

UNIVERZITA PAVLA JOZefa ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH
PRÁVNICKÁ FAKULTA



PRÁVO, OBCHOD, EKONOMIKA VIII.

Jozef Suchoža, Ján Husár, Regina Hučková (eds.)

ZBORNÍK PRÍSPEVKOV
z medzinárodného vedeckého sympózia
PRÁVO - OBCHOD - EKONOMIKA
konaného v dňoch 7. - 9. novembra 2018 vo Vysokých Tatrách

Košice 2018

Vzor citácie: SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika VII.* Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2017, s.27

Zborník bol vydaný v rámci riešenia grantovej úlohy č. APVV-14-0598 „Elektronizácia v podnikaní s akcentom na právne a technické aspekty“.



Editori:

prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

prof. JUDr. Ján Husár, CSc.

doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Recenzenti:

doc. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

doc. JUDr. Milena Barinková, CSc.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

doc. JUDr. Alena Krunková, PhD.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

doc. JUDr. Miroslav Štrkolec, PhD.

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Vydalo Vydavateľstvo ŠafárikPress UPJŠ v Košiciach

Šrobárova 2

041 80 Košice

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

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

ISSN 2453-921 X

ISBN 978-80-8152-649-7

OBSAH

PREDHOVOR	5
I. JEDNOTNÝ DIGITÁLNY TRH – LEGISLATÍVNE A APLIKAČNÉ OTÁZKY	6
Zuzana ADAMOVÁ/Autorské právo a jednotný digitálny trh.....	7
Josef BEJČEK/O vlivu digitalizace na soutěžní právo – mnoho povyku pro nic?.....	23
Michal ČERNÝ/Garance kvality služeb - využití označení původu, zeměpisných označení, certifikačních známek nebo (kolektivních) záručních známek pro vyznačení služeb zvláštní či garantované kvality na Vnitřním trhu EU.....	43
Kinga MICHALOWSKA/Protection of e-privacy and threats resulting from the processing and profiling of personal data of an individual in the context of the EU regulation on the protection of personal data	69
Aleksandra NOWAK-GRUCA - Monika SZARANIEC/Intellectual property in the insurance distribution. Remarks on the background of Polish Law	79
Laura RÓZENFELDOVÁ/Zmluva o dodávaní digitálneho obsahu alebo služieb	91
Otakar SCHLOSSBERGER - Josef BUDÍK/Audit digitálních finačních služeb	101
Renáta ŠÍNOVÁ - Klára HAMULÁKOVÁ/Digitalizace civilního soudního řízení.	111
Olga Anatolevna TERNOVAYA/The development of competition in the digital economy and globalization.	121
Peter VOJČÍK/Jednotný digitálny trh a ochrana duševného vlastníctva	127
II. OBCHODNÉ, DAŇOVÉ A FINANČNÉ ASPEKTY FINANCOVANIA OBCHODNÝCH SPOLOČNOSTÍ	142
Jaroslav DOLNÝ/Zákaz vrátenia vkladov	143
Ján FERENCI/Financovanie obchodných spoločností emisiou cenných papierov....	152
Jānis GRASIS/Fiduciary deals and property in the legal system of Latvia	159
Martin HUSÁR/Zmluvné vzťahy pri „piggybackingu“	167
Branislav JABLONKA/Prečo civilné odvolacie súdy nerady menia prvoinštančné rozsudky	177
Jędrzej JERZMANOWSKI/Financial assistance for the acquisition of shares in a joint stock company – European and Polish perspective.....	184
Marie KARFÍKOVÁ/Daňové povinnosti ve světle zákonnosti a judikatury	195
Aneta KAŽMIERCZYK/Prevention from financial losses among entrepreneurs involved in renting residential premises. The institutional lease	204
Grzegorz KOZIEL/The range of conversion capacity of a European company (se) with its registered office in poland in the perspective of financing the operations of partnerships or companies in general	215

