkreślało, że w interesie wszystkich jest, by sąd z takimi tradycjami mógł dalej sprawnie funkcjonować.

W tym celu w pierwszej kolejności przeprowadzono zmiany organizacyjne. Zmieniono zatem statut oraz regulamin sądu. Zostały przygotowane ich wersje w językach polskim, angielskim, rosyjskim, niemieckim i francuskim. Zlikwidowano także dotychczasowe prezydium sądu, tworząc Radę Arbitrażową, mającą gwarantować brak nadużyć w działalności sądu. W jej skład zostali powołani znani przedstawiciele praktyki i doktryny z zakresu postępowań arbitrażowych, a także były minister sprawiedliwości oraz były minister skarbu. Organ ten uzyskał kompetencje m.in. do uchwalania i nowelizacji regulaminu sądu, wskazywania wytycznych do kierunków jego funkcjonowania, podejmowania uchwał w sprawie wpisu na prowadzone przez sąd listy arbitrów i mediatorów, rozstrzygania w przedmiocie wniosku o wyłączenie arbitra oraz oceny należytego wykonywania funkcji przez arbitrów. Zadbano o to, by informacja o zmianach została upubliczniona przez media.³⁵ Udoskonalono pracę sekretariatu i wyremontowano siedzibę sądu. Zaczęło być regularnie zwoływane kolegium arbitrów o charakterze opiniotwórczo-dyskusyjnym, składające się z arbitrów wpisanych na listę arbitrów prowadzoną przez sąd oraz członków organów sądu. Uporządkowana została lista arbitrów rekomendowanych przez SAKIG (strony mogą także powoływać arbitrów spoza listy) ze wskazaniem ich życiorysów, specjalizacji oraz znajomości języków obcych, rozpowszechniana zarówno w wersji książkowego katalogu, jak i dostępna na stronie internetowej, mając ułatwić stronom wybór składu orzekającego.

Został także przygotowany plan rozwoju sądu. Zatrudniono firmę marketingową w celu poprawienie jego wizerunku. Zaczęły się ukazywać artykuły promujące SAKIG w czasopismach ogólnopolskich (np. Rzeczpospolita), obcojęzycznych (np. Revista Romana de Arbitraj, Международный коммерческий арбитраж), branżowych (np. Biuletyn Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców SIDIR), skierowanych do przedsiębiorców (np. Biuletyn Niemiecko-Polskiej Izby Przemysłowo-Handlowej, Magazyn Wielkopolskich Środowisk Gospodarczych) i prawników (np. Palestra, Radca Prawny). Strona internetowa sądu została gruntownie przebudowana, zawierając obecnie zarówno informacje o samym sądzie, jego statut i regulamin w pięciu językach, jak i m.in. ABC arbitrażu, krótką prezentację postępowania arbitrażowego, zbiór przepisów dotyczących arbitrażu, kalkulator kosztów postępowania, informacje o aktualnościach, konferencjach arbitrażowych i publikacjach, organizowanych konkursach, wzory modelowych klauzul arbitrażowych, linki do zagranicznych instytucji arbitrażowych. Treść strony jest dostępna w wersji polsko- i angielskojęzycznej. W 2007 r. strony internetowe sądu zostały uznane przez ekspertów z amerykańskiego programu USAID za najlepsze strony internetowe spośród europejskich sądów arbitrażowych.

³⁵ Por. m.in. Czystczenie Arbitrażu, Forbes 2006, nr 2; Arbitraż. Zmiany w sądzie przy KIG – Rada dwunastu zamiast Prezydium, Gazeta Prawna z dnia 22 grudnia 2005 r.

Rozpoczęto również wydawanie Biuletynu Arbitrażowego poświęconego w całości arbitrażowi i mediacji, którego numery były początkowo rozsyłane m.in. do radców prawnych, adwokatów, arbitrów oraz różnych instytucji. Pierwsze wydanie ukazało się w nakładzie 27-28 tys. egzemplarzy. SAKIG opublikował także prace zbiorowe dotyczące arbitrażu, min. Arbitraż i Mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi (2012), Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie (2010). Został zapoczątkowany konkurs na najlepszą pracę magisterską dotyczącą problemów sądownictwa polubownego (arbitrażowego) i mediacji, w którym nagrodzone prace były również drukowane. Zorganizowano także konkurs na esej o tematyce arbitrażu międzynarodowego. Przetłumaczono i opublikowano istotne dla praktyki teksty m.in. Wielojęzyczny słownik arbitrażu i ADR, Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL, ICC Rules of Prearbitral Referee Proceedings. Znacznie wzrosła przy tym ogólna liczba publikacji dotyczących arbitrażu (np. w 2008 r. było ich około 200, wobec niecałych 100 w 2007 r.).

Bardzo rozwinęła się działalność konferencyjna SAKIG. Zaczęto organizować kilka konferencji rocznie m.in. wspólnie z ICC Poland, kancelariami prawnymi (m.in. White&Case, Hogan&Hartson, Salans, Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak), organizacjami zawodowymi (m.in. Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDIR)). Przykładem może być konferencja „Wyrok Sądu Arbitrażowego” organizowana przez SAKIG w dniu 8 listopada 2013 r. w Krakowie wraz z Katedrą Prawa Gospodarczego Prywatnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Izbą Przemysłowo-Handlową w Krakowie, przy wsparciu kancelarii prawnej CMS Cameron MCKenna, poświęcona problematyce orzeczeń sądu arbitrażowego, ich treści, formy, a także związania wyrokiem i jego wpływem na sytuację osób trzecich. Konferencje odbywają się z prelekcjami m.in. zaproszonych sędziów, autorytetów naukowych i uznanych praktyków arbitrażu zarówno krajowego, jak i międzynarodowego. Dla przeprowadzanych konferencji uzyskiwano także wsparcie władz państwowych. Tytułem przykładu, konferencja „Arbitraż: prawo, praktyka, instytucje” została zorganizowana w dniu 27 maja 2013 r. w Sali Kolumnowej Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej wspólnie z sejmową Komisją Nadzwyczajną do spraw zmian w kodyfikacjach pod patronatem marszałek Sejmu Ewy Kopacz.

W celu zwiększenia ilości podmiotów korzystających z usług SAKIG podjęto działania zmierzające do umieszczenia klauzuli arbitrażowej w statutach różnych spółdzielni, fundacji i stowarzyszeń prowadzących działalność gospodarczą, m.in. poprzez zaproszenie ich do współpracy oraz obniżenie opłaty rejestracyjnej. Została także zawarta umowa z NASK umożliwiającą rozpoznawanie spraw arbitrażowych o naruszenie domeny internetowej „.pl”. Wprowadzono zmiany w taryfie opłat, przyjmując atrakcyjne rozwiązania w przypadku powoływania przez strony mediatora w trakcie postępowania arbitrażowego (brak dodatkowych opłat) oraz zaliczenia opłaty mediacyjnej na poczet opłaty arbitrażowej w razie uprzedniej nieudanej mediacji. SAKIG stał się także sądem II instancji w postępowaniach przed niektórymi sądami arbitrażowymi przewidującymi postępowanie dwuinstancyjne. Został zażegnany konflikt z Prokuratorią Generalną Skarbu Państwa, dla której zorganizowano m.in. seminarium arbitrażowe „Arbitraż w sprawach budowlanych”.

Podniosła się także jakość orzecznictwa SAKIG. Dla przykładu, w 2007 r. zostały uchylone przez sądy państwowe jedynie dwa wyroki. Odbływały się nadto spotkania z prezesami sądów okręgowych, apelacyjnych i Sądu Najwyższego, z przedstawicielami Ministerstwa Sprawiedliwości, izb gospodarczych, z władzami adwokatury. Prezes SAKIG objął przewodnictwo w Ogólnopolskim Forum Prezesów Instytucji Arbitrażowych.

W stosunkach międzynarodowych w przeciągu kilku lat zostały wynegocjowane i podpisane umowy o współpracy SAKIG z wieloma instytucjami arbitrażowymi na świecie, dotyczące m.in. wzajemnej pomocy, współpracy merytorycznej i wydawniczej oraz wspólnego organizowania konferencji. O ile do 2005 r. włącznie umów takich było siedem, o tyle od tego momentu do chwili obecnej zawarto ich czternaście. W 2007 r. SAKIG przejął przewodnictwo w Europejskiej Grupie Arbitrażowej ICC i zorganizował w Warszawie konferencję European Arbitration Group Meeting z udziałem prezesów największych sądów arbitrażowych regionu oraz wybranych przez ICC prawników specjalizujących się w postępowaniach arbitrażowych East-West. Regulamin działania sądu został rozesłany do ambasad, placówek radców handlowych, zagranicznych instytucji, kancelarii, zagranicznych inwestorów i arbitrów.

Na koniec warto jeszcze zauważyć, że w ramach promocji sądownictwa arbitrażowego w środowisku akademickim w 2012 r. został zorganizowany w Warszawie dla studentów przez SAKIG oraz Instytut Europejskich Studiów Prawniczych w Osnabrück Międzynarodowy Konkurs Arbitrażowy dotyczący projektu Wspólnej Ramy Odniesienia (DCFR) oraz problemów proceduralnych postępowania arbitrażowego (Draft Common Frame of Reference Warsaw International Moot). Jego celem było popularyzowanie i rozpowszechnianie wiedzy w zakresie projektu Wspólnej Ramy Odniesienia przygotowanego przez tzw. Study Group on European Civil Code oraz Grupę Badawczą ds. Prawa Prywatnego WE (Acquis Group), a także promowanie rozwiązywania międzynarodowych sporów handlowych w oparciu o ten projekt na drodze postępowania arbitrażowego. Konkurs odbył się w języku angielskim, składając się z dwóch etapów. W finale konkursu wzięły udział drużyny z Elte Universitas Budapestinensis de Rolando Eötvös, Jagiellonian University in Kraków, Saint-Petersburg State University, South Texas College of Law, University of Bayreuth, University of Maastricht, University of Prishtina and University of Silesia in Katowice. Ostatecznie wygrała reprezentacja z University of Maastricht. W 2013 roku organizowana jest druga edycja konkursu.³⁶

Z poczynionych uwag wynika, iż dla rozwoju sądownictwa arbitrażowego istotne znaczenie mają odpowiednie zmiany w obowiązujących przepisach, nie są one jednak wystarczające. Niezbędne jest zapewnienie wysokiego poziomu wydawanych rozstrzygnięć, ale również aktywne promowanie działalności sądów polubownych zarówno w środowisku prawniczym, jak i wśród podmiotów mogących korzystać z ich usług, w tym prowadzących działalność gospodarczą. Niewątpliwie istotne znaczenie ma także czas rozstrzygania sporów przez sądy państwowe oraz ich poziom merytoryczny.

³⁶ Informacje dotyczące konkursu można uzyskać na stronie www.sakig.pl.

Kontakt

kobert@gazeta.pl

JUDr. Jozef Kravec, CSc.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Rozhodcovské súdnictvo a občianske súdne konanie

Abstrakt

Rozhodcovské súdnictvo patrí medzi dôležité prostriedky vymožitelnosti práva v oblasti súkromnej sféry. Konanie pred rozhodcovským súdom má povahu občianskeho súdneho konania s určitými osobitosťami vyplývajúcimi z povahy jeho predmetu. Právna úprava rozhodcovského súdnictva je daná osobitným zákonom, ktorý počíta so subsidiárnym použitím procesného kódexu. Predmetom konania pred rozhodcovským súdom sú majetkové spory vyplývajúce z občianskoprávných a obchodnoprávných vzťahov. Tento príspevok sa venuje procesným vzťahom medzi konaním pred rozhodcovským súdom a konaním pred štátnym súdom, ktoré má povahu občianskeho súdneho konania. Zároveň je tu poukázané na aktuálne problémy rozhodcovského súdnictva vzhľadom na jeho terajšiu právnu úpravu i praktické problémy, ktoré sa v súčasnosti vyskytujú v rámci konania pred rozhodcovskými súdmi.

Resume - Sumary

This contribution deals with present problem of how to solve private legal argument in a extrajudicial way. One of the alternative way is to do it in an arbitral procedure of solving the problem and arguments that is lately used in its vast majority and most cases in a business field. In this contribution there are some ways of how to fulfill certain conditions in Slovak legislation for the formation of court of arbitration and as the possibility of being in the position of arbitress function.

The basic possible presumption of solving the argument in this case is an agreement between parties to the dispute and setting the authority of court of arbitration. This agreement can be done with the form of arbitration agreement or on the other hand in a way of arbitration clause. These forms of parties to the dispute agreement are made as the solution of financial dispute in a civic or business way from the jurisdiction of general /state/ courts and gives them into the arbitral jurisdiction /private/ courts. Arbitral action has on the oposit of civic acting of courts meaning for the solution of financial dispute in a business field. The target of the arbitral procedure is mainly to solve certain dispute by the agreement of both sides so called settlement or reconciliation. Main advantages of arbitral procedure againts the civic court procedure is the possibility of choosing arbitral court and certain judges as well as its fastness and less expenses.

Decisions made by arbitral courts has the same judicial power under the conditions in Slovak republic as the decisions of civic courts that are done in a frame of civic court action. In this contribution the writer presents the following advantages but also disadvantages of arbitral procedure on the other hand to the civic judicial acts. This text shows also the improvement possibilities of present legal regulations of arbitral procedure according to the needs of business praxis flowing from economical market mechanism of Slovak republic. With regard to problems that often occurs in the civic judicial act the author of the text recommends to the business subjects arbitral procedure as the solution in carence disagreement.

ÚVOD

Konanie pred rozhodcovským súdom a občianske súdne konanie patria medzi dôležité inštitúty vymožitelnosti práva v podmienkach právneho štátu s ekonomikou založenou na trhovom princípe. Rozhodcovské súdnictvo je zároveň dôležitým prostriedkom alternatívneho spôsobu riešenia právnych sporov majetkovej povahy. Majetková povaha týchto sporov musí však vyplývať z obchodnoprávných alebo občianskoprávných vzťahov. Povaha konania pred civilnými súdmi a rozhodcovskými súdmi vychádza z rovnakého základu. Cieľom oboch týchto konaní je poskytnutie právnej ochrany ohrozených, či porušených práv majetkovej povahy hlavne podnikateľských subjektov. Rozličnosť právnej úpravy oboch týchto konaní nasvedčuje tomu, že medzi nimi sa vyskytujú určité procesné rozdiely. Rozdiely sú aj medzi civilnými súdmi a rozhodcovskými súdmi, nielen z hľadiska organizačnej štruktúry týchto súdov, ale aj z hľadiska ich procesného postupu. V poslednom období je zaznamenávaný nárast majetkových sporov v oblasti súkromného práva. Tento stav, okrem iného, spôsobuje aj to, že subjekty súkromného práva čoraz častejšie hľadajú právnu ochranu svojich ohrozených, či porušených práv v konaní pred rozhodcovským súdom. Preto v podmienkach právneho poriadku SR sa tento stav prejavuje hlavne nárastom počtu rozhodcovských súdov. Predmetom konania pred rozhodcovskými súdmi sú nielen majetkové spory tuzemskej povahy, ale aj majetkové spory medzinárodnej povahy. Tento stav je hlavne podmienený internacionalizáciou ekonomiky jednotlivých štátov a jej neustálym vývojom a rozvojom z časového hľadiska. Zároveň tento stav je podmienený pomalým riešením uvedených sporov v konaní pred štátnymi súdmi a neustálym zvyšovaním nákladovosti tohto konania. Tento príspevok by práve chcel poukázať na tieto problémy, ktoré sa často vyskytujú v praxi. Zároveň cieľom tohto príspevku je hľadať výhodosť, či nevýhodosť oboch konaní v súvislosti so zabezpečením ochrany subjektívnych práv podnikateľských subjektov. Zároveň chceme naznačiť možné zmeny v právnych úpravách týchto konaní v súvislosti s práve prebiehajúcou rekodifikáciou súkromného práva.

II. ALTERNATÍVNE SPÔSOBY RIEŠENIA SPOROV

Rozvoj svetovej ekonomiky a ekonomiky jednotlivých štátov spôsobuje v poslednom období okrem iného aj nárast právnych sporov, predovšetkým majetkovej povahy. Terajší stav súdnej moci jednotlivých štátov nedáva veľkú záruku, že vyriešenie týchto sporov prebehne tak rýchlo, aby nebol narušený ekonomický rozvoj a aby bola neustále zabezpečená právna istota fyzických, či právnických osôb. Existencia neprimeranej právnej istoty subjektov ekonomických vzťahov položila základy vzniku alternatívnych spôsobov riešenia právnych sporov. Tradičné riešenie právnych sporov prostredníctvom konania pred súdom (občianskeho súdneho konania) je čoraz viac konfrontované, povahou podobným konaním pred neštátnymi orgánmi a inštitúciami. Základy alternatívneho spôsobu riešenia právnych sporov boli položené v anglosaskom právnom systéme. V súčasnom období sa v odbornej literatúre používa v tejto súvislosti skratka „ADR“ (Alternative Dispute Resolution).¹ Alternatívne spôsoby riešenia sporov môžeme jednoducho vymedziť, ako riešenie právnych sporov mimo štátnej (súdnej) moci. ADR v prevažnej miere sa používa v štátoch, kde je komplikovaný súdny systém, konanie pred súdmi je zdĺhavé a finančne nákladné. Novodobé spôsoby riešenia právnych sporov majú tieto charakteristické črty:²

- dobrovoľnosť strán v podriadení sa tomuto spôsobu konania a dodržanie dohodnutého výsledku,
- menovanie tretej osoby, či osôb, ktoré sprostredkujú konanie strán sporu,
- konanie a činnosť strán a tretej osoby v danej veci je mimo priameho dosahu štátnej regulácie. Štátny dosah tu neexistuje, štát toto konanie a činnosť dovoľuje,
- úspešným výsledkom konania a činnosti nie je vydanie rozhodnutia ako exekučného titulu, ale dohoda, či zmluva, ktorá rieši spornú otázku (právny spor),
- existencia zmluvného vzťahu medzi sporovými stranami a osobou, ktorá vedie toto „sporové“ konanie.

V súčasnom období medzi prostriedky ADR hlavne patria:

- rozhodcovské – arbitrážne konanie
- mediácia
- konciliácia
- expertízy
- mini – trial
- pre – referee
- quality arbitration
- adjudication
- Bindent Advies
- Schiedsgutachten

¹ Prvýkrát túto skratku použil harvardský profesor Frank Sander v roku 1976 na stretnutí amerických politikov a zástupcov právnických profesií zameranom na reformu súdnictva USA.

² K tomu pozri: Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2. Vydání, Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 17-23.

- technická expertíza
- rent – a – court, rent – a – judge
- multi – door court
- night – weekend – court
- court annexed mediation

V poslednom období, sa v rámci ADR začínajú používať aj zmiešané formy týchto prostriedkov. Znamená to, že popri tzv. čistých typoch konania sa používajú aj kombinácie konaní jednotlivých prostriedkov ADR. Medzi najčastejšie používané formy kombinácií konaní jednotlivých prostriedkov ADR patria:

- med – arb (mediation – arbitration)
- medaloa (mediation and last offer arbitration)
- high – low arbitration

Podstatou týchto zmiešaných foriem ADR je to, že riešenie sporu začne použitím jedného prostriedku a skončí použitím druhého prostriedku alebo skončí pri použití toho istého prostriedku. Na Slovensku sa najčastejšie v rámci ADR používa:

- rozhodcovské konanie
- mediácia

V tejto súvislosti treba pripomenúť, že rozhodcovské konanie vzhľadom na jeho právnu úpravu môže mať formu ako:³

- osobitný druh ADR
- civilné konanie „sui generis“

III. PRÁVNA ÚPRAVA ROZHODCOVSKÉHO KONANIA

Právna úprava rozhodcovského konania má veľký vplyv na jeho povahu. Podľa právnej úpravy rozhodcovského konania môže mať toto konanie povahu:

- občianskeho súdneho konania (civilného konania)
- občianskeho súdneho konania „sui generis“
- súdno – administratívneho konania

Rozhodcovské konanie má povahu občianskeho súdneho konania (civilného konania) vtedy, ak právna úprava tohto konania je súčasťou procesného kódexu (Občianskeho súdneho poriadku, Civilného procesného poriadku).⁴ Medzi európske štáty s takouto právnou úpravou predovšetkým patria:

- Poľsko, čl. 1154-1216 Kodeksu postępowania cywilnego
- Rakúsko, Zivilprozessordnung, §§577 – 618
- SRN, Zivilprozessordnung, §§1025 – 1066
- Taliansko, Codice di procedura, čl. 832 – 838
- Francúzsko, Code civile, čl. 2059 – 2061
Code de Procedure Civile, čl. 1442 – 1527

³ K tomu pozri: Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2. Vydání, Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 17-23.

⁴ K tomu pozri: Bělohávek, A. J.: Rozhodčí řízení v zemích Evropy. 1. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2012, 1792 s.

Rozhodcovské konanie má povahu občianskeho súdneho konania „sui generis“ vtedy, ak toto konanie je upravené osobitným zákonom, ktorý počíta so subsidiárnym použitím niektorých ustanovení procesného kódexu. Medzi európske štáty s takouto právnou úpravou predovšetkým patria:

- Česká republika, zák. č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů
- Maďarsko, zák. čl. LXXI z roku 1994 o rozhodcovskom konaní
- Anglicko, Wales, Severné Írsko, Arbitration Act 1966
- Škótsko, Arbitration Scotland Act 2010
- Rusko, Zákon o rozhodcovskom konaní v medzinárodných obchodných veciach z roku 1993

Zákon o rozhodcovských súdoch z roku 2002

- Ukrajina, Zákon o rozhodcovskom konaní v medzinárodných obchodných veciach z roku 1994

Zákon o rozhodcovských súdoch z roku 2004

Rozhodcovské konanie má povahu súdoadministratívneho konania vtedy, ak právna úprava tohto konania je roztrieštená do viacerých osobitných zákonov s určitou náväznosťou. Medzi európske štáty s takouto právnou úpravou patria:

- Albánsko, Zákon z roku 2000, ktorým bol ratifikovaný Newyorský dohovor z roku 1958.

Zákon č.8116 z roku 1996, Občiansky súdny poriadok, čl.400 – 438, medzinárodné zmluvy ratifikované parlamentom

- Island, Zákon č. 53 z roku 1989 o zmluvných rozhodcovských súdoch

Právna úprava rozhodcovského konania SR je založená na princípe osobitného zákona so subsidiárnym použitím niektorých ustanovení Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len OSP). Znamená to, že konanie pred rozhodcovskými súdmi SR má povahu občianskeho súdneho konania, „sui generis“ (osobitné občianske súdne konanie). Rozhodcovské konanie v SR je upravené zákonom č. 244/2002 Z.z., v znení zák. č. 521/2005 Z.z. a zák. č. 71/2009 Z.z. o rozhodcovskom konaní. Konanie pred jednotlivými rozhodcovskými súdmi je ďalej právne upravené ich štatútmi a rokovacími poriadkami. V súčasnom období je v SR v zozname stálych rozhodcovských súdov zapísaných 100 aktívnych súdov.⁵

IV. ROZHODCOVSKÉ KONANIE A OBČIANSKE SÚDNE KONANIE

Ako už bolo uvedené konanie pred rozhodcovskými súdmi SR má povahu občianskeho súdneho konania „sui generis.“ Povaha tohto konania vyplýva predovšetkým z jeho terajšej právnej úpravy. Rozhodcovské konanie v podmienkach právneho poriadku SR patrí medzi inštitúty vymožitelnosti práva. Zároveň v zmysle článku 46 ods.1 Ústavy, je toto konanie aj prostriedkom realizácie práva na inú než súdnu ochranu, pri ohrození, či porušení práva majetkovej povahy vyplývajúceho z tuzemských, či medzinárodných obchodnoprávných a občianskoprávných vzťahov. Rozhodcovské konanie podobne ako občianske súdne konanie (ďalej len OSK) sa riadi určitými zásadami (princípami) a môže prebiehať pri existencii, či splnení určitých procesných podmienok.

⁵ Tento počet stálych rozhodcovských súdov je ku dňu 17.09.2013.

Medzi podmienky OSK (procesné podmienky) patrí:

- právomoc súdu
- príslušnosť súdu
- spôsobilosť byť účastníkom OSK
- procesná spôsobilosť účastníka konania
- spôsoby začatia OSK
- procesné zastúpenie účastníka OSK
- zaplatenie súdneho poplatku
- neexistencia právoplatne rozhodnutej veci
- neexistencia už začatého súdneho konania v danej veci

Aby mohlo prebehnúť konanie pred rozhodcovským súdom, musia byť splnené určité procesné podmienky. Medzi procesné podmienky rozhodcovského konania, (ďalej len RK), patria:

- právomoc rozhodcovského súdu
- spôsobilosť byť účastníkom RK
- procesná spôsobilosť účastníka RK
- spôsob začatia RK
- procesné zastúpenie účastníka RK
- zaplatenie poplatku za RK
- neexistencia právoplatného rozhodnutia v danej veci
- neexistencia už začatého súdneho alebo rozhodcovského konania v danej veci

Konanie pred rozhodcovským súdom má sporovú povahu. Znamená to, že účastníci tohto konania majú procesné postavenie protistrán. Občianske súdne konanie môže mať povahu, ako sporovú, tak aj povahu nespоровú. Dokonca občianske súdne konanie môže prebiehať aj za prítomnosti jednej strany (jedného účastníka).⁶ Majetkové spory rozhodované v rozhodcovskom konaní sú prejednávané buď v konaní vedenom pred stálymi rozhodcovskými súdmi alebo v konaní pred jedným rozhodcom (ad hoc). V oboch týchto konaniach konajú a rozhodujú konkrétne vybratí rozhodcovia – fyzické osoby. Aby fyzická osoba mohla vykonávať funkciu rozhodcu, podľa terajšej právnej úpravy SR, musí spĺňať podmienky stanovené zákonom o rozhodcovskom konaní (ďalej len ZRK), ako aj podmienky stanovené ďalšími predpismi, či vnútornými predpismi rozhodcovských súdov alebo rozhodcovskou zmluvou. Podmienky pre výkon funkcie rozhodcu stanovené ZRK a ďalšími zákonmi majú všeobecnú povahu (všeobecné podmienky), ako pre tzv. „voľných rozhodcov“, tak aj pre rozhodcov zapísaných na listinách rozhodcov jednotlivých stálych rozhodcovských súdov. Medzi všeobecné podmienky pre výkon funkcie rozhodcu v rozhodcovskom konaní, v zmysle ustanovenia §6 ZRK patria:

- plnoletosť fyzickej osoby
- spôsobilosť na právne úkony v plnom rozsahu
- skúsenosti potrebné na výkon funkcie rozhodcu
- bezúhonnosť

⁶ Medzi takéto konania patrí napr. konanie o dedičstve v zmysle ustanovenia § 175h, ods. 2 OSP, opatrovnícke konanie podľa ustanovenia §192 OSP, konanie vo veciach obchodného registra a rozhodovanie o námietkach proti odmietnutiu vykonania zápisu v zmysle ustanovenia §200a OSP.