Inga KUDEIKINA - Sandra KAIJA /Liability for Property Tax Avoidance Civil and Criminal Law Aspects	227
Karel MAREK - Martin JANKŮ /Rules on family enterprise	236
Žofia MRÁZOVÁ /Finančná asistencia – história, vývoj a budúcnosť	250
Marianna NOVOTNÁ - Monika JURČOVÁ /Zodpovednosť za škodu spôsobenú autonómne a poloautonómne riadenými vozidlami podľa slovenského právneho poriadku	260
Neža POGORELČNIK VOGRINC /Another step forward for the creditors	273
Dušan ROSTÁŠ /Nariadenie o prospekte cenného papiera: zjednodušenie emisie dlhopisov bez zverejnenia prospektu pre mikro podniky?	287
Jozef SUCHOŽA /Metamorfózy Slovenského Obchodného práva (úvahy)	296
Ľubomír ZLOCHA /Kapitálové fondy obchodných spoločností po novele Obchodného zákonníka	307

PREDHOVOR

Rok 2018 je pre našu alma mater Právnickú fakultu Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach významným, keďže oslavuje 45 rokov od svojho založenia v roku 1973. Právnická fakulta v Košiciach vznikla nariadením vlády č. 88/1973 Zb. zo dňa 9. júla 1973 „O zriadení Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach“. Slávnostné otvorenie prvého akademického roka Právnickej fakulty spolu s inauguráciou jej prvého dekana sa uskutočnilo 28. septembra 1973 v Státnom divadle v Košiciach.

Za 45 rokov existencie fakulty prešiel vzdelávací a vedecko-výskumný proces na fakulte zásadnými zmenami. Do vzdelávania budúcich právnikov výrazne zasiahol Bolonský proces a vedecko-výskumné smerovanie fakulty bolo a v súčasnosti i je determinované zásadnými tématami, ktoré „hýbu“ svetom vedy. Čo sa však ani po 45tich rokoch na našej fakulte nezmenilo je potreba a záujem diskutovať s praktickou sférou. Tatranské sympózium nazvané po jeho obnovení v roku 2010 „Právo-obchod-ekonomika“ patrí medzi podujatia s najstaršou tradíciou zavedenou prof. Jozefom Suchožom a kolektívom jeho kolegov. Toto podujatie sa nám darí každoročne organizovať za podpory Agentúry na podporu výskumu a vývoja a jednotlivých projektov pridelených Agentúrou (momentálne je to projekt APVV-14-0598 „Elektronizácia v podnikaní s akcentom na právne a technické aspekty“).

Podujatie by nebolo možné zorganizovať bez podpory dlhoročných spoluorganizátorov konferencie Ústavu štátu a práva Slovenskej akadémie vied a Ústavu štátu a práva, v.v.i. Akadémie vied Českej republiky a partnerov podujatia Slovenskej sporiteľne, a.s., vydavateľstva Wolters Kluwer, portálu Ulpianus a advokátskej kancelárie Juhás, Marják a Ferenci.

Všetkým patrí naše úprimné podčakovanie za podporu.

Sympózium by nebolo možné zorganizovať bez zanietenosti jednotlivých členov organizačného výboru sympózia. Tento ročník sa nám však organizoval omnoho ľažšie, keďže v organizačnom výbere absentoval jeho dlhoročný člen, kolega z katedry obchodného práva a hospodárskeho práva, ale najmä náš priateľ Jožko Čorba, ktorý nás nečakane opustil začiatkom tohto roka.

Aj na Štrbskom Plese budeme na nášho priateľa a kolegu spomínať!

V Košiciach, 15. október 2018

Jozef Suchoža, Regina Hučková

I. JEDNOTNÝ DIGITÁLNY TRH – LEGISLATÍVNE A APLIKAČNÉ OTÁZKY

JUDr. Zuzana Adamová, PhD.¹

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Autorské právo a jednotný digitálny trh²

Copyright and single digital market

Abstrakt

Návrh novej smernice o autorskom práve na jednotnom digitálnom trhu je aktuálne hlavnou téhou na poli autorskoprávnej legislatívy. Jej prvý návrh bol zverejnený v roku 2016 a s blížiacim sa termínom rokovania vo výbere pre právne veci Európskeho parlamentu (JURI) vyštriedala veľké očakávania masívna antikampaň. Jej nosnými tématami bol boj proti článku 11 a článku 13. Predmetom príspevku bude pohľad na navrhované zmeny, s ktorými sa spájajú označenia daň za linky, filtrovanie obsahu, bezpečný prístav 2.0, či tzv. value gap. Cieľom tohto príspevku je pohľad na aktuálny stav prác na smernici s ohľadom na jej najnovšie verzie v kontexte skutočného prínosu a rizík, ktoré by uvedená smernica priniesla.

Kľúčové slová: autorské právo, jednotný digitálny trh, článok 11 a 13 návrhu smernice o autorskom práve, právo vydavateľov, zodpovednosť online platforem, filtrovanie

Abstract

The proposal for a new Directive on copyright in the Digital Single Market is currently the major topic in the field of copyright law. Its first proposal was published in 2016, and big expectations have been replaced by the massive anti-campaign as the term of the

¹ JUDr. Zuzana Adamová, PhD. je riaditeľkou Ústavu práva duševného vlastníctva a informačných technológií na Trnavskej univerzite, Právnickej fakulte.

² Tento príspevok bol realizovaný v rámci projektu VEGA č. 1/0556/17 Creative Commons ako nástroj pre sprístupňovanie a použitie kreatívneho obsahu, informácií a dát. Text bol spracovaný k stavu ku dňu 5. septembra 2018.

Committee on Legal Affairs of the European Parliament (JURI) proceeding approached. The main themes of the Directive are the fight against Articles 11 and 13. The subject of this contribution is to present author's view on proposed changes accompanied by terms such as link tax, content filtering, safe harbour 2.0, or the value gap. The aim of this contribution is to look at the state of play of the Directive's work with regard to its most recent versions in the context of the actual benefits and risks that the Directive would bring.

Key words: Copyright, Digital Single Market, Article 11 and 13 of the Copyright Directive Proposal, Publishers' Right, Online Platforms' Responsibility, Filtering

JEL Classification: K110

ÚVOD

Návrh novej smernice o autorskom práve je dnes hlavnou tému na poli autorskoprávnej legislatívy. Jej prvý návrh bol zverejnený 14. septembra 2016³ v nadväznosti na dokument Európskej komisie označený ako „Stratégia pre jednotný

³ Návrh. Smernica Európskeho parlamentu a Rady o autorskom práve na digitálnom jednotnom trhu. 14. september 2016. COM(2016) 593 final. Sprievodným dokumentom navrhovanej smernice bol aj pracovný dokument útvarov Komisie Zhrnutie posúdenia vplyvu o modernizácii pravidiel EÚ týkajúcich sa autorského práva. 14. september 2016. <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016SC0302> [dostupné 05-09-2018]. V rovnaký deň bolo vydané aj oznamenie Komisie o podpore spravodlivej, efektívnej a konkurencieschopnej európskej ekonomiky založenej na autorskom práve na digitálnom jednotnom trhu. Pozri European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions. Promoting a fair, efficient and competitive European copyright-based economy in the Digital Single Market. COM(2016) 592 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/promoting-fair-efficient-and-competitive-european-copyright-based-economy-digital-single-market> [dostupné 05-09-2018].

digitálny trh v Európe“.⁴ Už prvé reakcie na návrh smernice boli viac než negatívne.⁵ Kým v máji 2018 bola dosiahnutá rokovacia pozícia Rady na úrovni veľvyslancov (COREPER), s blížiacim sa termínom rokovania vo Výbere pre právne veci Európskeho parlamentu (JURI) však veľké očakávania ohľadne riešenia problémov autorského práva a jednotného digitálneho trhu vystriedala masívna antikampaň. Jej nosnými témami bol boj proti článku