Vychádzajúc z tejto zákonnej úpravy, môžeme konštatovať, že v podmienkach SR sa rozhodcom rozhodcovského súdu môže stať fyzická osoba nemajúca vysokoškolské vzdelanie, či cudzí štátny príslušník neznalý slovenského právneho poriadku. Podmienky pre výkon funkcie rozhodcu stanovené vnútornými predpismi (spravidla sú to štatúty) jednotlivých rozhodcovských súdov alebo aj rozhodcovskou zmluvou majú povahu osobitných podmienok. Medzi osobitné podmienky pre výkon funkcie rozhodcu možno zaradiť:⁷

- vysokoškolské vzdelanie
- justičná, advokátska, či iná odborná prax
- stanovenie vekovej hranice po plnoletosti

Stanovenie osobitných podmienok pre výkon funkcie rozhodcu by malo byť zárukou objektívnosti a kvalifikovanosti v konaní a rozhodovaní. Funkcia rozhodcu aj po splnení všeobecných a osobitných podmienok vzniká až na základe ustanovenia stranami sporu v rozhodcovskej zmluve (rozhodcovskej doložke). Rozhodcovská funkcia môže vzniknúť aj na základe ustanovenia zmluvnými stranami vybranej právnickej osoby alebo fyzickej osoby, či súdu. Rozhodca v rozhodcovskom konaní musí konať a vystupovať nestranne, podobne ako sudca všeobecného súdu. Sudcov všeobecných súdov konajúcich a rozhodujúcich v rámci občianskeho súdneho konania vymenúva prezident SR na návrh súdnej rady, bez časového obmedzenia. V zmysle ustanovenia §5 zákona č. 385/2000 Z.z. o sudcoch a prísediacich za sudcu všeobecného súdu môže byť vymenovaný občan, ktorý:

- v deň vymenovania dosiahol vek aspoň 30 rokov,
- získal vysokoškolské vzdelanie druhého stupňa v študijnom odbore právo na právnickej fakulte vysokej školy v SR alebo má uznaný doklad o vysokoškolskom právnickom vzdelaní druhého stupňa vydaný zahraničnou vysokou školou; ak získal vysokoškolské vzdelanie najprv v prvom stupni a následne v druhom stupni, vyžaduje sa, aby v oboch stupňoch získal vzdelanie v odbore právo,
- má plnú spôsobilosť na právne úkony a je zdravotne spôsobilý na výkon funkcie sudcu,
- je bezúhonný a jeho morálne vlastnosti dávajú záruku, že funkciu sudcu bude riadne vykonávať,
- má trvalý pobyt na území SR,
- zložil odbornú justičnú skúšku,
- úspešne absolvoval výberové konanie, ak tento zákon nestanovuje inak,
- súhlasí s vymenovaním do funkcie sudcu a s pridelením na vopred určený súd; súhlas musí mať písomnú formu.

Ako už bolo uvedené, rozhodcovské konanie v podmienkach SR môže prebiehať pred jedným rozhodcom (tzv. voľný rozhodca) alebo pred stálym rozhodcovským súdom. V praxi toto konanie najčastejšie prebieha pred stálym rozhodcovským súdom. V zmysle ustanovenia §12 ZRK zriaďiť stály rozhodcovský súd môže právnická osoba na základe ZRK a na svoje náklady. Udržiavanie stáleho rozhodcovského súdu sa uskutočňuje taktiež na náklady tejto právnickej osoby –

⁷ K tomu pozri: Kravec, J.: Rozhodcovské súdnictvo v podmienkach SR. In: Acta iuridica cassoviensia 26, Univerzita P. J. Šafárika – Právnická fakulta, Košice 2009, s. 92 - 103.

zriaďovateľ a. Zriaďovateľ stáleho rozhodcovského súdu zo zákona je povinný v Obchodnom vestníku zverejniť:

- zriadenie stáleho rozhodcovského súdu
- zriadenie pobočiek stáleho rozhodcovského súdu
- zrušenie stáleho rozhodcovského súdu alebo jeho pobočky
- štatút a rokovací poriadok ním zriadeného stáleho rozhodcovského súdu a ich zmeny
- zoznam rozhodcov stáleho rozhodcovského súdu a jeho zmeny

Zoznam stálych rozhodcovských súdov vedie Ministerstvo spravodlivosti SR na základe údajov zverejnených v Obchodnom vestníku.

Občianske súdne konanie prebieha pred všeobecnými súdmi v rámci civilného súdnictva. Právna úprava všeobecných súdov je daná priamo Ústavou SR. Právne postavenie všeobecných súdov SR je upravené hlavne zákonom č. 757/2004 Z.z. o súdoch a zákonom č. 371/2004 Z.z. o sídlach a obvodoch súdov SR. Zriaďovateľom všeobecných súdov je štát a ich udržiavanie je finančne zabezpečované prostriedkami štátneho rozpočtu. V súčasnom období civilné súdnictvo tvorí 54 okresných súdov, 8 krajských súdov a Najvyšší súd SR. Konanie pred rozhodcovskými súdmi je jednoinštančné. Proti rozhodnutiam rozhodcovského súdu nie sú v rámci rozhodcovského konania prípustné žiadne opravné prostriedky. Účastník rozhodcovského konania sa môže proti rozhodnutiu rozhodcovského súdu iba brániť. Obrana účastníka rozhodcovského konania môže byť dvojaká:

- na základe dohody v rozhodcovskej zmluve, môže podať žiadosť o preskúmanie rozhodcovského rozhodnutia iným rozhodcom, či rozhodcami
- na základe ZRK môže podať žalobu o zrušenie rozhodcovského rozsudku na všeobecný súd.

Občianske súdne konanie, na rozdiel od rozhodcovského konania je dvojinštančné. Znamená to, že proti rozhodnutiam súdov I. stupňa sú prípustné riadne i mimoriadne opravné prostriedky. Medzi riadne opravné prostriedky patrí odvolanie a medzi mimoriadne opravné prostriedky patria dovolanie, mimoriadne dovolanie a obnova konania.

Ako už bolo uvedené konanie pred rozhodcovským súdom môže prebiehať vtedy, ak sú splnené podmienky konania. Prvou podmienkou konania je vymedzenie právomoci rozhodcovského súdu.⁸ Právomoc rozhodcovského súdu je odvodená od právomoci civilného súdu a splýva s vymedzením predmetu konania pred rozhodcovským súdom. Vymedzenie právomoci rozhodcovského súdu má povahu všeobecnej právomoci vyplývajúcej zo ZRK a povahu osobitnej právomoci vyplývajúcej z rozhodcovskej zmluvy. Všeobecná právomoc rozhodcovského súdu je v ZRK vymedzená pozitívne aj negatívne. V pozitívnom slova zmysle do právomoci rozhodcovského súdu patria majetkové spory vzniknuté z tuzemských a medzinárodných obchodnoprávných a občianskoprávných vzťahov, ak je miesto rozhodcovského konania v SR. V negatívnom slova zmysle do právomoci rozhodcovského súdu nepatria uvedené spory, ktoré účastníci konania pred súdom

⁸Rozhodcovským súdom tu treba rozumieť v zmysle ustanovenia §7 ZRK stav, kedy rozhoduje jediný rozhodca alebo viacerí rozhodcovia

(civilným) nemôžu skončiť súdnym zmierom. Do právomoci rozhodcovského súdu ďalej nepatria spory:

- o vzniku, zmene alebo zániku vlastníckeho práva a iných vecných práv k nehnuteľnostiam
- o osobnom stave
- súvisiace s núteným výkonom rozhodnutí
- ktoré vzniknú v priebehu konkurzného, vyrovnacieho a reštrukturalizačného konania

Osobitná právomoc rozhodcovského súdu vyplýva z rozhodcovskej zmluvy (rozhodcovskej doložky), ktorá v sebe zahŕňa aj ďalšiu procesnú podmienku, ktorou je príslušnosť rozhodcovského súdu. Súčasťou vymedzenia tejto právomoci je aj stav, na ktorý pamätá ZRK vo svojom ustanovení §2 ods. 1. Táto osobitná právomoc rozhodcovského súdu nastáva vtedy, ak konanie vo veciach všeobecnej právomoci začalo na súde a účastníci občianskeho súdneho konania sa dohodli pred súdom alebo mimosúdne, že toto konanie sa skončí v rozhodcovskom konaní. Dohoda týchto účastníkov OSK musí obsahovať rozhodcovskú zmluvu a procesne má v rámci OSK účinky späťvzatia návrhu, ako aj súhlasu odporcu s takým späťvzatím. Do osobitnej právomoci rozhodcovského súdu treba zaradiť aj uznanie a výkon tuzemských a cudzích rozhodcovských rozhodnutí v SR. Právomoc občianskeho súdneho konania pred všeobecným súdom je daná výslovne OSP. Do právomoci súdov patria spory a iné právne veci, ktoré vyplývajú z občianskoprávných, pracovných, rodinných, obchodných a hospodárskych vzťahov. Zároveň v OSK súdy preskúmajú aj zákonnosť rozhodnutí orgánov verejnej správy a zákonnosť rozhodnutí, opatrení alebo iných zásahov orgánov verejnej moci a rozhodujú o súlade všeobecne záväzných nariadení orgánov územnej samosprávy vo veciach územnej samosprávy so zákonom a pri plnení úloh štátnej správy aj s nariadením vlády a so všeobecne záväznými právnymi predpismi ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy.⁹

Dôležitou procesnou podmienkou rozhodcovského konania je spôsob jeho začatia. Rozhodcovského konanie môže začať jedine podaním žaloby. Časový moment začatia tohto konania môžu strany sporu dohodnúť priamo v rozhodcovskej zmluve v návaznosti na osoby rozhodcov rozhodcovského súdu. Ak sa zmluvné strany v rozhodcovskej zmluve alebo dodatočne pred začatím rozhodcovského konania nedohodli inak, rozhodcovské konanie začína:

- ak rozhodcovia neboli ešte ustanovení, odo dňa prijatia žaloby druhou zmluvnou stranou
- ak je rozhodcovský súd zložený z viacerých rozhodcov, odo dňa doručenia žaloby predsedajúcemu rozhodcovi, a keď ešte nebol ustanovený, ktorémukol'vek z ustanovených rozhodcov
- ak rozhodcovský súd tvorí jediný rozhodca, odo dňa doručenia žaloby tomuto rozhodcovi
- ak spor rieši stály rozhodcovský súd, odo dňa doručenia žaloby na tento stály rozhodcovský súd

Občianske súdne konanie môže začať buď na návrh, alebo bez návrhu. Ak na začatie občianskeho súdneho konania bol podaný návrh (žaloba), toto konanie začína dňom,

⁹ Bližšie k tomu pozri ustanovenia §§7-8 OSP.

kedy tento návrh (žaloba) došiel na súd. Ak občianske súdne konanie začalo bez návrhu, procesne začalo dňom, kedy súd vydal uznesenie o jeho začatí. Splnenie ostatných procesných podmienok pre obidve konania má v podstate rovnakú podstatu vyjadrenú v OSP. Preto sa týmito taxatívne už uvedenými procesnými podmienkami nebudeme bližšie zaoberať.

Ako už bolo uvedené konanie pred rozhodcovským súdom sa riadi určitými zásadami, ktoré určujú jeho procesnoprávnu povahu. Medzi zásady rozhodcovského konania patrí hlavne:

- rovnosť účastníkov rozhodcovského konania
- neverejnosť konania
- dispozičná zásada
- prejednacia zásada
- zásada voľného hodnotenia dôkazov
- zásada kontradiktórnosti
- zásada písomnosti
- zásada ústnosti
- zásada priamosti
- zásada hospodárnosti
- zásada uplatnenia spravodlivosti,

V rámci občianskeho súdneho konania sa uplatňujú hlavne tieto zásady:¹⁰

- zásada materiálnej pravdy
- dispozičná zásada
- zásada oficiality
- zásada verejnosti
- zásada ústnosti
- prejednacia zásada
- zásada kontradiktórnosti
- zásada koncentračná
- zásada priamosti
- zásada voľného hodnotenia dôkazov
- zásada arbitrárneho poriadku
- zásada hospodárnosti

V. ROZHODCOVSKÉ A SÚDNE ROZHODNUTIA

Rozhodcovské súdy rozhodujú formou rozsudku alebo uznesenia. Rozhodnutia rozhodcovského súdu vo veci samej vydané v rozhodcovskom konaní po právoplatnosti sa stávajú exekučným titulom a majú následky právoplatných súdnych rozhodnutí vydaných v OSK. Rozhodcovský súd rozhoduje rozsudkom:

- ak rozhoduje o veci samej
- na základe zmieru uzavretého medzi účastníkmi rozhodcovského konania

Rozhodcovský rozsudok sa vyhotovuje v písomnej forme a obsahuje tieto náležitosti:

- označenie rozhodcovského súdu

¹⁰ V teórii občianskeho práva procesného sa miesto pojmu „zásada“, používa pojem „princíp“. K tomu bližšie pozri: Ficová, S., Števec, M. a kol. Občianske súdne konanie. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 47-67.

- mená a priezviská rozhodcov
- označenie účastníkov rozhodcovského konania a ich zástupcov
- miesto rozhodcovského konania
- dátum vydania rozhodcovského rozsudku
- výrok
- odôvodnenie okrem prípadov, keď sa účastníci rozhodcovského konania dohodli, že rozhodcovský rozsudok netreba odôvodniť, alebo ak ide o rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach
- poučenie o možnosti podať žalobu na súd o zrušenie rozhodcovského rozsudku

Rozhodcovský rozsudok sa doručuje účastníkom rozhodcovského konania vždy do vlastných rúk. Iný spôsob doručovania rozhodcovského rozsudku, ani na základe dohody účastníkov konania, zákon nepripúšťa. Rozhodcovský súd rozhoduje uznesením najmä:

- o procesných podmienkach rozhodcovského konania
- o zmene alebo doplnení žaloby alebo žalobnej odpovede
- o právomoci na rozhodnutie vo veci samej
- o nariadení predbežného opatrenia
- o zastavení rozhodcovského konania
- o veciach týkajúcich sa vedenia rozhodcovského konania

Ako už bolo uvedené konanie pred rozhodcovským súdom je vždy jednoinštančné (jednostupňové). Znamená to, že proti rozhodnutiam rozhodcovského súdu nie sú prípustné žiadne opravné prostriedky. Proti tuzemskému rozhodcovskému rozsudku sa môže účastník rozhodcovského konania brániť podaním žaloby na jeho zrušenie. Žaloba na zrušenie rozhodcovského rozsudku sa podáva v zákonom stanovenej lehote na všeobecný súd, ktorý o nej rozhoduje v rámci občianskeho súdneho konania. Miestne príslušným súdom na konanie o tejto žalobe je súd, v ktorého obvode sa nachádza miesto rozhodcovského konania. Ak takúto žalobu podáva spotrebiteľ, miestne príslušným súdom na konanie o nej je súd v obvode ktorého má bydlisko. Účastník rozhodcovského konania môže uvedenú žalobu podať iba na základe zákonom taxatívne uvedených dôvodov. Medzi tieto dôvody na podanie žaloby patrí to, že:

- rozhodcovský rozsudok bol vydaný vo veci, ktorá nemôže byť predmetom rozhodcovského konania
- rozhodcovský rozsudok bol vydaný vo veci, o ktorej už predtým právoplatne rozhodol súd alebo sa o nej právoplatne rozhodlo v inom konaní
- jeden z účastníkov rozhodcovského konania popiera platnosť rozhodcovskej zmluvy
- sa rozhodlo o veci, na ktorú sa rozhodcovská zmluva nevzťahovala a účastník rozhodcovského konania túto okolnosť v rozhodcovskom konaní namietal
- účastník rozhodcovského konania, ktorý musí byť zastúpený zákonným zástupcom, nebol takto zastúpený alebo v mene účastníka rozhodcovského konania vystupovala osoba, ktorá nebola na to splnomocnená a jej úkony neboli ani dodatočne schválené
- sa na vydaní rozhodcovského rozsudku zúčastnil rozhodca, ktorý bol vylúčený pre predpojatosť alebo ktorého vylúčenie účastník

rozhodcovského konania pred vydaním rozhodcovského rozsudku nie zo svojej viny nemohol dosiahnuť

- bola porušená zásada rovnosti účastníkov rozhodcovského konania
- sú dôvody, pre ktoré možno žiadať o obnovu konania podľa OSP
- bol rozhodcovský rozsudok ovplyvnený trestným činom rozhodcu, účastníkov konania alebo znalca, za ktorý bol právoplatne odsúdený
- pri rozhodovaní boli porušené všeobecne záväzné právne predpisy na ochranu práv spotrebiteľa

Všeobecný súd v občianskom súdnom konaní môže rozhodovať:

- rozsudkom
- uznesením
- platobným rozkazom
- zmenkovým a šekovým platobným rozkazom
- európskym platobným rozkazom
- rozkazom na plnenie

Rozsudok súdu vydaný v OSK obsahuje tieto náležitosti:

- slávnostná formulácia „V mene Slovenskej republiky“
- označenie súdu
- mená a priezviská sudcov a prísediacich
- presné označenie účastníkov a ich zástupcov
- účasť prokurátora
- označenie prejednávanej veci
- výrok
- odôvodnenie
- poučenie o lehote na podanie odvolania a náležitosti odvolania
- poučenie o možnosti výkonu rozhodnutia
- deň a miesto vyhlásenia

Ako už bolo uvedené, občianske súdne konanie je dvojinstančné. Znamená to, že proti rozhodnutiam súdov I. stupňa sú prípustné opravné prostriedky. Opravné prostriedky používané v občianskom súdnom konaní môžu mať povahu:

- riadneho opravného prostriedku
- mimoriadneho opravného prostriedku

Povaha opravného prostriedku používaného v občianskom súdnom konaní sa odvíja od vlastnosti súdneho rozhodnutia, ktorá sa nazýva právoplatnosť. Do nadobudnutia právoplatnosti súdneho rozhodnutia možno v opravnom konaní použiť riadny opravný prostriedok, ktorým je odvolanie. Po nadobudnutí právoplatnosti súdneho rozhodnutia možno v opravnom konaní použiť mimoriadne opravné prostriedky, ktorými sú dovolanie, mimoriadne dovolanie a obnova konania.

ZÁVER

Rozhodcovské súdnictvo v podmienkach SR nadobúda čoraz väčší význam. Svedčí o tom aj nárast počtu rozhodcovských súdov. Stav nárastu počtu rozhodcovských súdov i nárastu významu tohto konania, hlavne pre podnikateľskú sféru, je podmienený aj jeho určitými výhodami v porovnaní s občianskym súdnym konaním. Medzi výhody rozhodcovského konania možno zaradiť:

- kratší čas trvania tohto konania a takmer neexistencia priesťahov v tomto konaní
- nižšia nákladovosť tohto konania (menšie trovy konania oproti trovám OSK)
- jednoinštančnosť konania
- právo strán sporu na výber rozhodcovského súdu
- jednoduchosť procesných pravidiel konania
- možnosť presunu miesta konania, hlavne v súvislosti s procesným dokazovaním
- široká autonómia procesných strán pri uplatňovaní svojich procesných práv, či povinností
- možnosť voľby „jazyka“ konania a právneho poriadku
- neverejnosť konania
- vyhovujúce predpoklady pre rýchle uznanie a výkon, ako tuzemských, tak aj cudzozemských rozhodcovských rozhodnutí.

V súvislosti s rekodifikáciou súkromného práva SR sa pripravujú aj určité zmeny v oblasti rozhodcovského súdnictva. Zmeny rozhodcovského súdnictva by mali priamo korešpondovať hmotnoprávnym i procesnoprávnym zmenám v oblasti súkromného práva. Medzi pripravované zmeny v oblasti rozhodcovského súdnictva hlavne patrí:

- rozširovanie právomoci rozhodcovských súdov (arbitrabilita súdov) o veci pracovnoprávne
- sprísnenie podmienok pre vykonávanie funkcie rozhodcu
- dôslednejšia právna úprava pri vymedzení povinností a zodpovedností pri správe stáleho rozhodcovského súdu
- stanovenie osobitnej právnej úpravy v rozhodovaní spotrebiteľských a pracovnoprávných sporov v rozhodcovskom konaní v rámci ZRK
- stanovenie výslovnej právnej úpravy pre licencie na rozhodovanie spotrebiteľských sporov v rozhodcovskom konaní v rámci ZRK
- stanovenie pravidiel kontroly a udeľovania sankcií zo strany MS SR nad dodržiavaním zákonnosti v rámci rozhodcovského konania

Vychádzajúc z uvedeného treba konštatovať oprávnenosť existencie rozhodcovského (arbitrážneho) súdnictva v podmienkach právneho poriadku SR. Rozhodcovské súdnictvo výraznou mierou pomáha pri vymožitelnosti práva, hlavne v oblasti podnikania i mimo nej. Existencia rozhodcovského súdnictva by nemala byť prostriedkom na odbreňovanie všeobecných súdov pri rozhodovaní súkromnoprávných sporov.

Kontakt

jozef.kravec@upjs.sk

Mgr. Michaela Sigmundová, Ph.D.¹

Fakulta právnická, Západočeská univerzita v Plzni, ČR

Řešení konfliktů prostřednictvím mediace

Abstrakt

Příspěvek pojednává o nových možnostech mimosoudního řešení konfliktů. Objasňuje roli mediátora, základní principy mediace a její fáze. Dále se autorka zabývá dopadem zákona o mediaci na ustanovení příslušných právních předpisů, jakož i výhodami mediace před řešením sporů soudní cestou.

Abstract

The article reports on a new conflict resolution through non-judicial hearing. Describes the role of the mediator, the basic principles of mediation and the various stages of the mediation process. Furthermore, the article deals with the impact of the law on mediation to the provisions of the relevant legislation, as well as the advantages of mediation before the dispute resolution through the courts.

I. Mediace

Mediace neboli také zprostředkování označuje způsob pokojného řešení konfliktů, který směřuje k uzavření dohody účastníků. Mediace² představuje způsob řešení konfliktů, který se uplatňuje ve většině oblastí života, přičemž jde o mimosoudní řešení sporů přinášející účastníkům výhody.³ Mediace je proces, který účastníci sporu využívají na základě svého dobrovolného rozhodnutí. Průběh mediačního jednání řídí mediátor, za výsledky jednání jsou však odpovědní účastníci mediace. Základem mediačního jednání je dodržování zásady nestrannosti mediátora, vyváženosti podílu obou účastníků mediace na mediačním jednání, neutrality mediátora vůči účastníkům mediace, jakož i jeho nezávislosti. Z tohoto důvodu nesmí mediátor řešit konflikty účastníků, s nimiž ho pojí například příbuzenský vztah či právní zastoupení, pokud jde o mediátora advokáta. Mediace se tedy řídí několika zásadami, a to: zásadou dobrovolnosti,

¹ autorka je také advokátkou a mediátorkou se sídlem v Praze

² z latinského *mediare* tj. být uprostřed

³ rychlost, úspora vynaložených finančních prostředků, zachování soukromí, dohoda je účastníky sporu dodržována dobrovolně a na rozdíl od soudního rozhodnutí, není nikdo poraženým a vítězem

důvěrnosti, nestrannosti a neutrality mediátora, neformálnosti a principem sebeurčení.⁴ V zahraničí se mediace užívá běžně v 60 až 70 % obchodních, pracovních, rodinných nebo komunitních sporech. V některých státech jsou účastníci sporu povinni nejdříve absolvovat mediační jednání a teprve pokud tato jednání nevedou k dohodě, mohou se obrátit na soud.⁵ Úspěšnost mediačního jednání je poměrně vysoká, protože až dvě třetiny sporů končí uzavřením mediační dohody.⁶

II. Právní úprava mediace

Legislativně byla dosud upravená mediace zákonem č. 257/2000 Sb. O probační a mediační službě a o změně zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí.⁷ Mediace byla také vhodným řešením spotřebitelských sporů prostřednictvím projektu Ministerstva průmyslu a obchodu k zajištění mimosoudního řešení spotřebitelských sporů počínaje 1. dubnem 2008. Tento projekt byl na přechodnou dobu pozastaven v souvislosti s ukončením pilotní fáze projektu. V současné době se mohou spotřebitelé obracet na nevládní spotřebitelské organizace, jako jsou Sdružení českých spotřebitelů, Občanské sdružení spotřebitelů TEST, Spotřebitel net, Sdružení obrany spotřebitelů — Asociace.⁸

Dne 2. května 2012 byl schválen zákon č. 202/2012 Sb. o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), který je účinný od 1. září 2012.⁹ Česká republika tak splnila povinnost, ke které ji zavázala Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES ze dne 21. 5. 2008. Zákon přináší nový pojem „zapsaný mediátor“, který vykonává činnost mediátora na základě zákona o mediaci. Mediátorem se podle tohoto zákona může stát pouze osoba zapsaná

⁴ účastník mediačního procesu vytváří na základě dobrovolného aktivního přístupu k mediaci své rozhodnutí po získání potřebných informací

⁵ Výběr ze zahraniční judikatury, In *Bulletin advokacie*, 2013, č. 6, s. 48-49. Rozsudek Kasačního soudu, Francie, č.j. 08-10866 ze dne 8. dubna 2009: Kasační soud rozhodl o zamítnutí odvolání proti rozhodnutí soudu, kterým byla zamítnuta žaloba z důvodu nepřipustnosti, s odůvodněním, že nebyla vyčerpána povinná mediace jakožto způsob řešení sporu, jenž vyplývá z ustanovení smlouvy mezi stranami. Kasační soud tak vyslovil názor, že pokud smlouva předpokládá, že intervence obchodního soudu je možná jen v případě nezdaru nebo odmítnutí mediace, jedna smluvní strana nemůže předem odmítnout proces mediace, který doposud nebyl zahájen.

⁶ ŠÍŠKOVÁ, T.: *Facilitativní mediace*. Portál 2012, s. 208

⁷ Mediací se pro účely tohoto zákona rozumí mimosoudní zprostředkování za účelem řešení sporu mezi obviněným a poškozeným a činnost směřující k urovnání konfliktního stavu vykonávaná v souvislosti s trestním řízením. Mediaci lze provádět jen s výslovným souhlasem obviněného a poškozeného.

⁸ Ministerstvo průmyslu a obchodu: Informace o zajištění mimosoudního řešení spotřebitelských sporů, online cit. 18.8.2013, dostupné z

<http://www.mpo.cz/dokument127471.html>

⁹ DOLEŽELOVÁ, HÁJKOVÁ, POTOČKOVÁ, ŠTANDERA.: *Zákon o mediaci. Komentář*. Praha, C.H. Beck, 2013, s. 368

v seznamu vedeném Ministerstvem spravedlnosti, které vykonává dohled nad výkonem činnosti mediátorů. Jestliže je zapsaným mediátorem advokát, pak odborný dohled nad jeho činností vykonává Česká advokátní komora. Ministerstvo spravedlnosti zapíše do seznamu mediátorů pouze osobu, která je způsobilá k právním úkonům, je bezúhonná, získala vysokoškolské vzdělání v magisterském nebo navazujícím magisterském programu v České republice či obdobné vzdělání v zahraničí, složila zkoušku mediátora či jí byla uznána předchozí kvalifikace a nebyla v posledních pěti letech před podáním žádosti vyškrtnutá ze seznamu mediátorů.¹⁰

III. Změna souvisejících právních předpisů

Zákon o mediaci stanoví, že promlčecí doba ani lhůta pro zánik práva neběží ohledně práv, která jsou předmětem mediace v případě, že je mediace vedena v jiném členském státě podle právních předpisů tohoto členského státu.

Došlo také ke změně zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů. Na základě návrhu účastníků mediace může soud rozhodnout o tom, zda schvaluje mediační dohodu uzavřenou dle zákona o mediaci, a to do 30 dnů od zahájení smírčího řízení soudem. Soudní poplatek za chválení smíru činí 1.000,- Kč. Zákon č. 549/1991 Sb. o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, umožňuje vrátit 80% zaplaceného soudního poplatku, pokud dojde ke schválení smíru mezi účastníky řízení předtím, než je ve věci samé rozhodnuto.

Soud může nařídit účastníkům soudního řízení první setkání se zapsaným mediátorem v rozsahu tří hodin a přerušit řízení nejdéle na dobu tří měsíců. Jestliže se účastníci soudního řízení neshodnou na osobě mediátora, vybere jej předseda senátu ze seznamu vedeného Ministerstvem spravedlnosti. Proti usnesení jímž bylo nařízeno první setkání s mediátorem nelze podat odvolání. Odměna mediátora v tomto případě činí 400,- Kč na hodinu a účastníci mediace hradí tyto náklady každý jednou polovinou. Pokud jde o účastníka osvobozeného od soudních poplatků, hradí odměnu mediátora stát. Jsou-li tu důvody hodné zvláštního zřetele, nebo odmítne-li se účastník bez vážného důvodu zúčastnit prvního setkání s mediátorem nařízeného soudem, nemusí soud výjimečně náhradu nákladů řízení zcela nebo zčásti přiznat. Bohužel toto sankční ustanovení se nebude aplikovat ve věcech, kde žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení podle jeho výsledku, jestliže řízení mohlo být zahájeno i bez návrhu, což je právě opatrovnické řízení.

Stát má ve věcech výkonu rozhodnutí o výchově nezletilých dětí proti povinnému rodiči právo na náhradu odměny mediátora za první setkání, kterou platil, pokud u povinného rodiče nejsou předpoklady pro osvobození od soudních poplatků.

Je-li to účelné, může soud tomu, kdo neplní dobrovolně soudní rozhodnutí nebo soudem schválenou dohodu o výchově nezletilých dětí, popřípadě o úpravě styku s nimi anebo rozhodnutí o navracení dítěte, nařídit první setkání s mediátorem v rozsahu tří hodin.

¹⁰ Seznam mediátorů lze najít na www.justice.cz

Další změna se týká zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů. Uplatní-li věřitel v promlčecí době právo u soudu nebo u jiného příslušného orgánu a v zahájeném řízení řádně pokračuje nebo je-li ohledně jeho práva zahájena mediace podle zákona o mediaci, promlčecí doba neběží od tohoto uplatnění po dobu řízení nebo od tohoto zahájení po dobu mediace. To platí i o právu, které bylo pravomocně přiznáno a pro které byl u soudu nebo u jiného příslušného orgánu navržen výkon rozhodnutí.

Zákon č. 513/1991 Sb. obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů doznal změny v ustanoveních upravujících promlčení. Soudní nebo rozhodčí řízení zahájené proti jednomu spoludlužníku nebo mediace zahájená s jedním spoludlužníkem způsobuje, že přestala běžet promlčecí doba proti jinému spoludlužníku, jenž je s ním ohledně projednávaného nároku zavázán společně a nerozdílně, jestliže jej věřitel vyrozumí písemně o zahájeném řízení nebo zahájené mediaci před uplynutím promlčecí doby. Je-li zahájeno proti věřiteli, jehož právo se promlčuje, soudní nebo rozhodčí řízení třetí osobou nebo je-li mezi věřitelem a třetí osobou zahájena mediace ohledně závazku, k jehož splnění použil věřitel plnění poskytnuté dlužníkem, přestane běžet promlčecí doba ohledně práva věřitele, jestliže oznámí písemně dlužníku před uplynutím promlčecí doby, že bylo proti němu zahájeno uvedené řízení nebo že byla zahájena mediace s touto třetí osobou.

IV. Proces mediace

Mediace má několik základních fází. Pokud se účastníci konfliktu dohodnou na osobě mediátora, mohou telefonicky nebo osobně kontaktovat mediátora za účelem poskytnutí základních informací mediátorovi. Seznam mediátorů vede Ministerstvo spravedlnosti anebo Česká advokátní komora, pokud se jedná o advokáty.¹¹ Mediace je následně zahájena uzavřením smlouvy o mediaci. Obsahuje zejména vymezení konfliktu a jeho účastníků, osobu mediátora, trvání mediace a odměnu mediátora. Pokud nejde o soudem nařízenou mediaci, sjednávají účastníci konfliktu s mediátorem odměnu, jejíž výše se odvíjí od dohody s účastníky. Každý účastník hradí jednu polovinu těchto nákladů. Běžně se odměna pohybuje ve výši 1.500,- Kč za jednu hodinu mediace. Odměnu lze sjednat také za jeden půlden či celý den mediačního jednání. Jednou ze základních zásad mediace je, že mediátor nesmí mít žádný zájem na tom, zda mediace skončí dohodou či nikoli. Z tohoto důvodu je zakázána odměna mediátora odvíjející se od finanční částky, k níž například aktéři mediace dospějí v rámci dohody.¹²

Účastníci mediace se mohou účastnit mediačního jednání spolu se svými právními zástupci. V některých státech je dokonce zákonem stanovená povinnost advokátů poskytnout svým klientům informaci o možnosti mimosoudního řešení sporů prostřednictvím mediačního procesu.¹³ V rámci řešení obchodních sporů se na mediační jednání mohou dostavit i zaměstnanci právnické osoby, v jejichž

¹¹ www.cak.cz

¹² LEYNSEELE, van P.: Několik úvah o odměně mediátora za úspěch. In *Bulletin advokacie*, č. 6, 2013, s. 26 -29

¹³ POTOČKOVÁ, D.: Advokáti ve světě mediace. In *Bulletin advokacie*, č. 6, 2013, s. 35 -36

kompetenci bude jednání o uzavření mediační dohody např. generální ředitel, právník, technický ředitel. Mnohdy mají účastníci mediace tendence překládat mediátorovi listinné podklady k prostudování, aby znal dosavadní stav sporu. Mediátoři však tyto podklady nežádají právě z důvodu, aby nebyli předem ovlivněni předchozím děním a přistupovali k oběma účastníkům nestranně. K první fázi mediace v rámci sezení u mediátora náleží proces sběru informací, kdy účastníci mediace sdělují mediátorovi všechny okolnosti vzniku konfliktu. Mediátor jim objasní proces mediace a svoji roli. Druhá fáze mediace se nese v duchu naslouchání stranám zúčastněným na konfliktu, aby mediátor získal co nejvíce informací. Ve třetí fázi dovolí mediátor stranám, aby mezi sebou komunikovaly a hodnotily to, co se dozvěděly od druhého účastníka mediace. Ve čtvrté fázi se hledají nové návrhy na řešení konfliktu, na které se aktivně podílí oba účastníci. Někdy je vhodné vést oddělená jednání stran mediace tzv. caucus.¹⁴ Na těchto jednáních se účastní vždy jedna strana mediace s mediátorem a může zde dojít ke zjištění příčin, proč se společné jednání v rámci mediace neposunuje dál k dohodě. Ne každý účastník mediace je schopen za přítomnosti druhého účastníky hovořit otevřeně o svých osobních či ekonomických potížích, případně dávat najevo to, co si opravdu o věci myslí. Díky oddělenému jednání se mediátor může dozvědět řadu cenných informací, které by mu jinak zůstaly utajeny. Před započatím odděleného jednání je mediátor povinen znovu účastníky mediace poučit o důvěrnosti těchto jednání s tím, že druhé straně nesdělí nic bez výslovného svolení účastníka mediace.¹⁵ V páté fázi se rozpracovávají vybraná řešení a rozvíjí se tak, aby bylo zjištěno, zda je jejich realizace v praxi akceptovatelná pro oba účastníky. Šestá fáze znamená sepsání mediační dohody. Tuto dohodu může sepsat mediátor anebo právní zástupci účastníků mediace. Aby byla mediační dohoda vykonatelná například formou exekučního řízení, mohou účastníci mediace podat návrh soudu na schválení smíru nebo požádat notáře o sepsání dohody se svolením k vykonatelnosti.¹⁶

V. Přednosti mediace

Mediace neřeší minulost, ale nastavuje účastníkům mediace pravidla pro přítomnost a budoucnost. Výhody mediace jsou mnohé. Zejména jde o zachování soukromí všech zúčastněných. Mediátor je vázán mlčenlivostí nejen po dobu trvání mediace, ale i po jejím skončení. Účastníci mediace jsou také vázáni smlouvou o mediaci k mlčenlivosti a nemohou u soudu použít informace či listiny získané v rámci mediačního jednání.¹⁷ Mediace může probíhat rychleji

¹⁴ POTOČKOVÁ, D.: *Nejlepší je domluvit se aneb průvodce mediačním procesem*. ALFOM, 2013, 199 s.

¹⁵ GARBY, T.: Jednat nebo nejednat se stranami odděleně, to je otázka... In *Bulletin advokacie*, č. 6, 2013, s. 33 -34

¹⁶ HÁJKOVÁ, Š.: Mediace v kontextu občanského soudního řízení. In *Bulletin advokacie*. č. 6, 2013, s. 24-26

¹⁷ Výběr ze zahraniční judikatury. In *Bulletin advokacie*, č. 6, 2013, s. 48-49.: Rozsudek odvolacího soudu 10. Obvodu, Spojené státy americké, J.Michael hand v. Walnut Valley Sailing Club ze dne 4. dubna 2012. Odvolací soud potvrdil rozsudek okresního soudu, kterým

716

než soudní řízení, mediátor navazuje s účastníky mediace přímý kontakt a zajímá se o jejich potřeby a zájmy, strany konfliktu samy formulují přijatelná řešení pro ně samé, proto je budou ochotněji dodržovat než rozhodnutí soudu.

Je samozřejmě otázkou času, než si nová právní úprava mimosoudního řešení sporů najde své místo. Mnoho advokátů se domnívá, že mediační jednání je podobné tomu, když vedou mimosoudní jednání s protistranou. Tato představa je však velice mylná, neboť bez řádného školení v mediaci a praxe nelze mediaci s úspěchem vykonávat. I když se snažím jako mediátorka a advokátka prosazovat použití mediace, narážím na předsudky a neochotu účastníků sporu či soudců důvěřovat mediaci a využít jejích možností. Zatím se mi ani v jednom případě nepodařilo přesvědčit soudce zejména ve věcech péče o děti, aby účastníkům soudního řízení nařídil účast na mediačním jednání aspoň v minimálním rozsahu tří hodin. Podobné zkušenosti mají i ostatní mediátoři.¹⁸ Dalším nedostatkem právní úpravy je skutečnost, že ve věcech rodinných (nezletilé děti, rozvod manželství) se náklady řízení přiznávají jen výjimečně. Pak nelze jako argument pro mediaci použít hrozbu absence nároku na náhradu nákladů řízení v případě odmítnutí mediace. V zahraničí je mediace běžně využívaným prostředkem k dosažení mimosoudní dohody. Věřím tedy, že čas a pozitivní zkušenosti s mediací prospějí širokému využívání zákona o mediaci i v našich podmínkách.

Kontakt

msigmundova@seznam.cz

tento soud zamítl žalobu z důvodu porušení povinnosti mlčenlivosti o průběhu mediace žalobcem. V průběhu soudního řízení byla žalobci (člen jachtařského klubu) a žalovanému (jachtařský klub) nařízena mediace, jíž se oba účastnili, leč bez výsledku (spor se týkal ukončení členství žalobce v jachtařském klubu). Žalobce posléze informoval členy jachtařského klubu o průběhu mediace včetně detailů. Soud z tohoto důvodu zamítl žalobu pro porušení povinnosti mlčenlivosti v mediačním řízení.

¹⁸ KOVÁŘOVÁ, D.: Rodinná mediace. In *Bulletin advokacie*, č. 6, 2013, s. 39-41

Doc. JUDr. Marek Števček, PhD.

Ministerstvo spravodlivosti SR

Novelizácia zákona o rozhodcovskom konaní

Abstrakt

Príspevok predstavuje návrh novej právnej úpravy rozhodcovského konania. Najpodstatnejšia zmena spočíva v rozdelení rozhodcovského konania na spotrebiteľskú časť a časť obchodnú. Dôvodom pre oddelenie alternatívneho riešenia sporov v oblasti práva spotrebiteľov je potreba dôslednej ochrany spotrebiteľa ako „slabšej strany“ konania. Návrh novej právnej úpravy obsahuje viaceré ďalšie zmeny, ktoré by mali zabezpečiť efektívnosť rozhodcovského konania a najmä vyššiu vymožiteľnosť rozhodcovských rozhodnutí. So zvýšením atraktivitou alternatívneho riešenia sporov je možné dosiahnuť odbremenenie všeobecných súdov, čo by malo viesť k vyššej kvalite rozhodnutí a zrýchleniu rozhodovania na Slovensku.

Abstract

The article represents the proposal of the new legislation of arbitration proceedings. The most essential improvement is the division of arbitration proceeding into the consumer arbitration proceeding and the commercial arbitration proceeding. The reason for such division of alternative disputes' solution is the need for a thoroughgoing protection of the consumer as the "weaker party" of the proceeding. Proposal of the new legislation contains a number of other changes which should provide for the effectiveness of the arbitration proceeding and in particular the higher enforcement of arbitral decisions. With the increasing of attractiveness of the alternative dispute solution shall be achieved a relief of general courts, which should lead to a higher quality of decisions and accelerate the decision-making in Slovakia.

Úvod

Účelom novelizácie zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní (ďalej aj ako „zákon o rozhodcovskom konaní“) bolo v zmysle Programového vyhlásenia vlády Slovenskej republiky z mája 2012 zavedenie systémových opatrení vedúcich k posilňovaniu práva občanov na včasné súdne rozhodnutia, a to s ohľadom na konania vedené rozhodcovskými súdmi. V prípade konaní pred rozhodcovskými súdmi ide o alternatívne riešenie súdnych sporov. Definovať ho možno ako súkromnoprávne konanie, ktoré sa uskutočňuje pod kontrolou a na základe zmluvy účastníkov, ktorou je spor predkladaný k posúdeniu nimi vybranému nezávislému

subjektu. Výsledkom tohto konania je rozhodnutie sporu s konečnou platnosťou vo forme rozhodnutia rozhodcu, ktoré je pre účastníkov záväzné a vynútiteľné zákonnými prostriedkami. Zo samotnej podstaty konaní tohto druhu vyplýva nevyhnutnosť kvalitnej právnej úpravy regulácie a dohľadu nad postupom konajúcich orgánov.

Potreba samostatného riešenia úpravy alternatívneho riešenia spotrebiteľských sporov vyplynula zo stavu alternatívneho riešenia sporov v spotrebiteľských veciach a skutočnosti, že za posledné obdobie výskyt negatívnych skúseností s činnosťou rozhodcovských súdov v týchto veciach významne vzrastal. Ďalším dôvodom pre odčlenenie tejto právnej úpravy je potreba zosúladenia vnútroštátneho právneho poriadku s právnymi aktmi Európskej únie v danej oblasti.

Na splnenie uvedenej úlohy bola v júli roku 2012 ministrom spravodlivosti Slovenskej republiky kreovaná komisia pre novelizáciu zákona o rozhodcovskom konaní. Výsledkom práce komisie je návrh novely zákona o rozhodcovskom konaní a zároveň návrh nového zákona – zákona o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov.

V čase písania príspevku sa však návrh zákona nachádza iba vo fáze pred medzirezortným pripomienkovým konaním, preto sú všetky proklamované zmeny len návrhmi, ktoré môžu byť zmenené v rámci medzirezortného pripomienkového konania, ďalšieho legislatívneho procesu a samozrejme, počas rokovaní Národnej rady Slovenskej republiky.

1. Návrh novely zákona o rozhodcovskom konaní

Pripravený návrh novely sa odlišuje od súčasne platného a účinného zákona okrem obsahových náležitostí aj formálne - svojou štruktúrou. Pôvodná štruktúra deviatich hláv zákona, obsahujúcich 56 paragrafov sa zmenila na tri časti, ktoré majú spolu 55 paragrafov. Prvá časť zákona s názvom „Všeobecné ustanovenia“ obsahuje 4 hlavy, pričom tieto sú venované nasledujúcim otázkam: I. Základné ustanovenia, II. Rozhodcovská zmluva, III. Rozhodca, IV. Stály rozhodcovský súd. Druhá časť s názvom „Rozhodcovské konanie“ obsahuje týchto 5 hláv: I. Rozhodcovské konanie, II. Rozhodcovské rozhodnutie, III. Zrušenie rozhodcovského rozsudku, IV. Výkon tuzemského rozhodcovského rozsudku, V. Uznatie a výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku. V poradí tretím celkom je časť „Spoločné, prechodné a záverečné ustanovenia“.

1.1 Prvá časť – Všeobecné ustanovenia

V tejto časti zákona dochádza k novej definícii pojmu arbitrabilita, a to s cieľom jej rozšírenia. Namiesto kritéria majetkového charakteru sporu a spôsobilosti o ňom uzatvoriť súdny zmier sa zavádza jediné kritérium a to, či ide o právny vzťah ohľadne ktorého strany môžu uzatvoriť dohodu o urovnaní. Dikcia súčasného zákona o rozhodcovskom konaní v tejto otázke umožňovala súdom reštriktívnu interpretáciu arbitrability. Na základe navrhovanej úpravy bude jednoznačné, že arbitrabilné budú spory zo všetkých právnych vzťahov, ktoré spadajú do zmluvnej voľnosti strán. Absolútne novým prístupom je obmedzenie resp. nemožnosť rozhodovať podľa zákona o rozhodcovskom konaní spory

v spotrebiteľských veciach, pri ktorých sa bude postupovať v zmysle spomínaného osobitného zákona.

V súlade s modelovým zákonom UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration v znení zmeny z roku 2006 (ďalej aj ako “modelový zákon“) sa spresňuje režim právomoci všeobecných súdov vydávať predbežné opatrenia v sporoch, kde vo veci samej má rozhodovať rozhodcovský súd. Podľa súčasnej úpravy, v období medzi podaním žaloby, ktorým rozhodcovské konanie začína a ustanovením rozhodcu, resp. rozhodcovského senátu, sa účastník už nemôže domáhať nariadenia predbežného opatrenia všeobecným súdom. Zároveň však predbežná ochrana od rozhodcovského súdu nie je dostupná, keďže rozhodca alebo rozhodcovia ešte neboli ustanovení. Niektoré stále rozhodcovské súdy túto otázku riešia tak, že právomoc vydávať predbežné opatrenia zverujú do pôsobnosti tajomníka súdu alebo iného orgánu určeného v rokovacom poriadku. V ad hoc konaniach však táto možnosť neexistuje, a preto bolo potrebné túto otázku upraviť v zákone. Naďalej však platí, že po ustanovení rozhodcu alebo rozhodcovského tribunálu už všeobecné súdy strácajú právomoc vydávať predbežné opatrenia v spore medzi účastníkmi rozhodcovského konania v prospech rozhodcovského súdu. Táto právomoc im zostáva zachovaná len v súvislosti s predbežnými opatreniami týkajúcimi sa tretích osôb.

Dochádza tiež k legislatívnemu spresneniu nástupníctva strán rozhodcovskej zmluvy, vrátane potvrdenia skutočnosti, že s postúpením práv alebo povinností zo zmluvy obsahujúcej rozhodcovskú doložku dochádza aj k zmene strán rozhodcovskej zmluvy.

Pre odstránenie pochybností a v súlade s modelovým zákonom sa v návrhu novely zákona výslovne uvádza, že za súčasť dohody strán v rozhodcovskej zmluve alebo doložke sa považujú rozhodcovské pravidlá, na ktoré sa v nej odkazuje bez toho, aby bolo nevyhnutné ich k dohode pripojiť.

Zjednocujú sa požiadavky na uzatvorenie rozhodcovskej zmluvy v elektronickej podobe so všeobecnými požiadavkami stanovenými v § 40 zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka (ďalej ako „Občiansky zákonník“). Zámerom uvedeného je odstránenie pochybností o tom, či sú na písomnú formu rozhodcovskej zmluvy kladené vyššie nároky ako na iné druhy právnych úkonov robených pomocou elektronických prostriedkov. Zavádza sa tiež, že rozhodcovská doložka môže byť do zmluvy zahrnutá aj odkazom, jej znenie nemusí byť v zmluve priamo obsiahnuté. Rovnako sa umožňuje, aby vnútorné predpisy právnickej osoby obsahovali rozhodcovskú doložku.

V prípade, ak sa žalovaná strana zúčastní konania bez toho, že by pri svojom prvom úkone namietala právomoc rozhodcovského súdu, rozhodcovská zmluva sa bude považovať za uzatvorenú aj keď nebola dodržaná forma písomného právneho úkonu.

Strany si budú môcť zvoliť akéhokoľvek bezúhonného rozhodcu. Keďže rozhodcovské konanie je postavené na dobrovoľnosti a zmluvnej voľnosti strán, nie je dôvod túto voľnosť strán obmedzovať požiadavkou, aby mal rozhodca skúsenosti na výkon svojej funkcie. Od tejto nejasnej požiadavky sa preto v rámci navrhovanej právnej úpravy upúšťa.

Mlčanlivosti budú môcť zbaviť rozhodcu výlučne účastníci konania, ktorí konajú spoločne.

Námietka zaujatosti bude môcť byť voči rozhodcovi, ktorého namietajúci účastník vymenoval, vznesená výlučne z dôvodov, o ktorých sa účastník dozvedel až po vymenovaní rozhodcu.

Výraznou zmenou oproti súčasnému zneniu zákona je ustanovenie, že zriaďovateľom stáleho rozhodcovského súdu bude môcť podľa nových pravidiel byť len obchodná alebo profesijná komora alebo záujmové združenie právnických osôb, resp. občianske združenie. Iné právnické osoby nebudú môcť byť zriaďovateľom stáleho rozhodcovského súdu (ďalej aj ako „SRS“). Táto zmena má viesť k obmedzovaniu vzniku konfliktu záujmov medzi zriaďovateľom a požiadavkou na nestranné a spravodlivé riešenie sporov. Pokiaľ je totiž SRS zriadený primárne za účelom generovania zisku pre svojho zriaďovateľa, vedie to k nezdravej motivácii rozhodovať čo najväčší počet sporov za účelom účtovania poplatkov za rozhodcovské konanie. To môže následne spôsobiť absenciu nestrannosti pri rozhodovaní sporov, ktorých účastníkmi sú strany generujúce podstatnú časť sporovej agendy konkrétneho rozhodcovského súdu.

Od povinnosti stáleho rozhodcovského súdu viesť zoznam rozhodcov sa upúšťa. Vedenie zoznamu bude fakultatívne.

Strany budú mať možnosť zvoliť si za rozhodcu osobu nezapísanú do zoznamu príslušného stáleho rozhodcovského súdu. Táto úprava odráža prax najvýznamnejších stálych rozhodcovských súdov. Tieto súdy od vedenia zoznamu rozhodcov upustili a rozhodcov pre konkrétny spor navrhujú a vyberajú podľa aktuálnych poznatkov a skúseností z praxe. Právo strany ustanoviť za rozhodcu osobu nezapísanú v zozname príslušného stáleho rozhodcovského súdu nesmie byť rokovacím poriadkom obmedzené.

1.2 Druhá časť - Rozhodcovské konanie

V rámci druhej časti sa preberá ustanovenie článku 4 modelového zákona, na základe ktorého dochádza ku koncentrácii námietok v konaní. Táto koncentrácia sa týka námietok vo vzťahu k porušeniu dispozitívnych alebo dohodnutých pravidiel. Jej účelom je to, aby sa s prípadnými nedostatkami mohol vysporiadať už rozhodcovský súd, a to v čo najskoršom štádiu konania. Účastníci by mali mať obmedzenú možnosť nechávať si podstatnú časť argumentácie až na prípadne konanie o žalobe o zrušení rozhodcovského rozsudku.

Stranám sa umožňuje vopred sa dohodnúť na tom, či o svojej právomoci musí rozhodcovský súd rozhodnúť rozhodcovským uznesením ešte pred vydaním rozhodcovského rozsudku, alebo stačí ak rozhodnutie o právomoci pojme do rozhodcovského rozsudku. V prípade neexistencie dohody strán o tejto otázke bude postup závisieť od rozhodnutia rozhodcovského súdu. Ak bola právomoc potvrdená v rozhodcovskom rozsudku, môže sa namietajúca strana domáhať nápravy prostredníctvom žaloby na jeho zrušenie. Ak bola právomoc potvrdená rozhodcovským uznesením, namietajúca strana má naďalej zachované právo podať návrh na všeobecný súd, aby rozhodol o jej námietke nedostatku právomoci. Podľa navrhovanej úpravy v prípade, ak všeobecný súd námietke nedostatku právomoci vyhovie, bude možné voči tomuto rozhodnutiu podať odvolanie.

V otázke určenia rozhodného práva sa kladie dôraz na širšie uplatnenie zmluvnej voľnosti strán, pokiaľ nie je zákonom obmedzená. V sporoch z

medzinárodného obchodného styku si tak strany budú môcť napríklad dohodnúť uplatnenie určitých konkrétnych pravidiel práva bez toho, že by si zároveň museli zvoliť aj právo konkrétneho štátu, podľa ktorého tieto pravidlá bude potrebné vykladať. Väčší priestor na uplatnenie zmluvnej slobody bude aj v čisto tuzemských právnych vzťahoch.

V kontexte zavádzania elektronického doručovania bolo v rámci tejto časti návrhu zákona prijaté aj opatrenie, v zmysle ktorého bude musieť mať rozhodcovský rozsudok vždy listinnú podobu. Elektronická podoba rozhodcovských rozsudkov nebude prípustná, aj keby spĺňala všeobecné požiadavky na písomnú formu právneho úkonu.

V rámci časti o rozhodcovskom konaní pribudol nový dôvod zrušenia rozsudku rozhodcovského súdu, ktorým je rozpor rozhodcovského rozsudku s verejným poriadkom Slovenskej republiky. Pojem verejný poriadok by sa pritom v súlade s medzinárodnou praxou mal vykladať reštriktívne a s ohľadom na záujem podporovať rozhodcovské konanie, najmä v oblasti medzinárodného obchodu. Zrušenie pre rozpor s verejným poriadkom však bude adekvátnym prostriedkom nápravy v prípadoch, keď rozhodcovské rozhodnutie bolo ovplyvnené trestným činom rozhodcu, znalca alebo svedka, alebo keď tomu bránila prekážka rozhodnutej veci. Na druhej strane požadovať zrušenie rozhodcovského rozsudku už nebude možné z dôvodov, pre ktoré by bola v konaní pred všeobecným súdom na mieste obnova konania. Procesné pochybenia rozhodcovského súdu v konaní budú môcť byť dôvodom pre zrušenie, len ak mohli mať vplyv na rozhodnutie vo veci samej.

Mení sa i doterajšie nastavenie vzťahu medzi zákonom č. 99/1963 Zb. Občianskym súdnym poriadkom (ďalej ako „Občiansky súdny poriadok“) a procesnými pravidlami, uplatňujúcimi sa v rozhodcovskom konaní. Podľa dnes platnej právnej úpravy musia rozhodcovia procesné otázky neupravené v zákone alebo na jeho základe riešiť výhradne podľa Občianskeho súdneho poriadku, čo v praxi mohlo viesť ku komplikáciám a obmedzovalo to právomoc rozhodcovských súdov upraviť otázku procesného postupu autonómne, pokiaľ boli zároveň dodržané zásady rovnosti strán a poskytnutá možnosť každej strane byť vypočutá. Podľa novej úpravy sa proces pred rozhodcami bude doplnkovo riadiť ustanoveniami Občianskeho súdneho poriadku len v prípadoch, ak to povaha veci pripúšťa.

1.3 Tretia časť – Spoločné, prechodné a záverečné ustanovenia

Tretia časť novelizovaného zákona by mala byť venovaná nastaveniu účinnosti novej právnej úpravy, a to k 1. januáru 2014. Zriaďovatelia, ktorí nebudú spĺňať podmienky pre zriadenie stálych rozhodcovských súdov stanovené v novele zákona, budú ich musieť splniť v priebehu šiestich mesiacov po nadobudnutí účinnosti novej právnej úpravy. V prípade márneho uplynutia lehoty sa rozhodcovské zmluvy nestanú neplatnými, iba sa inštitucionálna arbitráž zmení na *ad hoc* arbitráž.

2. Návrh zákona o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov

V prípade zákona o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov ide o návrh celkom nového zákona. Pripravený návrh zákona počíta so štruktúrou siedmych hláv, pokrývajúcich nasledujúce tematické celky: základné ustanovenia,

rozhodca oprávnený rozhodovať spotrebiteľské spory, stály rozhodcovský súd oprávnený rozhodovať spotrebiteľské spory, spotrebiteľské rozhodcovské konanie, rozhodcovské rozhodnutie, súdna ochrana spotrebiteľa a spoločné, prechodné a záverečné ustanovenia.

Navrhovaná právna úprava preberá novú smernicu Európskeho parlamentu a Rady 2013/11/EÚ z 21. mája 2013 o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov, ktorou sa mení nariadenie (ES) č. 2006/2004 a smernica 2009/22/ES.