⁴ Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov. Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe. COM(2015) 192 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN> [dostupné 05-09-2018] (ďalej len **Stratégia**). V Stratégii sa Komisia okrem iného zaviazala k nasledovnému záväzku: „Komisia do konca roku 2015 predloží legislatívne návrhy s cieľom zmierniť rozdiely medzi vnútrostátnymi režimami autorských práv a umožniť širší online prístupu k dielam pre používateľov v celej EÚ, a to aj prostredníctvom ďalšej harmonizácie opatrení. Súčasťou návrhov bude: i) prenosnosť obsahu získaného zákonným spôsobom, ii) zabezpečenie cezhraničného prístupu k zákonne zakúpeným online službám pri rešpektovaní hodnôt práv v audiovizuálnom sektore, iii) väčšia právna istota pre cezhraničné používanie obsahu na osobitné účely (napr. výskum, vzdelávanie, hľbková analýza textov a údajov atď.) prostredníctvom harmonizovaných výnimiek, iv) objasnenie pravidiel týkajúcich sa aktivít sprostredkovateľov vo vzťahu k obsahu chránenému autorským právom a v roku 2016 v) modernizácia presadzovania práv duševného vlastníctva, ktorá sa sústredí na porušovania práv v komerčnom meradle (prístup založený na „sledovaní toku peňazí“), ako aj na cezhraničné uplatňovanie týchto práv.“ (s. 8 Stratégie). Hlavné ciele v oblasti autorského práva v zmysle uvedenej Stratégie možno teda rozdeliť do troch oblastí: i) lepší cezhraničný prístup k online obsahu, ii) širšie možnosti použitia materiálov chránených autorským právom pri vzdelávaní, výskume a vo vzťahu ku kultúrnemu dedičstvu, a iii) lepšie fungovanie na trhu autorského práva. Prvým zrealizovaným krokom bolo prijatie nariadenia o cezhraničnej portabiliti, ktoré zabezpečilo, že predplatitelia služieb online obsahu môžu mať prístup k tomuto obsahu aj keď sú dočasne v inom členskom štáte EÚ [pozri nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1128 zo 14. júna 2017 o cezhraničnej prenosnosti online obsahových služieb na vnútornom trhu]. Ďalším krokom bola implementácia Marrákešskej zmluvy, ktorá má umožniť lepší prístup ku knihám a iným textom pre osoby so zrakovými postihnutiami alebo problémami pri čítaní tlačeného textu.

⁵ Pozri napríklad Open Letter to the European Commission. 40 academics all over the EU express their concern about Copyright reform. 30. september 2016. <https://medium.com/eu-copyright-reform/open-letter-to-the-european-commission-6560c7b5cac0> [dostupné 05-09-2018]. Kuczerawy, A. Dear European Commission – academics express concern about monitoring obligations in the proposed Copyright Directive. 1. december 2016. KU Leuven CiTiP. <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/dear-european-commission-academics-express-concern-about-monitoring-obligations-in-the-proposed-copyright-directive/> [dostupné 05-09-2018]. Angelopoulos, Ch. On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market. SSRN, Január 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800 [dostupné 05-09-2018]. Husovec, M. EC Proposes Stay-down & Expanded Obligation to License UGC Services. 1. september 2016. Huťko’s Technology Law Blog. <http://www.husovec.eu/2016/09/ec-proposes-stay-down-expanded.html> [dostupné 05-09-2018]. Rosati, E. Why a reform of hosting providers’ safe harbour is unnecessary under EU copyright law. European Intellectual Property Review, 2016, roč. 28, č. 11, s. 669-677. Neskôr napríklad aj Hilty, R., Moscon, V. et al. Modernisation of European Copyright Rules. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition. Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, 2017, č. 17-12. <https://www.ip.mpg.de/en/projects/details/modernisation-of-european-copyright-rules.html> [dostupné 05-09-2018].

11 (najčastejšie spájaný s označením „daň za linky“) a článku 13 (spájaný s označeniami „value gap“ a „upload-filtrovanie obsahu“). Spoločne s tým sa skloňovalo najmä heslo SaveYourInternet.⁶ I keď Výbor JURI v júni 2018 návrh schválil, na ďalší mesiac poslanci Európskeho parlamentu odmietli predložený zámer, s tým aby vyjednávači zákonodarného zboru EÚ začali rokovať s členskými štátmi (Rada EÚ) o konečnom znení legislatívny upravujúcej predpisy EÚ v oblasti autorského práva. O návrhu sa má ďalej rokovať v septembri, avšak ako konštatujeme v závere tohto príspevku návrh považujeme z viacerých hľadísk za nekvalitný a potenciálne škodlivý, a preto by bolo najvhodnejšie pokračovať v rokovaniach na úrovni Rady.