2.1 Základné ustanovenia

Prvá hlava je venovaná úprave predmetu a rozsahu pôsobnosti navrhovaného zákona a zároveň výkladu niektorých pojmov. Návrh zákona upravuje alternatívne riešenie spotrebiteľských sporov v rozhodcovskom konaní, ak je miesto rozhodcovského konania v Slovenskej republike. Na účely tohto zákona sú spotrebiteľskými spormi spory medzi dodávateľom a spotrebiteľom, vyplývajúce zo spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisiace so spotrebiteľskou zmluvou. V rozhodcovskom konaní podľa tohto zákona bude možné rozhodovať len spory týkajúce sa spotrebiteľských zmlúv vo veciach, ohľadom ktorých možno uzatvoriť dohodu o urovnaní, vrátane sporov o určení, či tu právo alebo právny vzťah je alebo nie je, okrem sporov o vzniku, zmene alebo o zániku vlastníckeho práva a iných vecných práv k nehnuteľnostiam, súvisiacich s núteným výkonom rozhodnutí. Návrh zákona nevylučuje iný spôsob nezáväzného alternatívneho riešenia spotrebiteľských sporov.

Vzhľadom na negatívne skúsenosti, vyplývajúce zo súčasnej praxe, sa definuje osobitná spotrebiteľská rozhodcovská zmluva. Právomoc rozhodcovského súdu v spotrebiteľskom spore bude založená výlučne na základe tejto zmluvy a zároveň po splnení ostatných zákonných podmienok. Navrhovaná úprava je inšpirovaná nemeckým vzorom, vyžadujúcim oddelený právny úkon, s ktorým musí mať spotrebiteľ právo nielen súhlasiť, ale aj nesúhlasiť. Nevylučuje sa možnosť uzatvorenia zmlúv prostriedkami diaľkovej komunikácie, vždy však za podmienky oddeliteľnosti a nezávislosti rozhodcovskej zmluvy. Mechanizmus elektronickej komunikácie sa určí podľa Občianskeho zákonníka. Nový zákon navyše v súlade s európskymi trendmi predpokladá použitie vzorových formulárov, ktoré budú spotrebiteľa informovať o jeho právach a povinnostiach súvisiacich s rozhodcovským konaním. Na rozdiel od súčasného stavu, nová právna úprava regulujúca podmienky platnosti takejto rozhodcovskej zmluvy vzťahuje možnosť súdneho prieskumu neprijateľnosti aj na individuálne rozhodcovské doložky. Zároveň sa počíta s tým, že spotrebiteľská rozhodcovská zmluva nemá brániť možnosti, aby spotrebiteľ mohol uplatniť svoj nárok aj na súde.

2.2 Rozhodca oprávnený rozhodovať spotrebiteľské spory

Okrem všeobecných podmienok bude musieť rozhodca splňať podstatné kvalifikačné a osobnostné predpoklady.

Navrhuje sa možnosť disciplinárneho postihu rozhodcov rozhodujúcich spotrebiteľské spory. Predpokladá sa možnosť disciplinárneho postihu zo strany disciplinárnych senátov, ako aj zo strany predsedu stáleho rozhodcovského súdu ako

návrhové opatrenie alebo jeho priamu disciplinárnu právomoc, ak by vnútorné pravidlá stáleho rozhodcovského súdu sprísnil disciplinárnu úpravu. Upravuje sa možnosť podania sťažnosti proti rozhodcovi, ako aj postup pri jej vybavovaní. Sťažnosť by predstavovala primárny zdroj informácií pre ministerstvo, ktoré by bolo oprávnené iniciovať disciplinárne stíhanie voči rozhodcovi.

Vymedzujú sa skutkové podstaty disciplinárnych previnení. Rozlišuje sa medzi bežným a závažným disciplinárnym previnením. Disciplinárna zodpovednosť rozhodcov v spotrebiteľských sporoch je vo všeobecnosti sprísnená, a to najmä v tom, že bude prísne postihovať akékoľvek obštrukcie pri disciplinárnom konaní, ako aj tým, že rozhodnutie bude rozhodnutím, ktoré doživotne bráni takto postihnutej osobe vo výkone rozhodcovskej činnosti v spotrebiteľských veciach. Navrhujú sa disciplinárne tresty odstupňované podľa závažnosti konania. Za závažné disciplinárne previnenie sa predpokladá najprísnejší trest – vyčiarknutie zo zoznamu rozhodcov, ktoré nemôže byť zahľadené.

2.3 Stály rozhodcovský súd oprávnený rozhodovať spotrebiteľské spory

Z dôvodu nekontrolovateľného zakladania stálych rozhodcovských súdov sa súčasný stav ukázal ako nevhodný a zmena ako nevyhnutná. Nová právna úprava má zabezpečiť kontrolu vzniku a pôsobenia stálych rozhodcovských súdov.

Medzi podmienky získania licencie bude patriť odborná a personálna pripravenosť stáleho rozhodcovského súdu na rozhodovanie. Predmetná podmienka sa okrem iného vzťahuje aj na výber osôb rozhodcov. Pri posudzovaní žiadosti o licenciu bude môcť byť zohľadnené, či prípadná doterajšia činnosť rozhodcov neohrozuje predpoklad takého ich rozhodovania, ktoré by mohlo byť považované za svojvoľné.

Po udelení licencie zriaďovateľovi tiež budú musieť existovať mechanizmy na zabezpečenie udržania odbornosti stáleho rozhodcovského súdu. Táto požiadavka okrem pravidelného vzdelávania rozhodcov zahŕňa aj podmienku zriadenia mechanizmu prenášania poznatkov medzi jednotlivými rozhodcami. Stálemu rozhodcovskému súdu, resp. jeho zriaďovateľovi sa ukladajú vlastné povinnosti, za porušenie ktorých môže prísť o licenciu. Stály rozhodcovský súd tak môže znášať následky prípadnej protiprávnej činnosti svojich rozhodcov, čo môže viesť až k odňatiu licencie. Cieľom je umožniť nevydanie licencie osobám, u ktorých ich doterajšia prax nedáva záruky riadneho rozhodovania spotrebiteľských sporov.

2.4 Spotrebiteľské rozhodcovské konanie

Navrhované ustanovenia reagujú na negatívne skúsenosti s porušovaním procesných práv spotrebiteľa, ktoré často ústilo do porušenia jeho hmotnoprávných oprávnení. Preto sa v návrhu kogentným spôsobom ustanovujú podmienky rozhodcovského konania v spotrebiteľských veciach tak, aby spotrebiteľ nebol ukrátený na svojich právach.

Základnými myšlienkami navrhovanej úpravy spotrebiteľského rozhodcovského konania sú okrem iného zákaz obmedzenia práv spotrebiteľa výškou sporu, možnosť podávať žaloby elektronickou formou, povinnosť *ex officio* kontroly neprijateľných zmluvných podmienok, konštatovanie samozrejmej povinnosti

rozhodovať spotrebiteľský spor podľa platného práva a cezhraničný spotrebiteľský spor v súlade s platnými kolíznymi normami, nemožnosť podmieniť uplatnenie si práva spotrebiteľa či už procesnoprávneho alebo hmotnoprávneho charakteru poplatkom za procesný úkon, primeranosť výšky trov rozhodcovského konania, garancia práv spotrebiteľa prostredníctvom doručovania, upustenie od koncentrácie konania a námietok, či zákaz vydávania predbežných opatrení rozhodcovským súdom.

Zároveň sa v záujme ochrany spotrebiteľa pred neprijateľnými klauzulami navrhuje povinnosť rozhodcovského súdu aj bez návrhu spotrebiteľa preskúmať existenciu neprijateľných zmluvných podmienok, ktoré môžu byť rozhodujúce pre vec, ako aj iné dôvody neplatnosti právneho úkonu, na ktoré má prihliadať aj bez návrhu.

Vymedzuje sa tiež postup pri návrhu na nariadenie ústneho pojednávania. Aj keby vnútorné predpisy stáleho rozhodcovského súdu vylučovali ústne pojednávanie, nemôže byť táto skutočnosť na ujmu spotrebiteľovi.

2.5 Rozhodcovské rozhodnutie

V súvislosti s úpravou rozhodcovského rozhodnutia bol pri príprave návrhu zákona dôraz kladený najmä na potrebu ustanovenia dôkladnejších pravidiel pre odôvodňovanie rozhodcovského rozsudku.

2.6 Súdna ochrana spotrebiteľa

Cieľom navrhovanej právnej úpravy bolo motivovať spotrebiteľov, aby svoje práva uplatňovali formou žaloby o zrušenie rozhodcovského rozsudku. Za najdôležitejší mechanizmus na docieľenie tohto zámeru je vzorová žaloba na zrušenie rozhodcovského rozsudku, ktorá bude musieť byť prílohou nielen rozhodcovského rozsudku, ale aj upovedomenia o začatí exekúcie, čím sa umožní spotrebiteľovi ochrana v ďalšej časovej lehote, čím dochádza k naplneniu záverov rozsudku Súdneho dvora ES vo veci C-472/11¹.

Osobitným spôsobom sa upravuje i postup súdu po zrušení rozhodcovského rozsudku. Umožní sa zamietnutie nároku uplatneného v rozhodcovskom konaní, a to v prípade, ak by tento nárok odporoval v celom rozsahu právu na ochranu spotrebiteľa.

2.7 Spoločné, prechodné a záverečné ustanovenia

Navrhuje sa intertemporálny režim, v zmysle ktorého od účinnosti tohto zákona budú musieť všetky rozhodcovské zmluvy vzťahujúce sa na spotrebiteľské spory spĺňať podmienky stanovené týmto zákonom.

Na právne vzťahy pred dňom účinnosti novely sa bude vzťahovať doterajšia právna úprava.

¹ Rozsudok Súdneho dvora ES z 18. októbra 2012 vo veci C-472/11 Banif Plus Bank Zrt proti Csaba Csipai, Viktória Csipai

Zároveň sa navrhuje, aby od určitého času po účinnosti zákona mohol vydať rozsudok v spotrebiteľskom spore len taký subjekt, ktorý je zapísaný v zozname rozhodcov.

Záver

Cieľom navrhovanej právnej úpravy je vytvorenie skutočnej alternatívy v oblasti rozhodovania sporov. Následne, ak sa v príspevku uvedené zmeny prejavia, dôjde k odbremeneniu súdov a efektívnejšiemu výkonu spravodlivosti u nás. Za nástroje, ktoré by mali daný efekt vyvolať, považujeme najmä oddelenie spotrebiteľského riešenia sporov od obchodnej arbitráže a s tým súvisiace zavedenie rozličných procesných postupov pri rozhodcovskom konaní so spotrebiteľmi a v obchodnej arbitráži, ako aj zavedenie dohľadových oprávnení ministerstva spravodlivosti nad rozhodcovskými súdmi. V dôsledku navrhovanej novely by rozhodcovské konanie malo byť relevantnými subjektmi považované za vhodný a účinný nástroj na riešenie sporov.

Kontakt

marek.stevcek@flaw.uniba.sk

JUDr. Martin Svatoš¹

zapsaný mediátor a rozhodce

Hybridní ADR procesy MED-ARB a ARB-MED - na hranici dvou světů?

Abstrakt

Hybridní ADR procesy MED-ARB a ARB-MED představují kombinaci dvou nejúspěšnějších mimosoudních způsobů řešení sporů – mediaci a arbitráže. Vznikly jako odpověď na nedostatek konsensuálního řešení v arbitráži a absenci jistoty výstupu v mediaci.

Za dobu své existence však jejich formy do značné míry variují, a tak existuje celá řada způsobů, jak tato řízení vést. Článek se zabývá některými z nich, jakož i riziky, které přinášejí. Současně se také věnuje právním rámcům, které průběh hybridních modelů upravily.

Abstract

Hybrid ADR known as MED-ARB and ARB-MED were created as a combination of two most successful out-of-court dispute resolutions – mediation and arbitration. They arose as a response to concern regarding the lack of consensual solutions in arbitration and the lack of outcome certitude in mediation.

However, there is number of different proceedings being labelled as MED-ARB and ARB-MED. This article addresses these variations including the risks they include. It briefly enumerates the jurisdictions that directly regulate the MED-ARB and the ARB-MED proceedings.

1. Na místo úvodu: Hybridní modely jako odpověď na nejistotu

Rozhodčí řízení je dnes považováno za zdaleka nejčastější způsob řešení sporů, a to jak v rámci obchodního styku národního, tak i mezinárodního. Za tímto úspěchem bezpochyby stojí celá řada faktorů, mezi něž je možné řadit funkční a dobře etablované instituce, dlouholetou a bez větších problémů fungující praxi, jakož i uznávané mezinárodní nástroje, které používání arbitráže výrazně usnadňují.²

¹ Zapsaný mediátor a rozhodce, Praha, Česká republika, www.forarb.com, svatosmartin@forarb.com.

² V tomto směru je třeba zmínit zejména tzv. newyorskou úmluvu (Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů uzavřená dne 10. června 1958 v New Yorku).

Přes tyto jednoznačné úspěchy a v podstatě nezpochybnitelné postavení se do pozornosti široké i odborné veřejnosti stále častěji dostává i řízení odlišné, a sice mediace.³ V několika nedávných výzkumech, z nichž je možné jmenovat kupříkladu *Fortune 1000 corporations*⁴, *CPR survey*⁵ nebo průzkum *IMI*,⁶ se jednoznačně prokázal vzrůstající zájem aktérů mezinárodního obchodu o konsensuální a smírné řešení sporů a s tím související stále častější užívání mediace. K celé této situaci přispěla zajisté také nedávná ekonomická krize v kombinaci s neustále rostoucími náklady mezinárodní arbitráže. Díky tomuto vývoji tak dnes lze mediaci bez nadsázky řadit mezi ustálené způsoby řešení mezinárodních sporů.

Oba tyto způsoby řešení sporů se však přes svoji nezpochybnitelnou oblíbenost setkávají s určitou mírou negativ, které ze svého principu vykazují. Arbitráži je vytýkáno, že se v posledních letech stala velmi nákladnou a relativně dlouhodobou záležitostí. Navíc zahájení rozhodčího řízení je považováno za konec dobrých obchodních vztahů. To je dáno i tím, že se v podstatě nejedná o nic jiného než o proces před soukromými soudci. V obchodní praxi pak platí, že s obchodním partnerem se k soudu nechodí. Tak se mnohdy stane, že v podstatě marginální spor znemožní další obchodní spolupráci, jejíž výnosy by mnohonásobně převýšily hodnotu sporu.

Mediace oproti tomu představuje řízení, které tyto nedostatky nevykazuje. Jednak jde o proces, jenž je mnohonásobně levnější a který se spíše podobá neformálnímu jednání, jež se odehrává v příjemném a leckdy i přátelském prostředí bez výskytu osob s autoritou rozhodnout závazně o sporu. Tento základ je ideální pro nalezení vhodného řešení, jež bude výstupem použitelným i pro budoucí obchodní vztahy zúčastněných stran. Tato skutečnost nejenom že obchodní vztahy neohrožuje, ale naopak je posiluje.

Na druhou stranu, i mediace má samozřejmě určité nevýhody. Tak kupříkladu řešení nezaručuje na 100%. Jinými slovy, mediační dohoda jako výstup z mediace je sice dosažena velmi často (hovoří se o 75-80% případů), avšak nelze ji předem zaručit. Tj. není možné s naprostou jistotou tvrdit, že po jejím absolvování bude spor vyřešen. Předvídatelnost je ovšem to, co je ze strany obchodních aktérů vyžadováno. A právě jistota výstupu⁷ je to, co naopak dokáže nabídnout arbitráž.

Svým způsobem je tak úvaha směrem ke kombinaci těchto dvou modelů řešení sporu logická. Pokud by se podařilo nalézt řízení, jež bude kombinací výhod mediace i arbitráže, jednalo by se o postup nanejvýš efektivní a výhodný. Výstupem z této diskuze se staly právě hybridní modely, které by měly odpovídat na nejistotu vyjádřenou v předchozích odstavcích. Podle mínění mnohých autorů lze právě díky nim dosáhnout přívětivého a konsensuálního výstupu, a současně nabídnout jistotu, že spor jejich prostřednictvím skončí.

³ Mediace je alternativní způsob řešení sporu za asistence neutrální osoby – mediátora. Oproti arbitráži není založena na direktivním rozhodnutí, ale spíše na konsensuální kooperaci stran při hledání řešení. Srovnej SVATOŠ. M.: *Slovník ADR*[online]. 2013. Dostupné z WWW: <www.forarb.com>.

⁴ Cornell/Pepperdine/CPR (2011).

⁵ The Asia-Pacific Region (2011).

⁶ International Corporate Users Survey (leden-březen 2013).

⁷ Samozřejmě lze toto tvrzení relativizovat ve vztahu k možnostem, jež pro poraženou stranu nabízí řízení o uznání a výkonu rozhodčích nálezů národními soudy.

Zajímavostí na jejich vzniku je to, že pocházejí z praxe. Mnohé jejich kombinace, jak bude ukázáno níže, vznikly přirozenou aktivitou aktérů zúčastněných na běžném ADR⁸ řízení. Téměř současně se svým vznikem však hybridní ADR modely vzbudily nesmírné množství emocí mezi jejich zastánci a odpůrci. Samo o sobě toto téma vyvolává celou řadu velmi zajímavých, avšak většinou teoretických otázek, jež se stávají předmětem mnoha zajímavých pojednání.⁹

Ve světě mezinárodního obchodu se v praxi vyskytují dva základní modely této kombinace, které se od sebe liší tím, zdali na řadu nejprve přichází fáze arbitrážní nebo mediační. Setkat se tak můžeme s řízením ARB-MED¹⁰, které je zahájeno rozhodčím řízením, a s procesem MED-ARB¹¹, kde na řadu jako první přichází naopak mediace.

V rámci tohoto článku se nejprve zaměříme na řízení ARB-MED (2), abychom následně prozkoumali jeho dvojče MED-ARB (3). Na závěr stručně shrneme právní úpravu, kterou v souvislosti s hybridními modely přijaly některé státy (4).

2. ARB-MED

ARB-MED patří k nejefektivnějším způsobům řešení sporů v mezinárodním obchodě vůbec. V podstatě se jedná o arbitráž, která je kombinována s mediací. ARB-MED je zahájen obvyklým rozhodčím řízením, jehož případný nálezný bude závazný a vykonatelný. Od arbitráže jej odlišuje skutečnost, že se strany v průběhu řízení před vydáním samotného rozhodčího nálezu pokusí najít smírné řešení prostřednictvím mediace. Právě způsob jejího užití je to, co jednotlivé varianty ARB-MED odlišuje.

Nejprve se proto podíváme na různé koncepty užití ARB-MED řízení (2.1), abychom se následně věnovali jedné specifické variantě řízení, která si v praxi získala asi největší oblibu (2.2). V poslední části se pak pokusíme odpovědět na problematiku legitimacy užití mediace v rozhodčím řízení a na možné problémy, které to způsobuje (2.3).

2.1 Jedno označení, různé koncepty

Dva základní koncepty řízení ARB-MED spočívají buď v souhlasu stran, že rozhodce ve vhodný okamžik zkusí pomocí mediace vyřešit část nebo celý spor, nebo v tom, že rozhodčí tribunál je oprávněn ve chvíli, kdy to jeho členové považují za vhodné, navrhnout řešení. Jinými slovy jde o rozdíl spočívající v míře užití mediace – buď je provedena jako samostatně vymezené řízení,¹² nebo se jako červená nit vine celým rozhodčím řízením.

První zmiňovaná varianta je někdy popisována jako tzv. *mediační okénko* (*mediation window*), jež je stále častěji užívanou deviací v běžné arbitráži. Jde o fázi

⁸ Z angličtiny *alternative dispute resolution* (alternativní řešení sporu).

⁹ MCILWRATH, M. – SAVAGE, J.: *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, s.85.

¹⁰ Někdy také označováno jako ArbMed či ARB/MED.

¹¹ Někdy také označováno jako MedArb či MED/ARB.

¹² V takovém případě by se vlastně měla nazývat ARB-MED-ARB, avšak zavedení takového označení by bylo z hlediska terminologie již naprostým chaosem.

řízení, kdy je rozhodčí řízení zastaveno, aby proběhl pokus o uzavření smíru prostřednictvím mediace. Ta se může týkat buď celého sporu, nebo některé jeho části. Mediátorem je zpravidla jedna a tatáž osoba – rozhodce a v případě rozhodčího tribunálu složeného z více členů jeden z rozhodců.¹³

Základní otázku, kterou je třeba ať tak, či onak zodpovědět, je, zdali bude některý z členů rozhodčího tribunálu nebo všichni jeho členové vykonávat současně funkci mediátora, nebo zdali se bude jednat o nezávislou třetí osobu. Nevýhodou první varianty je skutečnost, že rozhodce nemusí být současně dobrý či zkušený mediátor. Navíc strany nemusí být nakloněny myšlence sdělovat členům rozhodčího tribunálu své návrhy řešení už z toho prostého důvodu, aby nepoškodily své postavení před eventuálním vyhlášením rozhodčího nálezu. Oproti tomu na druhé variantě je třeba kritizovat ztrátu hlavní výhody ARB-MED řízení, a sice její ekonomické výhodnosti a efektivnosti. Členové tribunálu jsou totiž s okolnostmi případu dobře seznámeni, a tudíž se ve vztazích stran již jistou dobu pohybují a orientují a nalezení vhodného řešení se tak jeví snadnějším. V zásadě vždy ale bude nutno zvážit konkrétní podmínky případu.

Častěji užívanou variantou každopádně je angažování některého rozhodce, který současně plní roli mediátora, a to už z toho důvodu, že nebezpečí, které bylo vyjádřeno v předchozím odstavci lze odstranit vhodnou volbou osoby arbitra. V případě, že rozhodčí doložka bude obsahovat ustanovení umožňující použití mediace arbitrem, měly by strany, respektive příslušná rozhodčí instituce při výběru dotčeného rozhodce vzít tuto skutečnost v potaz.

Tato varianta však způsobuje jisté problémy i v souvislosti s nestranností. Arbitr, který by v rámci rozhodčího řízení vedl kupříkladu oddělené jednání s některou ze stran, by mohl vzbudit pochybnosti co do své nepodjatosti, což by mohlo negativně ovlivnit jednak průběh samotného řízení, jednak vykonatelnost následného rozhodčího nálezu.¹⁴

Na druhou stranu by taková argumentace byla ze strany poražené strany jednoznačně účelová, pokud předtím souhlasila s ARB-MED řízením a vědomě tak odsouhlasila dvoj roli arbitra se všemi důsledky, které to může mít. Ostatně s touto problematikou se vypořádávají vybrané mezinárodní nástroje i národní legislativy tak, jak je uvedeno níže.¹⁵

2.2 ARB-MED zapečetěné obálky

Dnes patrně nejrozšířenější variantou ARB-MED řízení je tzv. *ARB-MED zapečetěné obálky*, kterou poprvé popsal bývalý šéf sekce práva duševního vlastnictví společnosti *British-American Tobacco* (BAT), Michael Leathes. Rozhodčí doložka se v takovém případě vyznačuje tím, že obsahuje tzv. obálkovou klauzuli,¹⁶

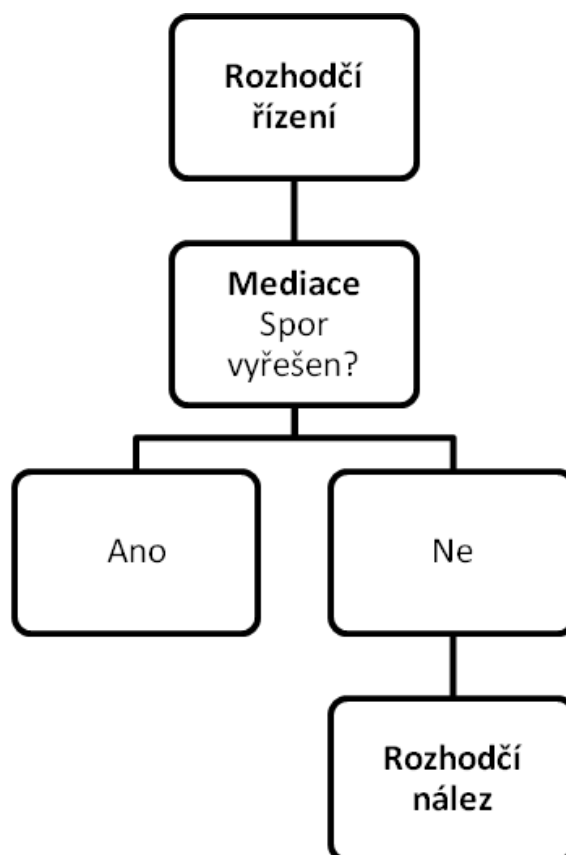
¹³ BERGER, K.: *Integration of Mediation Elements into Arbitration: 'Hybrid' Procedures and 'Intuitiv' Mediation by International Arbitrators* (2003) 19 ARBITRATION INTERNATIONAL 3.

¹⁴ Není třeba dodávat, že v případech, kdy je mediace vykonávána odlišnou třetí osobou, tento problém nenastává.

¹⁵ Srovnej sekci 4.

¹⁶ V angličtině: „*envelope clause*“.

což je ustanovení smlouvy, které opravňuje tribunál navrhnout znění rozhodčího nálezů a následně jej vložit do zapečetěné obálky, aniž je tato předložena stranám. Před vydáním rozhodnutí totiž provede rozhodčí tribunál či některý z jeho členů mediaci.



Tabulka 1: Schéma řízení ARB-MED zapečetěné obálky (zdroj: Autor)

V takovém řízení je vlastně nejprve dokončena arbitrážní fáze, a to do téměř absolutního konce, a pak je provedený pokus o nalezení řešení formou mediace, ve které se strany snaží vyjednat dohodu pro ně výhodnější než domnělý výsledek arbitráže, o kterém se však mohou pouze dohadovat.¹⁷

Tento postup byl poprvé užít v případě *BAT v. PMEC* týkajícím se práv duševního vlastnictví ke značkám oblečení. To sice produkovala společnost PMEC, ale příslušné registrované ochranné známky vlastnila tabáková společnost BAT. V rámci restrukturalizace svého podnikání měla BAT zájem značku postoupit a jediným zájemcem byla společnost PMEC. Spor však nastal v souvislosti se stanovením ceny. Následně po společné dohodě jinak dvou spřátelených společností byla zahájena arbitráž, která měla částku plnění licenční smlouvy určit. Po absolvování rozhodčí fáze byl vytvořen rozhodčí nález, který byl vložen do zapečetěné obálky. V následné mediaci působil tentýž rozhodce jako mediátor a po dvou hodinách strany našly shodu na řešení. Otevírat obálku tudíž nebylo nutné.¹⁸

¹⁷ LEATHES, M. - BULDER, B. - KERVERS, W. - SCHONEWILLE, M.: *Einstein's Lesson in Mediation*, in *Managing IP*, July–August 2006, dostupné online na <http://www.imimmediation.org>, s. 24.

¹⁸ *Ibid*, s. 26.

Takový postup zcela eliminuje problematiku podjatosti rozhodce, neboť tento v rámci mediační fáze, kdy by teoreticky mohl být ovlivněn stranami, již nemá možnost změnit nálezu. Nevýhodou takového postupu naopak je, že mnohdy nemalé náklady na rozhodčí řízení jsou již vynaloženy, takže se nepovede naplnit jeden z cílů hybridních systémů, tj. ušetření nákladů. Na druhou stranu je třeba doplnit, že v případě úspěchu mediační fáze jsou ušetřeny náklady na výkon rozhodčího nálezu, což jsou mnohdy nemalé prostředky. Navíc druhá přednost, tj. zachování dobrých obchodních vztahů, je zachována.¹⁹

Vytvořený nálezu, jenž je uložen mimo dosah stran v zapečetěné obálce, zde vlastně plní dvojí roli. Jednak zaručuje zmíněnou jistotu výstupu, který je doslova nadosah, a jednak jako pomyslný Damoklův meč visí nad stranami, které si samozřejmě nemohou být jisté, nakolik v řízení uspěly. Samotné projednání případu před rozhodčím tribunálem jim navíc mnohdy může otevřít oči a objasnit a zpřesnit jejich reálné procesní postavení, což se může projevit zejména realističtější přístupem při vyjednáváním v mediační fázi.

Pokud i přes veškerou snahu arbitra-mediátora mediace selže, je obálka otevřena a předána stranám. Tak vlastně dodatečně dochází k samotnému aktu vydání rozhodčího nálezu, který se teprve tímto okamžikem stává pro strany závazným. Pokud naopak mediace uspěje a je nalezeno řešení, obálka je zničena a okolnosti a podrobnosti nálezu z pochopitelných důvodů sdělovány nejsou.

2.3 Legitimita užití mediace a možné problémy

Zahájení mediace či užití mediačních prvků v rozhodčím řízení samozřejmě není možné bez souhlasu stran, neboť nepatří mezi standardní pravomoci arbitra. Legitimitu pro takovou činnost tak musí rozhodce získat, což je možné před vznikem sporu, ale i po něm, bez ohledu na to, zdali je o sporu uzavřena rozhodčí doložka.

Prvním případem, kdy se s mediací počítá již od samého počátku, je výslovné uvedení této možnosti v rozhodčí doložce. Eventualitou k tomu může být odkaz na pravidla rozhodčí instituce, jež by takový postup umožňovala. V takovém případě je zřejmé, že již při samotném navrhování smlouvy, jež se později stala předmětem sporu, strany nebo jejich právní zástupci s ARB-MED řízením počítali. Další variantou je pak samozřejmě obdobný postup formou kompromisu, tedy následné rozhodčí smlouvy, kterou se ARB-MEDu podřizuje spor již vzniklý.

Velmi často se však můžeme potkat s postupem, kdy je stranám nabídnuta či lépe řečeno objasněna tato možnost teprve po ustanovení rozhodčího tribunálu. I tehdy je možné, samozřejmě za předpokladu jejich plného souhlasu, k ARB-MED řízení přistoupit. Taková možnost může být také zmíněna kupříkladu v *terms of reference* nebo ihned na počátku řízení v procesním rozvrhu. Průkopníkem tohoto postupu je španělská mediátorka a rozhodkyně Mercedes Tarazón. Ve vhodných případech, které jsou jí přiřazeny, nabídne stranám dopisem, zdali nechtějí zvážit mediaci svého sporu. Podle jejích vlastních zkušeností je tento postup velmi úspěšný:

¹⁹ MCILWRATH – SAVAGE 2010, op. cit., s. 185.

Ve čtrnácti případech, kdy strany s tímto způsobem řešení souhlasily, bylo čtrnáct nakonec ukončeno smírem.²⁰

Ne všechny zkušenosti s ARB-MEDem jsou však takto pozitivní. V nedávné době bylo totiž toto ADR podrobeno zkoušce v soudním řízení, které bylo s napětím sledováno jak jeho zastánci, tak i odpůrci. Údiv byl o to větší, že na pevninské Číně, kde se jeho reálie odehrávaly, je kombinace mediace a arbitráže poměrně častá. Šlo o případ *Gao Hai Yan & Another v Keeneye Holdings Ltd & Others* (dále jen „případ Keeneye“),²¹ ve kterém hongkongský soud prvního stupně odmítl vykonat rozhodčí nález vydaný v Čínské lidové republice na základě argumentu veřejného pořádku, a to právě v souvislosti s užitím mediace během rozhodčího řízení.²²

Soud konkrétně argumentoval, že jednání arbitrů v roli mediátorů by „v pohledu spravedlivě uvažujícího pozorovatele způsobilo podezření z podjatosti.“²³

Fakta případu byla následující: Během rozhodčího řízení mezi více žalobci a více žalovanými došlo k situaci, kdy tribunál navrhl, aby žalovaní zaplatili žalobcům 250 milionů Juanů v rámci smírného vyřešení případu. Za účelem prezentace tohoto návrhu zorganizoval jeden z rozhodců večeři v hotelu, které se účastnil kromě jeho samotného také generální tajemník dotčeného rozhodčího soudu a známý žalovaných, který měl o výhodách zmíněné nabídky následně přesvědčit tuto stranu. Tato třetí osoba však zmíněnou nabídku na „přesvědčování“ odmítla. Následně arbitráž pokračovala a byl vydán rozhodčí nález v neprospěch žalovaných.

Během soudního řízení soudce prvního stupně odmítl nález vykonat, když zpochybnil, že by vlastně samotná večeře vůbec byla mediací. Podle jeho úsudku se nejednalo o nic jiného, než o návrh jednoho rozhodce na konkrétní řešení sporu reprodukcujícího názor celého tribunálu.²⁴

Soud k tomu dodal, že takový postup nemusí nutně znamenat předpojatost tribunálu ve prospěch žalující strany, ale že takový návrh může způsobit podezření z takové předpojatosti, což bylo shledáno jako dostatečné. Závažná ale byla podle názoru soudu i doprovodná fakta. Mezi další argumenty proti výkonu patřilo, že skutečnost, že v rámci večeře byla oslovena třetí strana, jež mohla následně na žalované vyvíjet nátlak, vážnost situace zdůrazňuje už proto, že vůči ní padla výzva, aby na žalovaných „zpracovala“.^{25 26} Soud prvního stupně však nevzal v potaz fakt, že žalovaní se po těchto událostech vůči nim nikterak procesně nevymezili a s právní reakcí počkali až do vyřčení výsledného rozhodčího nálezu.

Této skutečnosti si ovšem naopak všiml hongkongský odvolací soud, jenž asi o osm měsíců později předchozí rozhodnutí zrušil a výkonu rozhodčího nálezu

²⁰ Srovnej TARRAZON, M.: *Becoming Your Own 'Amiable Compositeur': Arb-Med with Mercedes Tarrazon* (IDN Podcast 52), 2008, online dostupné ve formátu mp3 na <http://www.cpradr.org/>.

²¹ *Gao Hai Yan & Another v Keeneye Holdings Ltd & Others* [2011] HKEC 514 and [2011] HKEC 1626

²² BARTON, K. – SAJNANI, S.: *Med-Arb and bias: Gao Haiyan v Keeneye Holdings Limited*, listopad 2011, online článek dostupný na <http://www.mallesons.com/>.

²³ GOODRICH, M.: *Arb-med: ideal solution or dangerous heresy?*, 2012, Online text dostupný na <http://www.whitecase.com/>.

²⁴ Ibid.

²⁵ Anglicky „work on“. Srovnej ibid, s. 2.

²⁶ Soud si také povšiml toho, že zmíněná částka vysoce převyšovala částku zmíněnou žalovaným jako nejvyšší možnou.

dal zelenou. Hlavním argumentem bylo, že se žalovaní absencí reakce v patřičné době implicitně vzdali námitek, které by jinak v této souvislosti mohli vznést. Kromě toho se však odvolací soud vyjádřil také k argumentům soudu nižšího stupně týkajících se dotčené mediace.

K tomu pravil, že nebylo podivné, že se večere účastnila třetí strana, neboť vzhledem k jejímu vztahu k žalovaným by se jejich jménem jistě účastnila i případné klasické mediace. Odvolací instance se také vypořádala se slovem „zapracovat“, kteréžto je v pevninské Číně používáno jako synonymum k přesvědčování a nikoliv k nátlaku. Nakonec se dotkla také formátu mediace formou večere, kterou vzhledem k tomu, že se nejednalo o žádnou hostinu, ale malou večerku, nelze považovat za okolnost, jež by mohla nestrannost tribunálu ovlivnit.

Celkový výstup tak východoasijské vody hybridních procesů značně rozbouřené po prvním rozsudku do značné míry uklidnil.²⁷ Je však nutno zdůraznit, že realie případu jsou do značné míry extrémní a je těžko představitelné, že by se našlo více členů odborné veřejnosti, kteří by zmíněné praktiky rozhodčího tribunálu i samotné rozhodčí instituce v této kauze považovali za přijatelné. I přes tuto negativní zkušenost však velké množství případů, které jsou formou ARB-MED vyřešeny všude po světě, ale zejména právě ve východní Asii dokazují, že je jeho koncept životaschopný a fungující.²⁸

3. MED-ARB

Druhým základním typem kombinace mediace a arbitráže je řízení MED-ARB. Zjednodušeně řečeno se jedná o postup řešení sporu nejprve formou mediace, která je v případě nedosažení dohody vystřídána arbitráží. Klíčovou charakteristikou je, že funkci mediátora a následně i arbitra vykonává jedna a tatáž osoba.

Občas je sice MED-ARB popisován jako proces, ve kterém mediační a rozhodčí fázi řídí dvě odlišné osoby, avšak taková definice je nesprávná, neboť v takovém případě by se jednalo toliko o víceetapový systém řešení sporu. Charakteristickým rysem řízení MED-ARB je právě jednota osoby mediátora a rozhodce se všemi výhodami, i riziky, které toto spojení řízení přináší.²⁹

Nejprve se tedy podíváme na samotný proces MED-ARB (3.1) a následně na rizika, která jsou s ním spojena (3.2). V závěru se pak letmo zmíníme o specifických formách tohoto hybridního řízení (3.3).

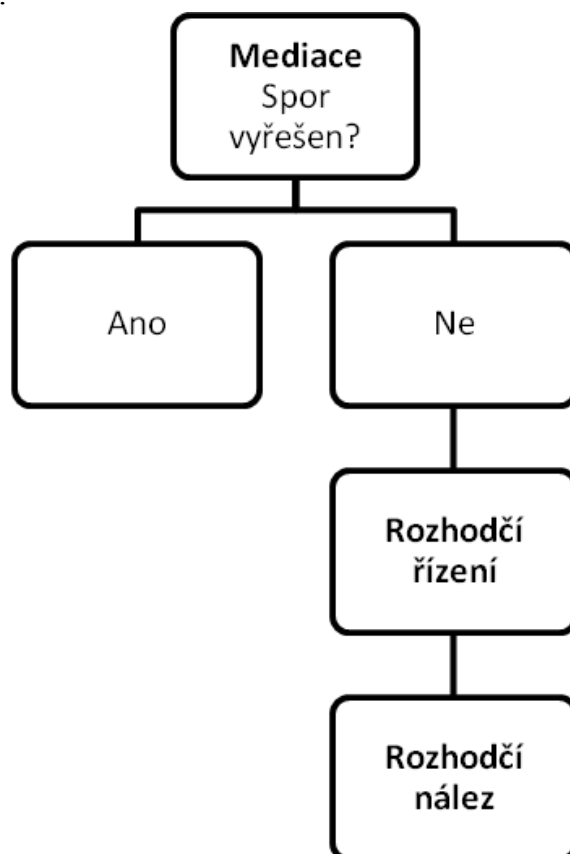
²⁷ Samy okolnosti případu *Keeneye* jsou ilustrací specifického trendu, jenž je patrný v Číně. Zatímco v Čínské lidové republice, kde je průběh mediace a arbitráže velmi ovlivněn tradicí, jsou jejich aktéři, tedy mediátoři a arbitři spíše neznalí podmínek, za nichž tato ADR probíhají v mezinárodním kontextu. Oproti tomu Hongkong je příkladem velmi vyspělé jurisdikce, v níž jsou tato řízení na mezinárodní úrovni na denním pořádku.

²⁸ Srovnej NAKAMURA, T.: *Brief Empirical Study on Arb-Med in the JCAA Arbitration*, JCAA Newsletter, Number 22 (June 2009), s. 10, dostupné online na <http://www.jcaa.or.jp>.

²⁹ Podrobněji srovnej SVATOŠ, M.: *MED-ARB: Řešení sporů pro 21. století?*, in Právní rádce, No.1, Vol. 2013, Economia, Prague.

3.1 Nejdříve mediace, pak možná...

MED-ARB je zahájen buď na základě *MED-ARB doložky*, pokud je toto řízení předvídáno již před vznikem sporu, nebo naopak na základě *MED-ARB kompromisu*, pokud již spor vznikl a způsob jeho řešení nebyl předem předjednan. V obou případech bude nutné uzavřít *smlouvu o provedení MED-ARB*, která bude muset splňovat všechny náležitosti vyžadované právním řádem jak na smlouvu o provedení mediace, tak na rozhodčí smlouvu.



Tabulka 2 Schéma řízení MED-ARB (zdroj: Autor)

V první fázi řízení probíhá v podstatě standardní mediace, která má však jeden podstatný rozdíl. Strany se v případě neúspěchu mediace neodeberou k soudu ani k před rozhodčí tribunál, ale zůstanou před jimi zvoleným neutrálem, jenž se však z mediátora stane arbitrem. Toto nebezpečí direktivního rozhodnutí sporu med-arbitrem jednoznačně ovlivňuje ochotu stran hledat konsensuální řešení

Specifickým je v tomto směru i přechod mezi jednotlivými fázemi, pro nějž je podstatné učít, kdy má nastat. V podstatě se nabízí celá řada možností, přičemž některé lze doporučit a jiné nikoliv:

- a) **Časové omezení na konkrétní datum** - pro přechod od mediace k rozhodčímu řízení lze kupříkladu stanovit konkrétní datum či jinou časovou lhůtu, kupříkladu jeden měsíc. V zásadě tato varianta není špatná, ale současně nezajišťuje jistotu uskutečnění potřebného počtu mediačních setkání. Časová lhůta může proběhnout, aniž strany vyvinou potřebnou snahu o dohodu. Na druhou stranu nelze pominout fakt, že se strany zpravidla MED-ARB řízení účastní dobrovolně a tudíž, že je v jejich zájmu zkusit vyřešit svůj spor konsensuálně předtím, než dojde k jeho

direktivnímu rozhodnutí. Shodným prohlášením stran lze navíc přechod odložit.

- b) **Určený minimální časový úsek** - strany se mohou dále zavázat, že se pokusí v určitém minimálním počtu hodin spor vyřešit mediací a teprve tehdy, pokud se nepodaří nalézt shodu, přejdou do rozhodčího řízení.
- c) **Jednostranné rozhodnutí med-arbitra** – je patrně teoreticky nejvhodnější formou, neboť právě on je tou osobou, která nejlépe pozná, jaký spor ještě vyřešit lze a jaký je již nutné rozhodnout direktivně. Na druhou stranu jistě nelze přehlédnout určitou pochopitelnou nechuť stran a jejich právních zástupců vzdávat se kontroly nad svým osudem a vývojem řízení. I proto se doporučuje tuto variantu kombinovat s některou z dalších.
- d) **Rozhodnutí stran** – sama tato možnost nabízí různé varianty, podle nichž je vyžadováno společné rozhodnutí všech stran, nebo naopak stačí vůle i jen jedné strany. Odkladnou podmínku, která by vyžadovala souhlasu obou stran, je třeba považovat za nevhodnou zejména tehdy, byla-li by to jediná možnost, jak mediační fázi opustit. V takovém případě by se totiž jednalo o lehce zneužitelné ustanovení, které by umožnilo některé ze stran spor uměle prodlužovat. Naopak v kombinaci s časovým limitem je oboustranný souhlas vhodným nástrojem zaručujícím maximální efektivitu tohoto ADR.

3.2 Rizika spojená s řízením MED-ARB

Ačkoliv MED-ARB řízení šetří časové i finanční náklady stran na řešení sporu, nejedná se o jednostranně přijímaný a nekriticky hodnocený právní institut. Naopak existuje celá řada kritických hlasů, které na jeho adresu směřují. Některé ze zmiňovaných nebezpečí lze vhodným postupem minimalizovat, s jinými je zkrátka nutné se smířit jako s daní za jinak vysokou funkčnost tohoto ADR. Pokud jde o hodnocení rizik a jejich pravděpodobnosti, nelze opominout fakt, že všechny teoretické nesnáze v drtivé většině případů vyzní jako neopodstatněné, neboť většina kauz v mediační fázi skončí. I zde se tak projeví vysoká úspěšnost mediace v řešení sporů. Na druhou stranu se s tímto tvrzením samozřejmě není možné spokojit a je třeba se všem potenciálním problémům bedlivě věnovat.

Prvním z výtek, jež na MED-ARB směřují, je možný nátlak ze strany neutrála na strany v první fázi řízení. Předpokládá se, že by mohl med-arbitr strany do dohody vmanévrovat právě hrozbou direktivního rozhodnutí, jež právě on může následně vydat. Takové nebezpečí však nelze vyloučit ani v klasické mediaci, kde se s argumentem hrozby soudního či rozhodčího řízení běžně pracuje. Navíc jeho prevence je velmi jednoduchá – stačí zvolit vhodného a zkušeného neutrála, který se k tomuto postupu nebude uchýlovat.

Druhým problematickým bodem je nebezpečí, že by med-arbitr svými úsudky mohl předjímat a naznačovat eventuální rozhodčí nález. Takový postup by pak mohl být některými stranami považován za manévrování a manipulaci.³⁰ I v tomto případě lze tuto námitku vyřešit vhodnou volbou nezúčastněné a zkušené třetí osoby. Koneckonců, ani zde se nejedná o nic, co by nebylo známé i z klasické

³⁰ Na druhou stranu lze však dodat, že různé formy evaluativní mediace se svojí tvrdostí přibližují k rozhodčímu řízení a jako takové jsou někdy s nadsázkou nazývány „svalovou mediací“.

mediace, kde by však takové konání mediátora bylo spíše nežádoucí, než vysloveně nebezpečné. Vzhledem k problematice nezávislosti a nestrannosti rozhodce bude třeba, aby dotčený med-arbitr ještě úzkostlivěji, než je tomu běžně, dbal na to, aby nenaznačoval právní řešení celého případu. Takový postup by byl totiž samozřejmě zcela nepřijatelný.

Další riziko je spojeno s citlivými a důvěrnými informacemi, jež se med-arbitr může dozvědět v rámci mediace a to zejména tehdy, pokud by se rozhodl vést oddělená jednání. Strany tehdy mohou odhalit tajné údaje či sdělit motivaci ke svým činům apod. Tento fakt může průběh MED-ARB řízení ovlivnit vlastně ve dvou světlech: Jednak hrozí, že strany z přehnané opatrnosti med-arbitrovi nesdělí v rámci mediační fáze potřebné informace, což sníží šance na dosažení dohody, jednak teoreticky panuje nebezpečí, že med-arbitr důvěrné informace použije ve druhé fázi MED-ARB řízení, tj. v procesu arbitráže či že je použije jako podklad pro vydání rozhodčího nálezu.

Pokud se týká prvního rizika, tj. náročnějšího sběru informací od stran hájících utajované či podle nich důvěrné informace, pro schopného a zkušeného mediátora nebude problém takovou komplikaci překonat. Druhý a závažnější problémem vyloučit nelze. Na druhou stranu je zřejmé, že v tomto okamžiku přechází zodpovědnost na strany a bude záležet na nich, aby takové informace, které by jim mohly uškodit, v řízení nesdělovaly. I v tomto případě je vhodné dbát na výběr morálně konsistentního a zkušeného med-arbitra, který má s takovým způsobem řešení sporů své zkušenosti.

Jako prevenci na ochranu důvěrných informací zveřejněných během první fáze je také možné vhodně upravit procesní pravidla již v samotné smlouvě o provedení MED-ARB. Lze například zakázat separátní jednání med-arbitra a jednotlivých stran. Druhou možností je pak označit všechny informace získané med-arbitrem během první fáze za použitelné pro jeho rozhodování ve fázi druhé. K tomu, jak tuto specifickou obavu řeší některé právní řády, viz níže.

3.3 Nezávislost med-arbitra

Právě obava, aby neutrální zůstal nezaújatým a nestranným ve druhé fázi řízení, je vlastně nejčastěji vytýkanou skutečností v souvislosti s MED-ARB řízením. Je nezpochybnitelné, že med-arbitr musí zůstat po celou dobu řízení neutrálním a pokud by tuto vlastnost v průběhu řízení ztratil, musel by na svoji funkci okamžitě rezignovat. Z teoretického hlediska je tedy problém vyřešen již tímto konstatováním.

To ovšem neznamená, že tato obava v praxi nepůsobí určité problémy. Právě naopak: Existuje reálné riziko zvýšené u mezinárodních řízení, že bude případný rozhodčí nález, coby výstup z MED-ARB procesu napadený v řízení o zrušení rozhodčího nálezu. Z tohoto důvodu je třeba podstoupit vhodné preventivní kroky, jakým je výslovné zřeknutí se možnosti požadovat zrušení rozhodčího nálezu z důvodu absence nestrannosti a nepodjatosti rozhodce toliko na základě působení této osoby jako mediátora v první fázi.

Podle názoru některých autorů takové výslovné zřeknutí se není třeba, neboť je již implicitně obsaženo ve smlouvě o provedení MED-ARB řízení. Tento názor

také potvrdil Nejvyšší soud Nového Zélandu v kauze *Duncan & Davis Nurseries New Plymouth LTC v. Honnor Block LTD and Peter Hay*.³¹

Přesto lze doporučit, aby tato skutečnost byla uváděna ve smlouvě výslovně a to čistě z preventivního důvodu. Takový postup pak bude v souladu i s *IBA Pokyny pro střet zájmu v mezinárodní arbitráži* (v tzv. Červeném seznamu napravitelných situací se aplikuje čl. 2.1.2: „Rozhodce již ve sporu působil.“³²

Pokud se týká samotného zřeknutí se možnosti vznést námitku nestrannosti a nezávislosti, je třeba zdůraznit, že se toto vzdání práva týká pouze a toliko argumentu ve vztahu k pouhému výkonu funkce mediátora v první fázi MED-ARB řízení a nikoliv jiných důvodů, které mohou zpochybnit jeho nezávislost.

3.4 Mediační okénko a MED-ARB simultanés

Zvláštním případem MED-ARB řízení je tzv. *MED-ARB simultanés*, které je charakterizováno současným průběhem mediace a arbitráže. Toto specifické řízení je předvídáno *Centrem Mediací a Arbitráže v Paříži*.³³ Během něho jsou strany zastoupeny dvěma odlišnými právními zástupci, z nichž každý zastupuje svého klienta v odlišné proceduře – jeden v mediaci a druhý v rozhodčím řízení, které ovšem, jak napovídá název, probíhá současně. Mediátor a rozhodci spolu nekomunikují, ale zástupci strany si samozřejmě po skončení dne mohou sdělit, jak si v kterém řízení stojí.³⁴

Pro mediaci je pak stanovena časová lhůta, po jejímž marném uplynutí následuje lhůta osmi dnů pro rozhodčí tribunál, aby vydal rozhodčí nález. Pointou celé konstrukce je vlastně využití výhod MED-ARBu při současném odstranění nebezpečí dvojrole neutrála a současně při odstranění prodlení, které MED-ARB zákonitě přináší.

Nevýhodou pak naopak vyšší náklady a celková náročnost na vedení řízení z pohledu stran. Ostatně to by vysvětlovalo, proč se tato jinak zajímavá varianta zatím příliš neujala.

4. Právní úprava

Jak již bylo ilustrováno výše, doposud se nepodařilo v rámci mezinárodního fóra dosáhnout shody nad tím, zdali je kombinace mediace a arbitráže žádoucí a bezproblémová. O to je zajímavější sledovat, jak se s danou problematikou vypořádaly některé národní právní řády, jež vedení těchto dvou ADR posvětily. Jde zejména o právní řád Hongkongu (4.1) a Singapuru (4.2), které s touto úpravou přišly jako první. V nedávné době je následovala také Austrálie (4.3). Za zmínku však stojí i přístup *Pokynů IBA pro střet zájmu v mezinárodní arbitráži* (4.4), které sice nejsou právním předpisem, ale svým významem a užíváním prokázaly svoji důležitost.

³¹ *Duncan & Davies Nurseries New Plymouth Limited v Honnor Block Limited High Court Auckland CIV 2005-404-2513*

³² O Pokynech viz dále.

³³ *Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)*.

³⁴ Srovnej CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS: *Guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP*, Paris 2006, s. 67.

4.1 Hongkong

Jak již bylo řečeno, právě Hongkong patří mezi země, kde je kombinace mediace a arbitráže nejčastěji používána. To vzal v potaz i místní zákonodárce, když v článku 33 nařízení č. 17/2010 o rozhodčím řízení kombinaci mediace a arbitráže doslovně upravil, a to následujícím způsobem:

„Oprávnění rozhodce jednat jako mediátor

(1) Pokud všechny strany písemně souhlasí a dokud některá z nich nevezme písemně svůj souhlas zpět, může rozhodce po té, co rozhodčí řízení začalo, jednat jako mediátor.

(2) Pokud rozhodce jedná jako mediátor, rozhodčí řízení musí být pozastaveno za účelem usnadnění vedení mediačního řízení.

(3) Rozhodce jednající jako mediátor –

(a) může se stranami jednat společně i odděleně;

(b) musí s informacemi, které od stran získá, nakládat jako s důvěrnými, pokud se strany nedohodnou jinak nebo pokud se neuplatní ustanovení odstavce (4).

(4) Pokud—

(a) je důvěrná informace získána od strany v rámci mediačního řízení vedeného rozhodcem coby mediátorem; a

(b) takové mediační řízení neskončí dosažením dohody přijatelné pro všechny strany, musí rozhodce, předtím než bude pokračovat v rozhodčím řízení, oznámit všem ostatním stranám všechny informace, které považuje pro rozhodčí řízení za relevantní.

(5) Proti vedení rozhodčího řízení rozhodcem nesmí být vznesena námitka toliko na základě toho, že dotčený rozhodce jednal před tím jako mediátor v souladu s tímto paragrafem.³⁵

4.2 Singapur

V podstatě velmi podobně upravuje mediační angažmá rozhodce ve svém právu singapurský zákon o mezinárodním rozhodčím řízení ve svém článku 17.³⁶

„Oprávnění rozhodce jednat jako konciliátor³⁷

(1) Pokud všechny strany písemně souhlasí a po dobu, dokud některá z nich nevezme písemně svůj souhlas zpět, může rozhodce či rozhodčí³⁸ jednat jako konciliátor.

(2) Rozhodce či rozhodčí jednající jako konciliátor –

(a) může se stranami jednat společně i odděleně;

(b) musí s informacemi, které od jednotlivých stran získá, nakládat jako s důvěrnými, pokud se strany nedohodnou jinak nebo pokud se neuplatní ustanovení odstavce (3).

(3) Pokud je důvěrná informace získána od strany v rámci konciliačního řízení vedeného rozhodcem nebo rozhodčím coby konciliátorem; a pokud takové konciliační řízení neskončí dosažením dohody přijatelné pro všechny strany, musí rozhodce nebo rozhodčí, předtím než bude pokračovat v rozhodčím řízení, oznámit

³⁵ Anglický překlad dostupný online na <http://www.legislation.gov.hk/>.

³⁶ *Singapore International Arbitration Act* (Cap. 143A).

³⁷ Singapurské právo používá místo označení mediátor termínu konciliátor.

³⁸ Tato dualita se do angličtiny překládá jako *arbitrator and empire*.

všem ostatním stranám všechny takové informace, které považuje pro rozhodčí řízení za relevantní.

(4) Proti vedení rozhodčího řízení nesmí být vznesena námitka toliko na základě toho, že dotčená osoba před tím jednala jako konciliátor v souladu s tímto článkem.³⁹

4.3 Australský modelový zákon o obchodní arbitráži

Zdá se, že i australský modelový zákon o obchodní arbitráži⁴⁰ se široce inspiroval tímto původně asijským modelem. Zákon postupně přijaly všechny australské státy kromě Teritoria hlavního města Austrálie.⁴¹

„Oprávnění rozhodce jednat jako mediátor, konciliátor nebo jiný nerozhodující prostředník

(1) Rozhodce může v řízení v souvislosti se sporem, který panuje mezi stranami rozhodčí smlouvy, jednat jako mediátor (mediační řízení), pokud

(a) rozhodčí smlouva umožňuje rozhodci jednat jako mediátor v mediačním řízení (ať již před, či po zahájení rozhodčího řízení a ať již bude současně probíhat rozhodčí řízení či nikoliv); nebo

(b) všechny strany vydají písemný souhlas s tím, aby tak rozhodce jednal.

(2) Rozhodce jednající jako mediátor -

(a) může se stranami jednat společně i odděleně;

(b) musí s informacemi, které získá od strany, s níž jednal odděleně, nakládat jako s důvěrnými, pokud taková strana nesouhlasí s jiným postupem nebo pokud rozhodčí smlouva upravující mediační řízení nestanoví jinak.

(3) Mediační řízení sporu končí, pokud

(a) strany sporu souhlasí s ukončením sporu; nebo

(b) kterákoliv ze stran vezme zpět svůj souhlas s tím, aby rozhodce jednal v řízení jako mediátor; nebo

(c) rozhodce řízení ukončí.

(4) Rozhodce, jenž jednal jako mediátor v již skončeném mediačním řízení, nemůže následně vést rozhodčí řízení o sporu bez písemného souhlasu všech stran daného při nebo po skončení mediačního řízení.

(5) Pokud strany souhlasí podle odstavce (4), nemůže být následně vznesena žádná námitka v souvislosti s vedením následného rozhodčího řízení rozhodcem toliko na základě toho, že rozhodce předtím jednal jako mediátor v souladu s tímto článkem.

(6) Pokud strany neudělí souhlas podle odstavce (4), mandát rozhodce se považuje za skončený podle ustanovení článku 14 a náhradní rozhodce je ustanoven podle článku 15.

(7) Pokud rozhodce obdrží důvěrnou informaci v rámci mediačního řízení, jak je předvídáno v odstavci (2) (b), a mediační řízení je skončeno, rozhodce musí předtím, než bude následně pokračovat rozhodčím řízením týkajícím se téhož sporu, oznámit

³⁹ Anglický překlad dostupný online na <http://www.nadr.co.uk/>.

⁴⁰ *Model Commercial Arbitration Act 2013*

⁴¹ Naposledy přijal relevantní legislativu Queensland. Srovnej MACPHERSON, H. – MCWILLIAMS, A.: *Choose your own Adventure: The New Commercial Arbitration Act 2013* (QLD), 2013, online text dostupný přes <http://www.lexology.com/>, poznámka pod čarou č. 1.

všem stranám rozhodčího řízení všechny informace, jež považuje za relevantní pro rozhodčí řízení.

(8) V tomto článku zahrnuje označení mediátor také konciliátora a jiného nerozhodujícího prostředníka mezi stranami.⁴²

S kritikou se setkává zejména povinnost med-arbitra oznámit stranám všechny relevantní informace, jež během mediační fáze získá od stran. Na jednu stranu jde o pochopitelnou snahu vyrovnat se s problematikou oddělených jednání, jež jsou v mediaci běžné a v arbitráži nepřijatelné.⁴³ Na druhou stranu jsou tak vlastně strany odrazovány, aby mediátorovi cokoliv důvěrného sdělovaly. V praxi by se tak mnohem lépe uplatnil model, kdy by k separátním jednáním vůbec nedocházelo a kdy by všichni zúčastnění zůstali v místnosti přítomní po celou dobu. Zkušený mediátor jistě dovede strany ke smíru i bez tohoto nástroje a jakékoliv pochybnosti by tak byly odstraněny.

Dalším problémovým bodem je odstavec (4). Ten vlastně zbytečně komplikuje průběh MED-ARB řízení, když po skončení první fáze vyžaduje souhlas s tím, aby rozhodce jednal i v druhé fázi. Jak již bylo řečeno výše, takový souhlas by měl být dán hned na začátku řízení, aby se předešlo účelovým zneužíváním nutného souhlasu.

4.4 Pokyny IBA pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži

Problematicke mediace v kombinaci s rozhodčím řízením a následkům takového spojení ve vztahu k nestrannosti a nezávislosti rozhodce se věnují také *Pokyny IBA pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži*. Pokyny k tomu konkrétně dodávají v souladu s obecným principem č. 4:

„(d) Rozhodce je oprávněn pomáhat stranám při řešení jejich sporu smírnou cestou, a to v jakékoliv fázi řízení. Avšak předtím, než tak učiní, musí strany výslovně projevit souhlas, že takové jednání mu nebude bránit ve výkonu funkce rozhodce v daném rozhodčím řízení. Takový výslovný souhlas je považován za účinné zřeknutí se jakékoliv námitky potencionálního střetu zájmu, který by mohl z takového působení v daném řízení vzejít nebo který by mohl souviset s informacemi, jež se rozhodce dozvěděl během tohoto procesu. Strany jsou takovým zřeknutím vázány i v případě, že působení rozhodce v dané věci nevede k uzavření smíru. I navzdory této dohodě by měl ovšem rozhodce v souladu s Obecným principem 2(a) rezignovat, pokud sám následkem své účasti ve smířčím řízení nabude pochyby o schopnosti zůstat v dalším průběhu rozhodčího řízení nepodjatý a nezávislý.“

Podle pracovní skupiny byl tento princip do Pokynů implementován z důvodu nejednoty přístupů jednotlivých právních řádů ohledně role rozhodčího tribunálu při dosahování smíru stranami. To je ostatně důvod, proč Pokyny vyžadují v takovém případě informovaný souhlas stran k takovému postupu, a to již před jeho zahájením. Na druhou stranu právě takový souhlas by měl představovat efektivní zřeknutí se námitek ohledně případného střetu zájmu. Není bez zajímavosti, že Pokyny vyžadují pouze tzv. výslovný souhlas, ačkoliv připouštějí, že některé právní

⁴² Anglická verze dostupná online např. z <http://www.austlii.edu.au/>.

⁴³ GOODRICH, op. cit., s. 6.

řády požadují souhlas písemný, jak bylo ukázáno výše. Z pohledu Pokynů je dostatečné, pokud je takový souhlas zaznamenán v zápisu či přepisu slyšení.⁴⁴

Pracovní skupina⁴⁵ dále dodává, že z důvodu zabránění manipulace s celkovým výsledkem mediačního řízení ze strany sporných stran, je do Pokynů vloženo pravidlo o zřeknutí se námitky předpojatosti rozhodce toliko na základě jeho předchozího působení ve sporu. Toto prohlášení pak logicky zůstává v platnosti, kdy mediaci selže a nastupuje rozhodčí řízení.

Riziko související se sdělenými informacemi tak zůstává výhradně na stranách a je tedy podle Pokynů rolí stran a zejména jejich právních zástupců zvážit, které z nich med-arbitrovi sdělit a které nikoliv. Nakonec Pokyny ještě nabádají, aby vzhledem ke specifičnosti funkce rozhodce v dané situaci strany zvážily, zdali neupraví podrobným způsobem pravomoci konkrétního rozhodce, jenž bude vykonávat roli mediátora. Takové doporučení lze pouze podpořit.

5. Závěr

Podle některých autorů je užití kombinace mediaci a arbitráže v rozporu se základními premisami těchto dvou způsobů řešení sporů.⁴⁶ Do jisté míry je toto tvrzení pravdivé. Mediaci a arbitráž spolu mají skutečně společné snad jen to, že v obou případech jde o mimosoudní způsoby řešení sporů. Na druhou stranu to neznamená, že nemohou být využity současně. Tak jako voda a oheň, které se vzájemně nesnášejí, svojí kombinací vytvoří páru, která svého času hýbala světem. I hybridní modely mohou při opatrném nakládání nabídnout velký prospěch všem zúčastněným stranám sporu.

Koneckonců i současná praxe dává tomuto tvrzení zapravdu, když okolo 60% všech arbitráží končí smírným řešením.⁴⁷ Přes množství kritiky a protiargumentů lze bez nadsázky konstatovat, že se ARB-MED a MED-ARB pevně zakotvily jako alternativní způsoby řešení sporů a jejich počet narůstá. Stejně tak se zvyšuje množství právních předpisů, které na tuto realitu reagují.

To, zdali si z mediaci a arbitráže vzaly tyto hybridní systémy jen to nejlepší, však do jisté míry závisí na osobě neutrálního třetího, jenž jako centrální bod tuto kvalitu ovlivňuje.

Kontakt

svatosmartin@forarb.com

⁴⁴ Viz *Pokyny pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži, Vysvětlení k Obecnému principu 4*, český překlad dostupný online na <http://forarb.com>.

⁴⁵ Členy pracovní skupiny pro přípravu Pokynů byli kupříkladu John Beechey, Emmanuel Gaillard, Bernard Hanotiau, Michael Hwang, Albert Jan van den Berg, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Klaus Sachs a mnozí další.

⁴⁶ Srovnej kupříkladu výroky místopředsedy CI Arb Jeffreyho Elkinsona, dostupné online na <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29833/london-problems-med-arb-8211-keeneye-open-eyes>.

⁴⁷ BERGER, op. cit., ss. 387, 398.

K niektorým teoretickým, legislatívnym a aplikačným problémom rozhodcovského konania v Slovenskej republike.

Abstrakt

Autor sa v príspevku zaoberá niektorými teoretickými, legislatívnymi a aplikačnými problémami rozhodcovského konania. Na základe analýzy konkrétnych rozhodnutí z praxe poukazuje na možnosti ochrany zákonnosti a ústavnosti v rozhodcovskom konaní, ako aj na zneužívanie liberálnej právnej úpravy zakladania stálych rozhodcovských súdov. Súčasťou príspevku sú aj nové trendy v súvislosti s ochranou spotrebiteľa v rozhodcovskom konaní. Záver príspevku je venovaný úvahám de lege ferenda. Autor navrhuje riešenia na zvýšenie kontroly a zodpovednosti rozhodcovských súdov.

Abstract

In this article the author deals with some theoretical, legislative and application problems of arbitration. Based on the analysis of specific court decisions from praxis, the author mentions possibilities of protection legality and constitutionality in arbitration, as well as liberal legislation for the establishment of permanent arbitration courts. One of the parts of the article are new trends in consumer protection in arbitration. The conclusion is devoted to considerations de lege ferenda. The author recommends solutions for the enhancement of the control and responsibility of arbitration courts.

Úvod

Rozhodcovské konanie by malo byť dôležitou alternatívou rozhodovania majetkových sporov vzniknutých z občianskoprávných a obchodnoprávných sporov. Hlavnou prednosťou rozhodcovských súdov oproti všeobecným súdom by mala byť predovšetkým ich rýchlosť rozhodovania. Zámerne používam v predchádzajúcich vetách podmienovací spôsob. Nie vždy sa tieto dobre mienené zábery podaria

* Tento príspevok bol napísaný v rámci riešenia grantu podporovaného Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-0340-10“.

zákonodarcovi pretransformovať do takej zákonnej podoby, kde by existovali reálne záruky uplatnenia predností rozhodcovského konania. Navyše akoby sa ani nepredpokladalo, že aj rozhodcovské konanie nemôže existovať bez vonkajšej kontroly a zodpovednosti, ak má byť širšou súčasťou právnych záruk práva na súdnu a inú právnu ochranu ako to majú na mysli články 46 až 48 Ústavy SR. Treba si totiž uvedomiť v akom prostredí sa nachádzame. Novodobá podnikateľská sféra má mimoriadnu invenciu právo obchádzať a zneužívať. Príkladov aj v rámci rozhodcovského konania by sme našli viacero. Liberalizácia zakladania rozhodcovských súdov viedla k veľkému počtu novozaložených stálych rozhodcovských súdov, žiaľ, aj na úkor kvality rozhodovania. Ide o jeden z učebnicových príkladov toho, že samotné množstvo subjektov na trhu a konkurencia neznamená automaticky aj zvýšenú úroveň, v tomto prípade rozhodovania. Navyše si treba uvedomiť, že o týchto sporoch môžu rozhodovať aj neprávnici. Zákon totiž nestanovuje žiadne podmienky týkajúce sa vzdelania pre výkon funkcie rozhodcu. Zákonný *predpoklad* „*má skúsenosti na výkon funkcie rozhodcu*“ je obsahovo neurčitý. Podľa § 6 ods. 1 zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších predpisov „*Rozhodcom sa môže stať každá fyzická osoba, na ktorej sa zmluvné strany dohodnú, ak je plnoletá, spôsobilá na právne úkony v plnom rozsahu, má skúsenosti na výkon funkcie rozhodcu a je bezúhonná a ak osobitný predpis alebo tento zákon neustanovuje inak.*“ Zákonodarca síce novelou č. 71/2009 Z. z., ktorou sa mení a dopĺňa zákon č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení zákona č. 521/2005 Z. z. a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov v znení neskorších predpisov doplnil ustanovenie § 6a nasledovne: „*Kto prijme funkciu rozhodcu, zaväzuje sa, že ju bude vykonávať nestranne a s odbornou starostlivosťou tak, aby bola zabezpečená spravodlivá ochrana práv a oprávnených záujmov účastníkov a aby nedochádzalo k porušovaniu ich práv a právom chránených záujmov a aby sa práva na ich úkor nezneužívali.*“, ale ani toto sa neukázalo ako dostatočný nástroj na zvýšenie rozhodovacej úrovne.

Často vznikli a vznikajú rozhodcovské súdy, ktoré by sme mohli nazvať súdmi založenými podnikateľským subjektom ad hoc na jedno použitie. Založené na účelové riešenie sporov vlastnej firmy alebo spoločností kapitálovo či personálne prepojených.¹ Niektoré sa skrývajú za klamlivé názvy, ktoré vyvolávajú dojem ich serióznosti, veľkosti, prepojenia na európske štruktúry či podnikateľské komory, hoci ich zakladateľmi sú spoločnosti s ručením obmedzeným často s najnižším základným imanom aké zákon dovoľuje. Takýmto konaním sa dlhodobo degraduje a znižuje úroveň rozhodcovského súdnictva, prehľbuje sa nedôvera verejnosti k súdnictvu ako celku. Konštatovanie nedôvery v súdnictvo zo strany verejnosti sa spája s reálnym pocitom nedostatočnej miery ochrany ohrozeného alebo porušeného práva. Pretrvávajúci tento problém vážnym spôsobom „kompromituje“ vnímanie právneho štátu, ako jedného z pilierov moderného demokratického štátu a zároveň

¹ Podľa § 1 ods. 1 zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších predpisov „Tento zákon upravuje

a) rozhodovanie majetkových sporov vzniknutých z tuzemských a z medzinárodných obchodnoprávných a občianskoprávných vzťahov, ak je miesto rozhodcovského konania v Slovenskej republike“

skutočnej záruky ochrany práv a slobôd. Rovnako tým trpia seriózne, dlhodobo pôsobiace rozhodcovské súdy, ktoré sú založené pri renomovaných komorách či obchodných spoločnostiach a vyberajú si za rozhodcov skúsených právnikov.

Nemôžeme rezignovať na tento stav, ale naopak je potrebné odhaľovať nedostatky a hľadať riešenia. Aktuálnych problémov v súvislosti s činnosťou rozhodcovských súdov môžeme nájsť niekoľko, nie všetky sa nám podarí rozobrať v tomto príspevku. Preto odkazujem aj na literatúru, ktorá čiastočne už tieto niektoré nedostatky platnej právnej úpravy pomenúva a navrhuje riešenia.² Okrem toho je potrebné spomenúť pripravovanú novelizáciu zákona o rozhodcovskom konaní, ktorá reaguje na niektoré vzniknuté problémy. Ako vyplýva z predkladacej správy k novele zákona o rozhodcovskom konaní významným aspektom urýchľujúcim zmenu predmetného zákona bola aj nutnosť samostatného riešenia úpravy rozhodcovského konania v spotrebiteľských sporoch, kde za posledné obdobie expandoval výskyt negatívnych skúseností s činnosťou rozhodcovských súdov.

1. Ochrana ústavnosti a zákonnosti rozhodcovského konania

Už počas platnosti predchádzajúceho zákona č. 218/1996 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších predpisov odborná literatúra zdôrazňovala, že rozhodcovské konanie sa má riadiť princípmi ústavnosti a zákonnosti.³ Ochrana zákonnosti sa realizuje možnosťami nápravy rozhodnutí rozhodcovských súdov všeobecnými súdmi. Aj v súčasnosti platiaci zákon č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o rozhodcovskom konaní“) presne špecifikuje, kedy prichádza do úvahy preskúmanie rozhodcovského rozhodnutia v ustanovení § 40 ods. 1.⁴ Zákonodarca

² VOJČÍK, P. Právomoc rozhodcovského súdu. In BSA č. 1, 2005, s. 6-15; ŠKRINÁR, A. Aktuálne otázky rozhodcovského konania. In BSA č. 12, 2006, s. 6-16; PALKOVÁ, T. Vybrané problémy rozhodcovskej zmluvy (so zvláštnym zreteľom na oblasť sporov zo spotrebiteľských zmlúv). In Justičná revue č. 2, 2009, s. 225-235; MAGÁL, J. – KUPINA, S. Rozhodcovské doložky v spotrebiteľských zmluvách. In Justičná revue č. 4, 2008, s. 616-628; CSACH, K. Prieskum rozhodcovských rozsudkov Ústavným súdom. In Právo – obchod – ekonomika. UPJŠ, Košice, 2011, s. 386.

³ MAZÁK, J. Rozhodcovské konanie s osobitným zreteľom na Občiansky súdny poriadok a občianskoprávny súd. In Justičná revue č. 10, 1996, s. 1

⁴ Podľa § 40 ods. 1 „(1) Účastník rozhodcovského konania sa môže žalobou podanou na príslušnom súde domáhať zrušenia tuzemského rozhodcovského rozsudku, len ak
a) rozhodcovský rozsudok bol vydaný vo veci, ktorá nemôže byť predmetom rozhodcovského konania (§ 1 ods. 3),
b) rozhodcovský rozsudok bol vydaný vo veci, o ktorej už predtým právoplatne rozhodol súd alebo sa o nej právoplatne rozhodlo v inom rozhodcovskom konaní,
c) jeden z účastníkov rozhodcovského konania popiera platnosť rozhodcovskej zmluvy,
d) sa rozhodlo o veci, na ktorú sa rozhodcovská zmluva nevzťahovala, a účastník rozhodcovského konania túto okolnosť v rozhodcovskom konaní namietať,
e) účastník rozhodcovského konania, ktorý musí byť zastúpený zákonným zástupcom, nebol takto zastúpený alebo v mene účastníka rozhodcovského konania vystupovala osoba, ktorá nebola na to splnomocnená a jej úkony neboli ani dodatočne schválené,
f) sa na vydanie rozhodcovského rozsudku zúčastnil rozhodca, ktorý bol rozhodnutím podľa § 9 vylúčený pre predpojatosť alebo ktorého vylúčenie účastník rozhodcovského konania pred vydaním rozhodcovského rozsudku nie zo svojej viny nemohol dosiahnuť,

oproti predchádzajúcej právnej úprave okrem terminologického spresnenia podmienok na zrušenie rozhodcovského rozsudku ich rozšíril o dva dôvody:

- bola porušená zásada rovnosti účastníkov rozhodcovského konania,
- pri rozhodovaní boli porušené všeobecne záväzné právne predpisy na ochranu práv spotrebiteľa.

Ochrana ústavnosti má vzhľadom na súkromnoprávnú povahu rozhodcovského konania určité osobitosti. Podľa článku 46 ods. 1 Ústavy SR „Každý sa môže domáhať zákonom ustanoveným postupom svojho práva na nezávislom a nestrannom súde a v prípadoch ustanovených zákonom na inom orgáne Slovenskej republiky“.

V zmysle judikatúry Ústavného súdu SR, štát umožnil delegáciu súdnej moci zo súdu na nesúdny orgán zložený zo súkromných osôb – rozhodcov. Takouto možnosťou sa však štát nemôže zbaviť svojho pozitívneho záväzku zabezpečiť základné právo na súdnu a inú právnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy SR a právo na spravodlivý súdny proces podľa čl. 6 Dohovoru.⁵

V súvislosti s otázkou ochrany ústavnosti a zákonnosti vyvstáva otázka aké právne prostriedky má však podnikateľ na rozhodcovskom súde, ak tento dlhodobo bezdôvodne nekoná? Možno absurdná predstava, na ktorú by sa dalo odpovedať, prečo by súd nemal konať? Je predsa záujmom každého rozhodcovského súdu, aby rýchlosťou konania, výškou poplatkov a kvalitou rozhodovania pritiahol nové subjekty k alternatívnemu riešeniu sporov a budovaniu si svojho dobrého mena. Žiaľ, niektoré prípady z praxe nás presvedčajú o opak. Aj keď rozhodcovský súd nekoná aj niekoľko rokov, platná právna úprava neposkytuje dotknutej osobe počas vedenia sporu takmer žiadnu ochranu voči nečinnosti rozhodcovského súdu. Zákon o rozhodcovskom konaní nemá žiadne inštitúty, ktoré by dotknutému subjektu umožnili účinne bojovať z priet'ahmi v rozhodcovskom konaní. V praxi sa stal prípad, kedy rozhodcovský súd nekonal takmer tri roky. Potom síce vyniesol rozhodcovský rozsudok, ale až neskôr sa ukázalo, že nedoručil protistrane na vyjadrenie stanovisko, čo bolo podľa všeobecného súdu dôvodom na zrušenie tohto rozsudku, lebo bola porušená zásada rovnosti účastníkov rozhodcovského konania. Preto žalobca podal identickú žalobu, o ktorej nerozhodol rozhodcovský súd ani po roku a pol, hoci išlo o identický spor, o ktorom už rozhodoval. Žalobca sa preto rozhodol obrátiť na Ústavný súd SR so sťažnosťou na priet'ahy v konaní.

Ústavný súd SR vo svojom náleze pripomenul⁶, že podstata rozhodcovského konania spočíva v mimosúdnom riešení sporov, pričom samotné rozhodcovské konanie je alternatívou konania popri všeobecných súdoch. Jeho významnými prednosťami oproti konaniu pred všeobecnými súdmi je flexibilita a rýchlosť konania, jeho neformálnosť a nižšie trovy konania. Pri tomto konaní zákon počíta

g) bola porušená zásada rovnosti účastníkov rozhodcovského konania (§ 17),

h) sú dôvody, pre ktoré možno žiadať o obnovu konania podľa osobitného zákona (§238-235 OSP pozn. autora), alebo

i) bol rozhodcovský rozsudok ovplyvnený trestným činom rozhodcu, účastníkov konania alebo znalca, za ktorý bol právoplatne odsúdený,

j) pri rozhodovaní boli porušené všeobecne záväzné právne predpisy na ochranu práv spotrebiteľa.

⁵ III. ÚS SR 162/2011, III. ÚS SR 95/2010

⁶ I. ÚS SR 143/2013.

s minimálnymi zásahmi všeobecných súdov do výsledkov rozhodovacej činnosti rozhodcovských súdov, pretože v súlade s § 40 zákona o rozhodcovskom konaní možno tuzemský rozhodcovský rozsudok napadnúť žalobou na príslušnom všeobecnom súde len z taxatívne vymedzených dôvodov, ktoré spočívajú v dodržiavaní zákonnosti. Aj keď toto rozhodcovské konanie možno označiť za menej zložitú procedúru, než aká je vlastná konaniu pred všeobecnými súdmi, je v rámci neho nevyhnutné dodržiavať zásady spravodlivosti a zákonnosti. V tejto súvislosti je potrebné poukázať aj na § 51 ods. 3 zákona o rozhodcovskom konaní, podľa ktorého ak tento zákon neustanovuje inak, subsidiárne sa aplikujú ustanovenia generálnej právnej normy upravujúcej civilný proces. Danou právnou normou je Občiansky súdny poriadok.⁷ Podľa názoru ústavného súdu nevyplýva aplikovateľnosť čl. 46 ods. 1 Ústavy SR na postup rozhodcovského súdu a všetky rozhodnutia vydané v rámci rozhodcovského konania. V tejto súvislosti ústavný súd upriamil svoju pozornosť na charakter a podstatu rozhodcovského konania. Jedným z predpokladov založenia právomoci rozhodcovského súdu je jeho zmluvný základ (§3 zákona o rozhodcovskom konaní). Na základe zmluvy súkromnoprávneho charakteru alebo rozhodcovskej doložky sa strany slobodne a vážne rozhodnú riešiť spory, ktoré medzi nimi vznikli alebo vzniknú v určenom zmluvnom alebo v inom právnom vzťahu. Uzavretím rozhodcovskej zmluvy alebo rozhodcovskej doložky sa strany dobrovoľne a vedomo vzdávajú práva na súdnu ochranu vykonávanú prostredníctvom všeobecných súdov a zverujú ju rozhodcovskému súdu, ktorý je súkromnoprávnou osobou, pretože ho nemožno vzhľadom na jeho účel a charakter bez ďalšieho zaradiť k orgánom verejnej moci.⁸

Ústavný súd ďalej konštatoval, že strany rozhodcovskej zmluvy si musia byť vedomé možných negatívnych dôsledkov svojho rozhodnutia uprednostniť riešenie medzi nimi vzniknutých sporov prostredníctvom súkromnoprávnej osoby – rozhodcovského súdu pred súdnym orgánom Slovenskej republiky, čím sa ich základné právo na súdnu ochranu v istom zmysle stáva okliešteným rozsahom vyplývajúcim, ako už bolo uvedené, z § 40 zákona o rozhodcovskom konaní.⁹

Podľa názoru ústavného súdu rozhodcovské konanie nadobúda verejnoprávny rozmer až momentom meritórneho rozhodnutia rozhodcovského súdu – rozsudku, keď právny poriadok Slovenskej republiky rozhodcovskému rozsudku pripisuje vlastnosť vykonateľnosti a zároveň je aj exekučným titulom. Do tohto okamihu je toto konanie vo sfére rozhodcovského súdu a má charakter súkromnoprávneho vzťahu.¹⁰

V posudzovanom prípade sťažovateľ napádal postup rozhodcovského súdu, ktorý v jeho veci nekoná bez prietahov, teda jeho právna vec sa nachádza v štádiu pred vydaním meritórneho rozhodnutia. V tejto súvislosti ústavný súd konštatuje, že viaceré aspekty rozhodcovského konania sú upravené priamo v zákone o rozhodcovskom konaní, z ktorého súčasne vyplýva jeho konsenzuálny základ. Podľa § 26 ods. 2 zákona o rozhodcovskom konaní, rozhodcovský súd pripravuje a vedie rozhodcovské konanie v súlade s pravidlami dohodnutými účastníkmi rozhodcovského konania. Ak sa nedospeje k dohode o pravidlách, rozhodca

⁷ III. ÚS SR 95/2010, II. ÚS SR 173/2010.

⁸ I. ÚS SR 143/2013.

⁹ Tamže.

¹⁰ III. ÚS SR 335/2010.

pripravuje a vedie konanie podľa svojej úvahy, vždy tak, aby sa skutkový stav zistil úplne, rýchlo a hospodárne. Podľa odseku 3 tohto ustanovenia stály rozhodcovský súd pripravuje a vedie rozhodcovské konanie podľa svojho rokovacieho poriadku. Vzhľadom na uvedený zmluvný základ vedenia rozhodcovského konania, a teda jeho rýdzo súkromnoprávny charakter, je vylúčená možnosť ústavného súdu zasiahnuť do vedenia rozhodcovského konania, a poskytnúť tak ochranu sťažovateľom označeným právam.

Ústavný súd vychádza z toho, že aj keď je možno rozhodcovské konanie označiť za menej zložitú procedúru, než aká je vlastná konaniu pred všeobecnými súdmi, aj v rámci neho je nevyhnutné dodržiavať zásady spravodlivosti, zákonnosti a tiež ústavnosti.¹¹ Na druhej strane ústavný súd vychádza z predpokladu, že ak po skončení jednoinštančného konania pred rozhodcovským súdom nie je žiadna účinná možnosť nápravy prostredníctvom všeobecných súdov je na mieste, aby do tohto procesu zasiahol aj ústavný súd.¹² Pokiaľ rozhodcovský súd v odôvodnení svojho rozsudku nesprávne aplikoval príslušné ustanovenie právnej normy, o ktoré oprel svoje právne závery postupoval nielen nelegitímne, ale zároveň tým porušil aj základné právo sťažovateľa na súdnu ochranu, konštatoval ďalej ústavný súd.¹³ Právo na spravodlivý proces zahŕňa aj právo účastníka na také odôvodnenie súdneho rozhodnutia, ktoré jasne a zrozumiteľne dáva odpovede na všetky podstatné právne a skutkovo relevantné otázky súvisiace s predmetom ochrany.

Ústavný súd SR týmito nálezmi stanovil jasný odkaz, že ochrana ústavnosti v rozhodcovskom konaní je podľa jeho názoru možná až po právoplatnom skončení rozhodcovského konania.

Ak pri všeobecných súdoch hľadáme čoraz väčšie možnosti kontroly a otvorenosti súdnictva, tak rozhodcovské súdnictvo sa ocitlo počas prebiehajúceho konania fakticky bez kontroly s minimálnou zodpovednosťou a navyše bez možnosti zoznámiť sa s rozhodovacou činnosťou týchto súdov.¹⁴ Aj keď v kontinentálnom

¹¹ III. ÚS SR 95/2010, III. ÚS SR 162/2011.

¹² PL. ÚS SR 14/2010.

¹³ Tamže.

¹⁴ Ustanovenie § 82a zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ktorý bol doplnený novelou uvedeného zákona č. 33/2011 Z. z.

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

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

systéme práva nie sú súdne rozhodnutia materiálnym prameňom práva, musia byť predvídateľné a stabilné. Inak povedané, aj od súdov kontinentálneho právneho systému vrátane rozhodcovských súdov sa očakáva určitá stabilita rozhodovania a garancia, že v podobných veciach súd rozhodne podobne a v rôznych rôzne. Ústavný súd ČR výstižne k tomuto problému uviedol: „*Ani špecifiká rozhodcovského konania nemôžu byť argumentom na tvrdenie, že rozhodca nemusí dbať na predvídateľnosť svojho rozhodnutia.*“¹⁵

2. Odklad vykonateľnosti rozhodcovského rozsudku

Ďalším problémom, na ktorý by som v tomto príspevku rád poukázal, je zákonná úprava možnosti odložiť vykonateľnosť rozhodcovského rozsudku a jej nepreviazanosť s inými právnymi predpismi najmä s exekučným poriadkom.

Ustanovenie § 40 ods. 1 zákona o rozhodcovskom konaní dáva všeobecnému súdu, ktorý rozhoduje o zrušení rozhodcovského rozsudku možnosť odložiť vykonateľnosť rozhodcovského rozsudku s viacerých dôvodov. Podmienkou pre odloženie vykonateľnosti je, že účastník musí podať návrh na odklad vykonateľnosti. Samotný odklad vykonateľnosti prichádza do úvahy tam, kde rozhodnutie založilo priamu subjektívnu povinnosť alebo právo, a ak dôvody na podanie žaloby svedčia o tom, že napadnutý rozhodcovský rozsudok môže byť zrušený. Všeobecné súdy rozhodujú príliš formalisticky, pričom veľmi často dochádza k povoleniu odkladu vykonateľnosti rozhodcovského rozsudku. Súdy prihliadajú najmä na tvrdenia, že nútený výkon rozhodnutia by spôsobil škody, a ak by súd v konaní o veci samej rozhodcovský rozsudok zrušil, došlo by k ťažko napravitelnému stavu. Ustanovenie § 40 ods. 1 pritom dáva len možnosť odložiť vykonateľnosť rozhodcovského rozsudku. Účastník musí podať návrh na odklad vykonateľnosti a musí taktiež pripojiť relevantné dôvody, ktoré by mali byť natoľko presvedčivé a dostačujúce, aby súd pristúpil k povoleniu odkladu. Podľa môjho názoru nestačí len všeobecné tvrdenie, že ak by došlo k nútenému výkonu, boli by spôsobené škody. Rozhodnutia súdov však idú opačným trendom. Ako príklad uvediem rozhodnutie Okresného súdu vo Zvolene, ktoré potvrdil Krajský súd v Banskej Bystrici.¹⁶ Na odklad vykonateľnosti stačilo súdu preukázanie, že odporca podal návrh na začatie exekučného konania a príslušný exekútor začal exekúciu doručením upovedomenia o začatí exekúcie navrhovateľovi. Je logické, že právoplatné a vykonateľné rozhodnutie, ktoré nie je dobrovoľne plnené, sa musí postúpiť na exekúciu exekútorovi. Samotné podanie návrhu exekútorovi, by nemalo byť dôvodom na takýto odklad. Súd musí prihliadať na vzájomné vzťahy

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

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

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

¹⁵ I. ÚS ČR 3227/07 zo dňa 08.03.2011

¹⁶ 13 C 27/2011 – 31.

jednotlivých, do úvahy pripadajúcich argumentov a ich úlohu v konkrétnom prípade vyvážiť s ohľadom na špecifikum danej kauzy, a nie tieto kritériá iba mechanicky aplikovať. Takýto prístup je zároveň prístupom modernej judikatúry, ktorá postupne nahrádza formálne legalistický pohľad na právo pohľadom, ktorým sa sudca usiluje poskytnúť najlepšie zargumentovanú odpoveď na právne a skutkové otázky, ktoré pred neho strany sporu predložia.¹⁷

V inom prípade z právnej praxe išlo o spor dvoch alternatívnych dodávateľov elektriny, pričom žalovaný nezaplatil žalobcovi za dodanú elektrinu. Rozhodcovský súd Slovenskej obchodnej a priemyselnej komory rozhodol, že žalovaný je povinný zaplatiť žalobcovi sumu 506 879,76 € a to 197 520,96 € z titulu nezaplatenia dodanej elektriny žalovaným a 309 358,80 € z titulu náhrady škody vo forme ušlého zisku.¹⁸ Žalovaný podal žalobu o zrušenie rozhodcovského rozsudku, pričom žiadal aj odklad vykonateľnosti. Ako dôvod na odklad vykonateľnosti uviedol, že prípadný výkon rozhodcovského rozsudku ako exekučného titulu a vymáhanie trov konania objektívne ohrozuje jeho majetkové práva ako aj všetky hospodárske aktivity a existenciu jeho spoločnosti. Prípadným vykonaním exekúcie podľa ďalšieho tvrdenia priamo vznikne značná škody ako aj ujma v podnikaní, nakoľko je ohrozená celá dodávka elektriny odberateľom.

Okresný súd Bratislava I posúdil dôvody navrhovateľa za natoľko dostačujúce, že odložil vykonateľnosť rozhodcovského rozhodnutia sp. zn. Rsp V-102/2010 až do právoplatného skončenia konania vo veci samej.¹⁹ Jednou vetou súd konštatoval, že prihliadol najmä na dôvody, že nútený výkon rozhodnutia, by spôsobil škody, ktoré by zasiahli v konečnom dôsledku najmä odberateľov navrhovateľa a v prípade, ak by súd v konaní vo veci samej rozhodcovský rozsudok zrušil, došlo by k ťažko napravitelnému stavu. Súd si teda v plnej miere osvojil tvrdenie žalobcu, že rozhodcovský rozsudok ohrozuje jeho majetkové práva a hospodárske aktivity. Išlo o všeobecné tvrdenia a môže ich na svoju účelovú obranu použiť každý podnikateľ. Inak povedané subjekt, ktorý neplnil riadne a včas, tvrdí, že riadne zaplatenie dlžnej sumy a spôsobenej škody ohrozuje jeho majetkové práva. Navrhovateľ pri svojom ďalšom odôvodnení odkladu vykonateľnosti vyslovene zavádzal súd, keď tvrdil, že je ohrozená jeho dodávka elektriny a jeho odberateľom by vznikla škoda. Odberatelia navrhovateľa by nezostali ani teoreticky bez elektrickej energie a nevznikli by im žiadne škody. Takúto situáciu výslovne riešia a predvídajú platné zákony a to konkrétne nariadenie vlády č. 317/2007 Z. z. ktorým sa ustanovujú pravidlá pre fungovanie trhu s elektrinou v znení neskorších predpisov.

Napriek takémuto odôvodneniu, Krajský súd v Bratislave rozhodnutie súdu prvého stupňa o odklade vykonateľnosti ako vecne správne v celom rozsahu podľa § 219 OSP potvrdil.²⁰ Tieto rozhodnutia pripomínajú tradičný pohľad na vzťah veriteľ – dlžník, pričom súdy často chránia toho nesprávneho. Tento absurdný stav kedy sa právom chráni dlžník a nie veriteľ kritizoval už významný, nemecký právny teoretik 19. storočia Rudolf von Ihering. Vo svojom diele „Boj za právo“ uviedol nasledovnú myšlienku: „*Naša jurisprudencia na ceste, ktorú nastúpil Justicián, rezko kráča d'alej.*

¹⁷ Nález Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 243/07.

¹⁸ Rsp V-102/2010

¹⁹ Uznesenie OS BA I sp. zn. 30 Cb/27/2011-65

²⁰ Uznesenie Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2 Cob/246/2011-85

*Verí, že nie veriteľ, ale dlžník je ten, koho sa treba ujať: radšej spôsobiť zjavné bezprávie stovke veriteľov, ako príliš prísne zaobchádzať s jedným dlžníkom“.*²¹

Takéto rozhodovanie súdov ohľadne vykonateľnosti rozhodnutia robí z rozhodnutí rozhodcovských súdov de facto neúčinný prostriedok ochrany práva. Kritiku si zaslúži v tomto prípade hlavne zákonodarca. Podľa § 61 zákona č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov v znení neskorších predpisov „*navrátenie do predošlého stavu je v exekučnom konaní vylúčené*“. Ak by prebehla exekúcia a všeobecný súd by právoplatne rozhodol o zrušení rozhodcovského rozsudku, navrátenie do predošlého stavu by bolo obtiažne, ale nie nemožné. Toto ustanovenie exekučného poriadku je nutné novelizovať v súvislosti s pripravovanou novelizáciou zákona o rozhodcovskom konaní. V praxi sa totiž často stáva, že sa zneužíva tento právny stav na predlžovanie konania. Účelovo sa popiera rozhodcovská zmluva už počas rozhodcovského konania, aby sa následne rozhodnutie príslušného rozhodcovského súdu napadlo z tohto dôvodu na súde žalobou o zrušenie rozhodcovského rozsudku.

3. Zodpovednosť rozhodcovského súdu a rozhodcu

Skôr ako začnem hovoriť o zodpovednosti rozhodcovského súdu treba podotknúť, že rozhodcovský súd nemôžeme považovať za orgán verejnej moci. Z toho vyplýva, že rozhodovaciu činnosť rozhodcovského súdu nemôžeme považovať za výkon verejnej moci. Takýto názor zastáva aj Ústavný súd SR a Ústavný súd ČR:

*„...Rozhodcovský súd síce nie je orgánom verejnej moci, ale podľa názoru ústavného súdu sa aj na odôvodnenie jeho rozsudkov primerane vzťahuje aj uplatňovanie a aplikácia čl. 6 ods. 1 dohovoru, pretože čiastočne vykonáva funkcie všeobecného (občianskoprávneho alebo obchodného) súdu.“*²²

*„...Senát rozhodcovského súdu, ktorý vo veci rozhodoval, bol ustanovený vôľou strán ad hoc a nemožno ho stotožňovať so senátom všeobecného súdu. Rozhodcovský súd je súkromnou osobou, ktorá je súdom len podľa názvu, nepatrí do sústavy súdov podľa zákona o súdoch a sudcoch, a ani nie je orgánom verejnej moci. Má povahu odbornej organizácie sprostredkujúcej služby pre osoby, ktoré chcú, aby rozhodca ich právny vzťah vyjasnil ...“*²³

Na základe vyššie uvedeného je zrejmé, že zodpovednosť za škodu spôsobenú rozhodcovským súdom a jeho rozhodcami sa nebude spravovať ustanoveniami zákona č. 514/2003 o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci alebo všeobecnými ustanoveniami občianskeho zákonníka o zodpovednosti za škodu.

Rozhodcovský súd nie je nositeľom verejnej moci, a to napriek skutočnosti, že rozhodcovský rozsudok môže byť exekučný titulom (§ 35 zákona č. 244/2002). Postavenie rozhodcu pri rozhodovaní sporu je treba odvíjať od rozhodcovskej zmluvy príp. rozhodcovskej doložky sui generis, ktorými strany sporu zhodnými prejavmi vôle derogujú právomoc všeobecných súdov. Založenie právomoci

²¹ IHRING v R. Boj za právo. Bratislava, Kalligram 2009, s. 102.

²² III. ÚS SR 162/2011-34

²³ IV. ÚS ČR 435/02

rozhodcovského súdu má teda výlučne súkromnoprávny charakter. Na tom nič nemení ani skutočnosť, že rozhodcovská zmluva alebo doložka môže byť uzavretá len pre okruh sporov vymedzených zákonom (§ 1 zákona č. 244/2002).

Zriaďovateľom rozhodcovského súdu je právnická osoba, ktorá rozhodcovský súd zakladá, ako aj hradí jeho všetky náklady. V právnej teórii sa uvádza, že rozhodcovia stálych rozhodcovských súdov rozhodujú v mene príslušného súdu a nie vo vlastnom mene, preto rozhodcovia nezodpovedajú za prípadnú škodu spôsobenú nezákonným rozhodnutím ani podľa predpisov súkromného práva.²⁴ K tomuto názoru korešponduje aj Rozsudok Najvyššieho súdu ČR, podľa ktorého „rozhodca rozhodcovského súdu nie je pasívne legitimovaný v žalobe na náhradu (tvrdenej škody) spôsobenej rozhodcovským nálezom“.²⁵

Vyššie uvedené tvrdenia však neznamenia, že by neexistovala žiadna možnosť vyodenia zodpovednosti voči rozhodcovskému súdu. Postupovalo by sa podľa § 420 Občianskeho zákonníka s nutnosťou preukázania porušenia právnej povinnosti. Teoretickú konštrukciu na vyodenie zodpovednosti teda máme, ale skúsme sa reálne pozrieť na faktickú vymožitelnosť takéhoto rozhodnutia. Rozhodcovské súdy nemajú v zákone stanovené limity na sumy, o ktorých môžu rozhodovať. Nie sú výnimočné prípady, kedy rozhodcovské súdy rozhodujú o stovkách či dokonca miliónoch eur. Môžeme reálne očakávať, že v prípade úspešnej žaloby nahradí škodu zriaďovateľ rozhodcovského súdu, ktorý nemusí mať iné príjmy ako príjmy z poplatkov z rozhodcovských konaní

4. Pripravované zmeny zákona o rozhodcovskom konaní a úvahy de lege ferenda

Je všeobecne známe, že v roku 2013 prebiehajú práce na novele zákona o rozhodcovskom konaní. Vytvorí sa samostatný zákon o spotrebiteľských rozhodcovských súdoch. Nie je žiadnym tajomstvom, že Európska komisia nás vyšetruje a kritizuje pre slabú ochranu spotrebiteľov už niekoľko rokov. Problém je v tom, že keď Slovák dlhuje peniaze pôžičkovej firme, má zvyčajne menej práv, než obyvateľ iného štátu EÚ.²⁶ Komisia tvrdí, že banky a pôžičkové firmy vymáhajú väčšinu dlhov cez rozhodcu, pričom naši úradníci priznávajú, že tieto procesy môžu byť neférové a často prebiehajú bez účasti spotrebiteľa.²⁷ Našu legislatívu a aj zákony je pritom potrebné skompatibilniť aj s judikatúrou Súdneho dvora EÚ. V rozsudku *Asturcom Telecomunicaciones SL c/a Cristina Rodriguez Noguiera* pod číslom C-40/08 súd riešil predbežnú otázku či sa má vnútroštátny súd zaoberať dohodnutou neprijateľnou podmienkou aj v prípade nekonania žalovaného. V tomto rozhodnutí Súdny dvor EÚ teda povedal, že vnútroštátny súd sa musí otázkou zaoberať, aby sa ubezpečil, že spotrebiteľ nebude neprijateľnou doložkou viazaný. Či ide o neprijateľnú doložku, musí súd vychádzať z § 53 ods. 1 OZ, podľa ktorého ak boli neprijateľné podmienky individuálne dojednané nepovažujú sa za neprijateľné podmienky. V samotnom návrhu zákona o rozhodcovskom konaní sa upravujú

²⁴ ŠKRINÁR, A. Problémy pri žalobách na zrušenie rozhodcovského rozsudku a uznávanie výkonu Rozhodcovských rozsudkov. In BSA č. 7-8, 2013, s. 55.

²⁵ Rozsudok Najvyššieho súdu ČR z 28. novembra 2007, sp. zn. 32 Cdo 1044/2005.

²⁶ Brusel: Slovenské súdy ľudí nechránia. SME, 1.8.2013, s. 10.

²⁷ Tamže.

mnohé nedostatky, na ktoré poukazovala teória a prax a spresňujú sa znenia jednotlivých ustanovení. Ide o niekoľko desiatok zmien a doplnení zákona. Medzi najdôležitejšie by som zaradil štyri okruhy otázok:

- a) Návrh zákona rozširuje možnosti uzatvárať rozhodcovskú zmluvu aj elektronickými prostriedkami, ktoré umožňujú zachytenie obsahu právneho úkonu a osoby, ktorá právny úkon urobila.
- b) Zriaďovateľom stáleho rozhodcovského súdu môže byť len záujmové združenie právnických osôb, občianske združenie, alebo komora zriadená zákonom alebo na základe zákona. Právnická osoba je povinná na svoje náklady zriadiť a udržiavať stály rozhodcovský súd, ak to ustanovuje osobitný predpis.
- c) Podrobne sa upravujú otázky vydania predbežného opatrenia pre potreby rozhodcovského konania. Zavádzajú sa dva druhy rozhodcovských predbežných opatrení: 1. Rozhodcovské predbežné opatrenie vydané v konaní za účasti a s možnosťou vypočutia druhej strany a 2. Rozhodcovské predbežné opatrenie vydané *ex parte*, teda bez toho, aby sa druhá strana mala možnosť k obsahu návrhu na vydanie predbežného opatrenia vopred vyjadriť. Výslovne sa uvádza možnosť, aby navrhovateľ predbežného opatrenia bol zaviazaný zložiť zábezpeku za náhradu ujmy, ktorá druhej strane môže v dôsledku vydania a plnenia povinností z predbežného opatrenia vzniknúť.
- d) Menia sa dôvody na podanie žaloby o zrušenie rozhodcovského rozhodnutia.²⁸

Podľa doterajšej právnej úpravy Ministerstvo spravodlivosti malo len jednu povinnosť, a to viesť evidenciu rozhodcovských súdov. Kompetencie Ministerstva

²⁸ Podľa navrhovaného § 40 ods. 1 „tuzemský rozhodcovský rozsudok môže byť zrušený príslušným súdom len na základe žaloby účastníka rozhodcovského konania podanej proti druhému účastníkovi rozhodcovského konania, ak

a) účastník rozhodcovského konania preukáže, že

1. nemal spôsobilosť uzavrieť rozhodcovskú zmluvu alebo rozhodcovská zmluva nebola uzavretá v súlade s právnym poriadkom, podľa ktorého sa na základe dohody zmluvných strán mala rozhodcovská zmluva uzavrieť, alebo ak takáto dohoda nebola uzavretá, podľa právneho poriadku Slovenskej republiky,

2. nebol riadne upovedomený o ustanovení rozhodcu alebo o rozhodcovskom konaní alebo mu nebolo umožnené sa zúčastniť na rozhodcovskom konaní,

3. rozhodcovským rozsudkom sa rozhodol spor, ktorý rozhodcovská zmluva nepredvídala alebo sa ním rozhodlo o veci, ktorá je podľa právneho poriadku, ktorým sa podľa dohody strán mala rozhodcovská zmluva uzavrieť, alebo ak takáto dohoda nebola uzavretá podľa tohto zákona, vylúčená z rozhodcovského konania; ak sa uvedený dôvod vzťahuje len na časť rozhodcovského rozsudku, súd zruší rozhodcovský rozsudok len v dotknutej časti,

4. rozhodcovský súd nebol ustanovený alebo rozhodcovské konanie neprebiehало spôsobom dohodnutým účastníkmi rozhodcovského konania alebo, ak sa táto dohoda neuzavrela, ak ustanovenie rozhodcovského súdu alebo priebeh rozhodcovského konania bol v rozpore s ustanoveniami tohto zákona, ak tieto skutočnosti mohli mať vplyv na rozhodnutie vo veci samej, alebo

b) súd zistí, že sú dôvody, pre ktoré by boli odopreté uznanie a výkon cudzieho rozhodcovského rozsudku aj bez návrhu účastníka podľa § 50 ods. 2 tohto zákona“.

spravodlivosti by som v tomto ohľade navrhoval rozšíriť aj vzhľadom na spomínané negatívne prípady svojvoľného konania či nekonania rozhodcovských súdov.

Podľa môjho názoru stále v tomto návrhu zákona chýbajú ustanovenia o možnosti domáhať sa disciplinárnej zodpovednosti rozhodcov. Účastník konania by mal mať právo podať Ministerstvu spravodlivosti SR sťažnosť na postup rozhodcu. Ak z predloženej sťažnosti by bolo zjavné, že konanie rozhodcu spĺňa znaky disciplinárneho previnenia, znaky ktorého by boli *expressis verbis* definované v zákone, ministerstvo by podalo návrh na začatie disciplinárneho konania. Disciplinárnymi previnením rozhodcu by mohli byť konania, ktoré sú v praxi najčastejšími :

- a) porušenie povinnosti postupovať v konaní nestranne a nezaujato,
- b) konanie rozhodcu, ktoré má za následok závažné priet'ahy v rozhodcovskom konaní,
- c) svojvoľné rozhodnutie rozhodcu.

Činnosť disciplinárnych senátov by organizačne a technicky zabezpečovalo Ministerstvo spravodlivosti SR. Ak disciplinárny senát zistí, že sa rozhodca dopustil disciplinárneho previnenia mohli by byť odstupňované disciplinárne opatrenia podľa závažnosti protiprávneho konania:

- a) napomenutie,
- b) dočasné pozastavenie výkonu funkcie rozhodcu a finančná pokuta,
- c) trvalé vyčiarknutie zo zoznamu rozhodcov.

Domnievam sa, že podobne ako pri všeobecných súdoch by mala existovať povinnosť rozhodcovských súdov zverejňovať všetky rozhodnutia na svojej webovej stránke. Išlo by jednak o verejnú kontrolu nad rozhodovacou činnosťou. Okrem toho kvalita súdnych rozhodnutí daného rozhodcovského súdu by to mohol byť pre podnikateľov jeden z faktorov pri rozhodovaní sa pre konkrétny rozhodcovský súd.

Záver

V príspevku som sa nielen snažil poukázať na niektoré problémy, ktoré sprevádzajú rozhodcovské konanie, ale aj hľadať riešenia. Rozhodcovské súdy vykonávajú rozhodovaciu právomoc riešením sporu podľa príslušných právnych noriem na základe právomoci delegovanej štátom. Ide o alternatívne súkromno-právne riešenie súdnych sporov, ktoré sa uskutočňuje na základe zmluvy účastníkov, v ktorom výsledkom je rozhodnutie záväzné pre účastníkov a vynútiteľné zákonnými prostriedkami. Nestačí však právnu úpravu zakotviť, ale je potrebné všímať si jej reálnu aplikáciu. Zákonodarca musí pružnejšie ako tomu bolo doteraz reagovať na impulzy z praxe, hlavne ak sa ukazuje, že procesy kontroly týchto súdov nie sú dostatočné. Možno sme sklamaní z praktickej aplikácie práva a nielen v tejto oblasti. Často máme dojem zo „zlyhania spravodlivosti“ a víťazstva bezcharakternosti a špekulantstva. Ak sa takémuto konaniu rýchlo nezabráni, získajú takéto subjekty sťažnú výhodu na úkor slušných podnikateľov. Toto konštatovanie platí dvojnásobne ak právo prekrúcajú tí, ktorí ho majú chrániť. Zmluvný charakter rozhodcovského konania neznamená absenciu zákonnosti a ústavnosti. V zmysle judikatúry Ústavného súdu SR, ktorú som už v článku použil a znovu ju zdôrazňujem pre jej nadčasový rozmer, štát umožnil delegáciu súdnej moci zo súdu na nesúdny

orgán zložený zo súkromných osôb – rozhodcov. Takouto možnosťou sa však štát nemôže zbaviť svojho pozitívneho záväzku zabezpečiť základné právo na súdnu a inú právnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy SR a právo na spravodlivý súdny proces podľa čl. 6 Dohovoru.²⁹

Úplne na záver si dovoľím vysloviť jedno želanie. Kto iný ako súdy majú hľadať zmysel a účel zákonov v ochrane slušného podnikateľa a celého podnikateľského prostredia. V opačnom prípade budeme na obdobie konca 20. a začiatok 21. storočia spomínať ako na obdobie, kedy sa oplátilo právo zneužívať, prekrúcať, obchádzať alebo aj úmyselne porušovať.

Kontakt

vozar@ak-vozar.sk

²⁹ III. ÚS SR 162/2011, III. ÚS SR 95/2010

Prof. h.c. doc. JUDr. Mária Bujňáková, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Niekoľko poznámok k daňovému zákonodarstvu¹

Abstrakt

Príspevok sa zaoberá aktuálnym stavom slovenskej daňovej legislatívy z pohľadu hodnotenia jej kvalitatívnych atribútov. Akcentuje niektoré jej negatívne charakteristiky, ako vysokú mieru a frekvenciu uskutočňovaných novelizácií, neprehľadnosť normotvorby, nedostatočnú snahu o primerané uplatnenie kritérií spravodlivosti a daňovej únosnosti i neprimeranú politizáciu daňovej normotvorby a jej destabilizujúci účinok.

Abstract

The paper deals with current situation in the Slovak tax legislation in terms of its qualitative attributes. It emphasizes some of the negative features, such as high degree and frequency of amendments made, opacity of legislative, lack of effort on the appropriate application of the criteria of equity and ability to pay, as well as excessive politicization of the tax law-making and its destabilizing effect.

„Aequum ius est non quo omnes usi sunt, sed quod omnibus latum est.“

(Rovnaké právo nie je to, ktoré všetci užívajú, ale to, ktoré bolo stanovené pre všetkých.)

Seneca ml.

Citáty menovaného autora zdôrazňujú ich aktuálnosť aj v dnešnej dobe. Je nutné podotknúť, že právo vo všeobecnosti nie je veľmi pozitívne vnímané, aj keď niekedy je to iba jednostranný pohľad, resp. konštatovanie. Na druhej strane musia existovať určité mantinely, ktorými spoločnosť vie zabezpečiť jednotlivé druhy potrieb. Popri iných nástrojoch je aj právo tým nástrojom, ktorý by mal byť garantom požadovaného vzniku, predpokladaného vývinu ale aj zániku každého spoločenského vzťahu, ktorý je garantovaný právnou normou.

¹ Príspevok vznikol ako čiastkový výstup v rámci riešenia projektov APVV č. 0263-10 "Efektívnosť právnych inštitútov a ekonomicko-finančných nástrojov v období krízových javov a situácií v podnikaní" a VEGA č. 1/1170/12 „Vplyv daňovej politiky EÚ na vnútroštátnu právnu úpravu v Slovenskej republike“.

Právny poriadok je regulačným systémom *sui generis*. Ako regulačné nástroje mu slúžia predovšetkým právne normy.² Právne normy sú spravidla vnímané ako objektívne podmienené všeobecné záväzné pravidla správania, vyjadrené v štátom stanovenej alebo uznanej forme, ktorých dodržiavanie je vynútiteľné štátnou mocou.³

5. Dane a daňová politika

Daňová politika je súčasťou rozpočtovej politiky štátu a zároveň je aj nástrojom hospodárskej politiky štátu. Môžeme skonštatovať, že je to vlastne súbor opatrení ktorými štát modifikuje daňovú sústavu. Daňová politika má svoje ciele a to ekonomické, politické i sociálne a ako nástroj na ich dosiahnutie sa využíva predovšetkým daňový systém. Daňová politika by mala byť predovšetkým stimulačná, teda taká ktorá podporuje rozvoj hospodárstva a podnikateľskú aktivitu. Pri uplatňovaní daňovej politiky je však potrebné zohľadňovať špecifiká daného štátu, a preto nie je možné v plnej miere aplikovať daňovú politiku iného štátu na naše podmienky. Každý štát má svoje špecifiká, určitý stupeň rozvoja, sociálnu skladbu, geografickú polohu a mnoho iných znakov a špecifik, ktoré sa musia rešpektovať aj v rámci daňovej politiky.

Daňová problematika je veľmi široká a zložitá. Zdaňovanie je v každej trhovej ekonomike často diskutovaný odborný problém ale i jedna z najfrekvencovanejších otázok zo strany verejnosti. K dosiahnutiu prosperity krajiny je nutná predovšetkým racionálna hospodárska politika štátu a pragmatická finančná politika. Pokiaľ štát chce svoju hospodársku politiku zamerať na určitú sledovanú oblasť, môže tak urobiť prostredníctvom cieľovo orientovaných politik, ktoré tvoria jej súčasť. Nezastupiteľnú úlohu má daňová politika, ktorej zameranie a ciele sa odvíjajú od hospodárskej politiky uplatňovanej štátom.⁴ Neoddeliteľnou súčasťou hospodárskej politiky je daňová politika ktorej predmet definujú niektorí autori ako uplatňovanie daňových zásad a opatrení tak, aby dane slúžili na presadzovanie ekonomických sociálnych a politických potrieb štátu.⁵ Podľa Schultzovej je daňová politika spojená s využívaním daní a ich nástrojov, ktoré slúžia na ovplyvňovanie makroekonomických i mikroekonomických procesov v ekonomike.⁶ Vo všeobecnosti sa odvíja od uplatňovania hospodárskej politiky. Napríklad v prípade reštriktívnej hospodárskej politiky dochádza k nárastu daňového zaťaženia a v prípade expanzívnej hospodárskej politiky k znižovaniu daňového zaťaženia. Cieľom daňovej politiky je uplatňovať daňové zásady a opatrenia tak, aby dane slúžili na presadzovanie ekonomických, sociálnych a politických cieľov štátu.⁷

² Bližšie pozri: KRECHT, J. *Právní systémy a jejich hloubková struktúra*. Právník 5/2002, s. 584.

³ BRÖSTL, A., KANÁRIK, I., DOBROVIČOVÁ, G. *Teória práva*. Košice : UPJŠ v Košiciach, 2004. s. 68.

⁴ BEŇOVÁ, E. a kol. *Financie a mena*. Bratislava : Iura Edition, 2005.

⁵ SCHULTZOVÁ, A. a kol. *Daňovníctvo*. Bratislava : Iura Edition, 2007. s. 117.

⁶ Tamtiež, s. 117.

⁷ SCHULTZOVÁ, A. a kol. *Daňovníctvo – Daňová teória a politika I*. Bratislava : Iura Edition, 2011. s. 11-12.

Podľa Siváka platí, že prevažnú časť verejných príjmov získava štát prostredníctvom daní, preto je rozhodujúci celkový výnos daní. Ak má byť tento čo najefektívnejší, je potrebné pri uplatňovaní daňovej politiky mať na pamäti predovšetkým vymedzenie predmetu príslušnej dane, stanovenie spôsobu výpočtu daňového základu a iné podstatné náležitosti daní.⁸ Ekonómovia nechápu úlohu daní len pasívne, to znamená ako zdroj peňažných príjmov pre verejné rozpočty, ale chápu aj ich aktívne pôsobenie na daňovníkov a celý ekonomický systém.

Tieto úvodné postrehy som vo svojom príspevku uviedla zámerne a to z dvoch dôvodov. Prvým dôvodom je skutočnosť, že problematika daní a daňového zákonodarstva vo veľkej miere je pertraktovaná predovšetkým v ekonomickej literatúre a druhým dôvodom je skutočnosť, že práve dane, daňové právo a daňový poriadok sú tie atribúty, ktorým by mala byť venovaná osobitná pozornosť právnej vedy. Som si vedomá skutočnosti, že ide o také atribúty práva, ktoré majú aj ekonomické znaky a vzájomne sa prelínajú, ale práve toto by malo byť dôvodom pre ich správne pochopenie, vnímanie, aplikáciu a aj rozhodovanie.

Dane existujú prakticky od obdobia vzniku organizačných foriem spoločnosti a ich vývoj súvisí s rozvojom štátu a s upevňovaním peňažného hospodárstva. Vývoj daní je odrazom zmien, ktorými prechádzala celá naša spoločnosť, odrazom zmien na fungovaní štátu, na hospodárstve, obchode, je odrazom chápania pojmov spravodlivosti a dobra.⁹

Dane predstavujú spoločenský fenomén, ktorý v sebe zahrňuje ekonomické, právne, sociálne, sociologické, morálne i psychologické aspekty.¹⁰ Predovšetkým prostredníctvom daní je možné ovplyvniť aj zdroje verejných rozpočtov. Keď vezmeme do úvahy skutočnosť, že daňové právo ako samostatné odvetvie práva v právnej teórii ešte vždy nemá primerané postavenie, bude nevyhnutné túto otázku nastroť na program dňa aj prostredníctvom všetkých dostupných spôsobov realizácie práva. Iba veľmi sporadicky sa objavujú názory na jeho významné miesto a často iba okrajovo v rámci odvetvia finančného práva. Pokiaľ si uvedomujeme jeho dôležitosť a význam, je nevyhnutné zadefinovať a zdôvodniť jeho jednotlivé inštitúty. Zároveň len poukazujem na skutočnosť, že aj súčasné obdobie konsolidácie verejných financií je poznamenané zmenami, ktoré do života prináša daňové právo.

Právo ako fenomén je vo svojej podstate nerozlučne spojené so spoločnosťou, v ktorej vzniká a pôsobí. Popri tejto podmienenosti práva spoločenským kontextom jeho existencie však môžeme identifikovať aj podmienenosť rozvoja spoločenských vzťahov platným a účinným súborom právnych noriem, ktoré sa v nej realizujú. Výsledkom je vzájomné pôsobenie spoločnosti a práva, čo je potrebné rešpektovať a zohľadniť pri ich bližšom skúmaní. Aktuálna celosvetová finančná kríza je vážnym zásahom aj v oblasti daňovej politiky na Slovensku. Slovenská republika prešla turbulentiami v oblasti daňového zákonodarstva, čo rozhodne neprosperovalo ani ekonomike ale ani právu.

Vychádzajúc zo základnej definície dane, mohli by sme definovať jej základné atribúty a následne poukázať najmä na tie otázky, ktoré sa ani prostredníctvom práva nevyriešili, resp. ich riešenie je príliš komplikované

⁸ SIVÁK, R a kol. *Verejné financie*. Bratislava : Iura Edition, 2007. s.181.

⁹ MEDVEĎ, J., NEMEC, J., a kol. *Verejné financie*. Bratislava : Sprint, 2011. s.185.

¹⁰ BABČÁK, V. *Slovenské daňové právo*. Bratislava : EPOS, 2012. s.24.

a nedosahuje tie výsledky, ktoré by sme očakávali, resp. také, ktoré by podstatným spôsobom ovplyvnili postavenie jednotlivých subjektov daňovo-právneho vzťahu. V súčasnej vede daňového práva je daň definovaná resp. charakterizovaná nasledovnými znakmi.¹¹

- Ide o peňažnú platbu (žiadna iná forma splnenia daňovej povinnosti neexistuje).
- Nenávratný charakter dane znamená, že žiadny subjekt, ktorý má daňovú povinnosť, nemá nárok na vrátenie protislužby.
- Daň sa považuje za platbu neekvivalentného charakteru. Znamená to, že zaplatením sa znižuje majetok povinného bez toho, aby bol ekvivalentne vyrovnaný zo strany štátu.
- Daň je v SR možné ukladať zákonom, alebo na základe zákona, čo vyplýva priamo z Ústavy Slovenskej republiky. Každá daň musí mať zákonný predpoklad, bez ktorého nie je možné daň vyberať.
- Daň je určená na úhradu štátnych a iných verejných potrieb, čo znamená, že je príjmom verejného rozpočtu.
- Daň je stanovená v určitej výške s určeným termínom splatnosti.

Všetky tieto znaky dane ako základného pojmu odrážajú jednotlivé inštitúty predovšetkým prostredníctvom práva. Právo je tým nástrojom, ktorým by sa mala zabezpečiť úloha štátu pri plnení jeho funkcií. Každá vláda má snahu dosiahnuť najvyššie daňové príjmy, ktoré jej zabezpečia plynulý chod štátu prostredníctvom úhrady nevyhnutných verejných výdavkov. Daňové zákony, ktorými si štát zabezpečuje jednotlivé príjmy, by mali mať také atribúty, ktorými sa dosiahnutie tohto cieľa môže aspoň priblížiť, ak už nie úplne dosiahnuť.

6. Vývoj daňovej politiky a legislatívy

Daňová legislatíva na Slovensku prešla od roku 1989 rôznymi zmenami a pokusmi o stabilitu a možno, že niekedy v začiatkoch aj medicínskou „terminológiou“ povedané pokus - omyl. Prvá dôležitá a zásadná zmena bola v rokoch 1992-1993, kedy sa prijali právne normy, ktoré už aspoň čiastočne odrážali zmenu hospodárskych a spoločenských pomerov. V tejto súvislosti je ešte potrebné podotknúť, že zákony prijaté v roku 1992 s účinnosťou od roku 1993 boli ešte koncipované a prijímané za spoločného štátu, ale počnúc 1.1.1993 vznikla samostatná Slovenská republika. Daňové zákony prijímané nesystémovo si vyžadovali časté novelizácie, nehovoriac už o podzákonných normách, ktoré neraz boli v rozpore s platnou právnou úpravou. Právne normy z oblasti daňového práva sa stali neprehľadnými, nehovoriac o ich častej novelizácii aj prostredníctvom iných právnych noriem. Časté zmeny a čiastočné a nesystémové úpravy ako aj rôznymi výnimkami poznamenaná legislatíva bola neraz novelizovaná ešte pred nadobudnutím účinnosti jednotlivých novelizovaných právnych úprav. V tomto procese transformácie hospodárstva nebolo jednoduché hľadať akceptovateľné

¹¹ Bližšie pozri: BABČÁK, V. *Slovenské daňové právo*. Bratislava : EPOS, 2012. s. 26-27, BUJŇÁKOVÁ M. *Je v Európe potrebná harmonizácia daní?* In ČERVENÁ, K., ROMÁNOVÁ, A., KARABINOS, M., KOČIŠ, M. (eds.) *Vybrané otázky daňovej politiky Európskej únie a jej členských štátov*. Košice: UPJŠ v Košiciach, 2013. s. 32.

hranice medzi verejnými a súkromnými financiami, medzi hľadaním optimálnej daňovej spravodlivosti a hospodárskeho rozvoja spoločnosti.

Podstatná zmena koncepcie daňovej politiky slovenskej republiky sa uskutočnila v roku 2003, čo bolo nevyhnutné nielen v dôsledku neprehľadnosti daňového práva ale súvisela aj so vstupom Slovenska do Európskej únie. Keď som v úvode spomenula, že daňová politika je odrazom hospodárskej politiky, musím podotknúť že aj odrazom politickej reprezentácie, keďže zákonodarnú moc má parlament, kde sa politika presadzuje. Zákonodarca si dal za cieľ zmenou právnej úpravy, ktorú pomenoval „daňová reforma“, dosiahnuť nasledovné ciele:

- sprehľadnenie daňových zákonov;
- zníženie priamych daní;
- zavedenie rovnej dane;
- posilnenie vlastných daňových príjmov obcí;
- stanovenie vlastných daňových príjmov VÚC;
- zavedenie nového systému horizontálneho finančného vyrovnávania;
- zabezpečenie prísneho, priameho, spravodlivého a efektívneho výberu daní;
- obmedzenie daňových únikov;
- zjednodušenie daňovej legislatívy;
- prehodnotenie uplatňovania sadzieb majetkových daní;
- daňovú stimuláciu pre podporu bytovej výstavby.

Uvedené ciele boli skutočne veľmi vzletne pomenované, ale pokiaľ išlo o ich realizáciu, to už bolo oveľa zložitejšie. V tejto súvislosti stačí len poznamenať, že k žiadnemu sprehľadneniu zákonov nedošlo a nielenže sa nesprehľadnili, ale ich aplikovanie v praxi bolo z dôvodu vysokej administratívy ešte náročnejšie. A už vôbec sa tu nedá hovoriť o daňovej reforme, nakoľko zmeny ktoré sa udiali boli zamerané predovšetkým na zavedenie jednotnej sadzby daní a z pohľadu práva ale aj ekonomiky nemôžeme hovoriť o daňovej reforme.

7. Požiadavky na kvalitu daňovej legislatívy

Nekladieme si za cieľ hodnotiť komplexne daňovú legislatívu, nakoľko nie sme kompetentní vo všetkých úrovniach, ale chceme poukázať najmä na právne aspekty daňového zákonodarstva. Zákon by mal byť jasný, stručný, stabilný. Tieto základné atribúty považujeme za tie ktoré by mohli podstatným spôsobom sprehľadniť daňové zákonodarstvo.

Známe sú štyri daňové kánony Adama Smitha, ktoré vyjadrujú zásadu spravodlivosti, určitosti, pohodlnosti platenia a efektívnosti.¹² Prvým kánonom sa hlásil k teórii tzv. „princípu prospechu“. Smith zdôrazňuje, že spravodlivé je, aby medzi druhmi dôchodku nebol rozdiel. Princíp určitosti je vnímaný podľa Smitha nasledovne. Daň, ktorú má každý jednotliviec platiť by mala byť stanovená presne, a nikdy nie ľubovoľne. Doba splatnosti, spôsob platenia a suma, ktorú má platiť, to všetko by malo byť platiteľovi a komukoľvek inému úplne jasné. Princíp pohodlnosti platenia je Smithom vnímaný nasledovne: Každá daň by sa mala vyberať vtedy

¹² SMITH, A. *Pojednání o podstatě a původu bohatství národu*. Praha: SNTL, 1958. s. 392-394.

a takým spôsobom, keď sa to platiteľovi najviacej hodí. Štvrtý daňový kánon poukazuje na skutočnosť, že každá daň by mala byť premyslene prepracovaná tak, aby občania platili čo najmenej nad to, koľko ona skutočne prináša do štátnej pokladne. Adam Smith (1723-1790) tieto štyri daňové kanóny už v tej dobe považoval za najlepšie riešenie. Aj keď jeho názory sú sčasti prekonané vývojom štátu a ekonomiky, treba podotknúť, že daňové kanóny A. Smitha majú miesto aj v súčasnej dobe a ich citácie v prácach ekonómov ale aj právnikov predurčujú ich aktuálnosť a čiastočne aj pravdivosť. Mali by byť alfou a omegou prijímania právnej úpravy v oblasti daňového práva.

Nachádzať optimálne vhodný a efektívny kompromis v realizácii daňovej politiky tak, aby prezentovala záujmy verejnosti a potreby štátu je veľmi zložitá a snáď nebudeme zveličovať, až nereálne. Do úvahy musíme zobrať všetky faktory, ktoré môžu ovplyvniť samotné daňové zákonodarstvo. K týmto kľúčovým faktorom, ktoré ovplyvňujú daňové zákonodarstvo môžeme zaradiť predovšetkým daňový systém a daňovú sústavu. Tieto dva pojmy sú odlišné aj keď navzájom sa môžu prelínať. Daňový systém predstavuje širší pojem ako daňová sústava. Pod daňový systém možno zaradiť:

- daňovú sústavu /sústavu daní/,
- právne a organizačne usporiadaný systém orgánov, ktoré zabezpečujú výkon správy daní a ďalšie súvisiace činnosti,
- systém nástrojov metód a pracovných postupov, ktoré uvedené orgány môžu realizovať.¹³

Tieto pojmy nie sú identické, pretože každý z nich vyjadruje iné vnútorné usporiadanie a členenie. Daňový systém by sme mohli charakterizovať ako komplex zdaňovania a z hľadiska členenia právnych noriem, ktoré ho upravujú, hovoríme o daňovom práve hmotnom a daňovom práve procesnom. Daňová sústava, už sme skonštatovali, že je zložkou daňového systému a je to teda sústava všetkých daní v krajine. Daňová sústava je pojem pre určitú skupinu daní, ktoré sa v konkrétnom štáte ukladajú a vyberajú.

Keď sme aspoň stručne zadefinovali daňovú sústavu, je treba podotknúť, že súčasná daňová sústava, tak ako je dnes právne zakotvená, vychádzala zo zákona o sústave daní.¹⁴ Tento mal pracovný názov „daňová ústava“, čo si myslíme, že malo svoje výhody a do určitej miery aj stabilitu pri zavádzaní nových daní. Tento zákon bol v roku 1999 zrušený, a to nepriamo zákonom č. 219/1999, ktorým sa menil a doplňal zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia niektoré ďalšie zákony. Táto právna úprava bola typickým príkladom zmien daňových zákonov, ktoré boli často novelizované a to nepriamo. Keď sme hovorili o daňovej ústave, z hľadiska aplikácie tohto zákona to znamenalo, že žiadne iné dane ako tie, ktoré v tom čase zákon umožňoval ukladať a vyberať nemohli byť prijímané v parlamente. Bola to právna záruka a právna istota, ktoré dane sa ukladajú a vyberajú. Zrušením tohto zákona sa otvoril priestor pre možnosť zavádzania aj iných daní, nakoľko tieto môžu byť zavedené do právneho poriadku samostatným

¹³ BABČÁK, V. *Slovenské daňové právo*. Bratislava : Epos, 2012. s. 33.

¹⁴ Zákon č. 212/1992 Zb. o sústave daní.

zákonem a nič im v tom nebrání, dokonca je to v súlade s Ústavou Slovenskej republiky.

Samotný daňový systém môže byť ovplyvňovaný viacerými faktormi, ktoré sú rozhodujúce pre komplexné zdaňovanie. Jedným z dôležitých faktorov je v poslednom období globalizácia, ktorá zasahuje do všetkých sfér života. Aj Slovenská republika nevyhnutne musí svoj daňový systém prispôbiť jednak vnútorným podmienkam v štáte ale aj vo vzťahu k Európskej únii a niektorým medzinárodným aspektom, ktoré musia byť vzaté do úvahy. Už sme spomínali Smithove daňové kánony, ktoré by aj dnes mali byť dobrým predpokladom pre dobré zákony.

Slovenské zákonodarstvo je poznamenané bojom medzi politickými reprezentáciami a bohužiaľ prenáša sa to najmä do parlamentu, ktorý by mal byť tvorcom dobrých a jednoduchých zákonov. V tomto príspevku nie je priestor pre všetky argumenty, ktoré nie sú rešpektované pri tvorbe nových zákonov, resp. pri ich zmenách. Z pohľadu daňového práva je potreba povedať, že by sme mali presadzovať takú právnu úpravu, ktorá by bola prínosom pre štát, spravodlivá a jednoduchá pre občana a zároveň vytvorila priestor pre konkurencieschopnosť ekonomiky aj vo vzťahu k zahraničiu. Je nám známe, že niektoré zákonitosti a obmedzenia sme zadefinovali vstupom do EÚ, ale oblasť priamych daní je dostatočnou príležitosťou pre naplnenie cieľov dobrého daňového práva.

Daňové zákony, či už hmotnoprávne alebo procesné, by mali spĺňať predovšetkým požiadavku efektívnosti, spravodlivosti, jednoduchosti a prehľadnosti a právnej istoty. Tieto základné atribúty daňových zákonov pri ich dodržaní by určite zabezpečili dostatočné zdroje pre fungovanie štátu a plnenie jeho funkcií.

Efektívnosť daní je dôležitým atribútom už pri príprave zákona. Štát musí zabezpečiť riadne spravovanie daňovej agendy, ale aj samotný výber daní. V súčasnosti tak často kritizované daňové úniky najmä pri správe nepriamych daní poukazujú na nedostatky v daňovej správe. Pri prijímaní daňových zákonov je nevyhnutné predpokladať všetky náklady, ktoré môže štát mať pri ich ukladaní, spravovaní a výbere. Tieto náklady ekonómovia definujú ako priame administratívne náklady a nepriame administratívne náklady.¹⁵ Priame administratívne náklady sú tie, ktoré štátna správa vynaloží na organizáciu daňového systému. Tieto priame náklady sa úmerne zvyšujú zložitosťou daňového systému, s počtom rôznych daní, daňových sadzieb, rôznymi výnimkami a úľavami, výnimkami pri platení, ale aj ďalšími okolnosťami. Nepriame administratívne náklady znáša súkromný sektor, ináč ich môžeme nazývať aj vyvolanými, nakoľko sú dôsledkom právnej úpravy. Ide o náklady spojené s daňovou povinnosťou na strane daňovníka, resp. platiteľa alebo lepšie povedané na strane povinného. Aj pri týchto nepriamych nákladoch je ich výška závislá od zložitosti právnej úpravy. Pri jednoduchých a prehľadných zákonoch sú tieto náklady minimalizované. Napríklad pri paušálnej dani by tieto náklady boli minimálne, naopak pri komplikovanej dani z príjmov a vedení agendy s tým súvisiacej budú náklady aj priame aj nepriame vyššie.

Požiadavka spravodlivosti v daňových zákonoch je veľmi zložitým a náročným problémom s ktorým sa stretávame už v staroveku a aj v stredoveku. Už vtedy to bol

¹⁵ Bližšie pozri: KUBATOVÁ, K. *Daňová teorie a politika*. Praha : Wolters Kluwer, 2010. s. 45 a nasl.

najdôležitejší daňový problém. Komplexne sa otázkou spravodlivosti zaoberal Adam Smith, kde jeho spomínané daňové kánony nesledujú len spravodlivosť medzi daňovníkmi podľa zákonnej výšky dane, ale rovnako vznik nespravodlivosti ktorá bola zapríčinená dôsledkom neurčitostí, ktoré boli obsiahnuté v zákone.¹⁶ Možno skonštatovať, že spravodlivosť v daňovom práve neexistuje. Z pohľadu práva, to, čo je spravodlivé pre štát ako mocenský orgán, nemusí byť spravodlivé pre povinné subjekty. Daňová spravodlivosť je pojem relatívny, a preto aj môžeme skonštatovať, že pokiaľ ide o dane, podľa nášho názoru neexistuje spravodlivosť. Len pre porovnanie, to, čo považuje štát za spravodlivé, nepovažuje za spravodlivé povinný subjekt, ktorého sa konkrétna daň týka. Spravodlivosť v daňovom práve je vnímaná v kontexte rovnakých podmienok pre rovnakú skupinu daňovníkov, resp. povinných osôb. Historicky najznámejším princípom spravodlivého zdanenia je princíp tzv. prospechu a princíp platobnej schopnosti.¹⁷ Spravodlivé zdanenie ani v kontexte tohto princípu neexistuje, nakoľko dane, ktoré sú súčasťou rozpočtu sa prerozdeľujú na krytie potrieb štátu a sú rozptýlené na mnohé verejné výdavky, ktoré sú často spojené so sociálnymi dávkami. Ďalší historický princíp spravodlivosti zdanenia a to kritérium platobnej schopnosti je považované za najviac prepracované. V tomto ponímaní je platobná schopnosť ako princíp chápaná v rovine horizontálnej a v rovine vertikálnej. V horizontálnom chápaní znamená, že dva subjekty, ktorí majú rovnaké východiská a rovnaké podmienky, by mali platiť rovnakú daň. Spravodlivosť vo vertikálnej rovine znamená, že subjekt ktorý je na tom lepšie, by mal platiť vyššiu daň. Táto spravodlivosť ako sme ju načrtli, aj keď je akokoľvek zaujímavou a teoreticky pritažlivou, v súčasnom období nie je vôbec aplikovateľná, aj keď jej niektoré znaky sa premietli do novelizácie súčasného zákona o dani z príjmov.¹⁸

8. Záverom

Jednoduchosť a prehľadnosť daňových zákonov, či už hmotnoprávných alebo procesnoprávných, je azda najboľavejším miestom daňového práva spolu s právnou istotou. V predchádzajúcej časti sme upozornili na neprehľadnosť právnej úpravy v oblasti daní. Čím je zákon jednoduchší, tým je ľahšia a lepšia jeho aplikácia a je viac akceptovateľný pre okruh subjektov ktorých sa dotýka. Neprehľadnosť daňových predpisov, ich nesystémová zmena nevytvárajú predpoklady pre ich správnu aplikáciu a, bohužiaľ, často nabádajú aj k ich obchádzaniu. Nájst' optimálne vhodný a efektívny kompromis v realizácii celej daňovej politiky tak, aby jednoznačne reprezentovala záujmy verejnosti a zároveň uspokojila ich potreby ani

¹⁶ SMITH, A. *Pojednání o podstate a původu bohatství národů*. Praha : SNTL, 1958. s. 392-394.

¹⁷ Prof. Kubatová vníma princíp prospechu v ponímaní, že jedinci majú byť zdaňovaní podľa prospechu, ktorý majú z verejných výdavkov umožnených daňami. Zjednodušene by sme mohli charakterizovať tento princíp spravodlivosti ako každému podľa jeho príspevku do rozpočtu štátu.

KUBÁTOVÁ, K. *Daňová teorie a politika*. Praha : Wolters Kluwer, 2010. s. 45.

¹⁸ Napr. novelou zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov č. 395/2012 Z. z., ktorá nadobudla účinnosť 1. januára 2013.

nie je možné. Dane vždy boli a budú poznačené ekonomickým vývojom, ale aj politickými postojmi tých, ktorí o nich rozhodujú.

Pramene:

1. BABČÁK, V. *Slovenské daňové právo*. Bratislava : Epos, 2012.
2. BEŇOVÁ, E. a kol. *Financie a mena*. Bratislava : Iura Edition, 2005.
3. BRÖSTL, A., KANÁRIK, I., DOBROVIČOVÁ, G. *Teória práva*. Košice : UPJŠ v Košiciach, 2004.
4. BUJŇÁKOVÁ M. *Je v Európe potrebná harmonizácia daní?* In ČERVENÁ, K., ROMÁNOVÁ, A., KARABINOS, M., KOČIŠ, M. (eds.) *Vybrané otázky daňovej politiky Európskej únie a jej členských štátov*. Košice: UPJŠ v Košiciach, 2013.
5. KRECHT J. *Právní systémy a jejich hloubková struktúra*. Právník, 5/2002.
6. KUBÁTOVÁ, K. *Daňová teorie a politika*. Praha : Wolters Kluwer, 2010.
7. MEDVEĎ, J., NEMEC, J., a kol. *Verejné financie*. Bratislava : Sprint, 2011.
8. SIVÁK, R a kol. *Verejné financie*. Bratislava : Iura Edition, 2007.
9. SMITH, A. *Pojednaní o podstate a původu bohatství národů*. Praha : SNTL, 1958.
10. SCHULTZOVÁ, A. a kol. *Daňovníctvo*. Bratislava : Iura Edition, 2007.
11. SCHULTZOVÁ, A. a kol. *Daňovníctvo – Daňová teória a politika I*. Bratislava : Iura Edition, 2011.

Kontakt

Prof. h.c. doc. JUDr. Mária Bujňáková, CSc.

UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta

Katedra finančného práva a daňového práva

Kováčska 26

040 75 Košice

maria.bujnakova@upjs.sk

PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA III.

Zborník vedeckých prác

Editori:

Prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

Doc. JUDr. Ján Husár, CSc.

Vydavateľ: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Odborné poradenstvo: Univerzitná knižnica UPJŠ v Košiciach

(www.library.upjs.sk)

Rok vydania: 2013

Náklad: 200 ks

Rozsah strán: 768

Vydanie: prvé

Počet AH: 53,32

Tlač: EQUILIBRIA, s.r.o.

ISBN