I keď sa navrhovaný predpis označuje všeobecne ako smernica o autorskom práve na jednotnom digitálnom trhu, rozhodne nejde o komplexný či systematický nástroj. Návrh smernice skôr reflekтуje na vybrané aktuálne problémy a požiadavky zo strany nositeľov práv či používateľov. V marci 2018 bulharské predsedníctvo predstavilo nový, konsolidovaný návrh,⁷ ktorý podstatne zmenil viaceré recitály aj jednotlivé ustanovenia, a to najmä s ohľadom na kontroverzné články 11 a 13. Koncom mája sa Výbor stálych predstaviteľov vlád členských štátov pri EÚ (COREPER), ako hlavný prípravný orgán Rady EÚ, dohodol na spoločnej pozícii textu návrhu smernice. Tento text teda slúžil ako mandát pre predsedníctvo Rady (v tom čase ešte stále Bulharsko), aby začali rokovania s Európskym parlamentom.⁸ O mesiac neskôr potom Výbor JURI prijal text správy o navrhovanej smernici o autorskom práve na jednotnom digitálnom trhu a rozhodol sa vstúpiť do medziinštitucionálnych rokováni.⁹ Parlament však návrh odmietol s tým, že návrh Komisie upraví a bude sa o ňom hlasovať v septembri 2018.¹⁰ K téme smernice už bolo publikovaných veľké množstvo článkov, akademických pozícií a stanovísk.¹¹

⁶ #SaveYourInternet. <https://www.saveyourinternet.eu/> [dostupné 05-09-2018].

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency Compromise Proposal. 23. marec 2018. 2016/0280 (COD), 7450/18. Presne o mesiac bol zverejnený ďalší návrh, ktorý mal slúžiť ako mandát na rokovania s Európskym parlamentom. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Mandate for negotiations with the European Parliament. 23. apríl 2018. 2016/0280 (COD), 8145/18.

⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Agreed negotiating mandate. 25. máj 2018. 2016/0280 (COD), 9134/18 (ďalej aj návrh smernice o autorskom práve alebo návrh smernice).

⁹ Angelopoulos, Ch. Axel Voss's JURI Report on Article 13 Would Violate Internet Users' Fundamental Rights. 29. jún 2018. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/29/axel-voss-s-juri-report-article-13-violate-internet-users-fundamental-rights/> [dostupné 05-09-2018].

¹⁰ European Parliament Committees. JURI – Plenary vote on copyright. 5. september 2018. <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/home.html> [dostupné 05-09-2018].

¹¹ K článku 3 návrhu smernice o hľbkovej analýze dát pozri napríklad CREATe. Article 3 Research. Studies, Opinions, and Sources of Data. <https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/article-3-research/> [dostupné 05-09-2018]. K článku 11 návrhu smernice o ochrane práv k periodickej tlači pozri napríklad CREATe. Article 11 Research. Studies, Opinions, and Sources of Data. <https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/article-11-research/> [dostupné 05-09-2018]. K článku 13 návrhu smernice o povinnostiach online platformiem pozri napríklad CREATe. Article 11 Research. Studies, Opinions, and Sources of Data <https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/article-13-research/> [dostupné 05-09-2018].

Cieľom tohto príspevku je pohľad na aktuálny stav prác na smernici s ohľadom na jej najnovšie verzie v kontexte skutočného prínosu a rizík, ktoré by uvedená smernica priniesla. Vzhľadom na množstvo verzií navrhovanej smernice treba uviesť, že východiskom pre tento článok bude analýza konsolidovaného znenia návrhu smernice z 25. mája 2018 schváleného výborom COREPER, ktorá predstavuje pozíciu Rady na tzv. trialogy.¹²

1. OBLASTI REGULÁCIE SMERNICE O AUTORSKOM PRÁVE

Už z textu Stratégie bolo zrejmé, že návrh Komisie nebude smerovať k systematickej regulácii a už vôbec nie knejakej systémovej reforme.¹³ Avšak navrhovaná regulácia v nijakom ohľade nerieši základné koncepčné otázky. Naopak, pokryté sú len vybrané oblasti, ktoré počas ostatných rokov rezonovali v súvislosti s jednotným digitálnym trhom, a to najmä výnimky z autorského práva (t. j. prípady, kedy je možné použiť autorské dielo bez súhlasu autora), práva vydavateľov a regulácia s prostredkovateľov (ang. intermediaries), a to aj s ohľadom na participáciu tretích strán na toku peňazí, z ktorého dnes vo vzťahu k tzv. obsahu generovanému používateľmi (ang. user-generated content) profitujú prevádzkovatelia online platform na zdieľanie obsahu.

Hlavnými oblastami, ktoré má navrhovaná smernica regulovali, sú:

- výnimka pre hľbkovú analýzu dát (tzv. text and data mining),¹⁴
- výnimka na účel ilustrácie pri vzdelení,¹⁵
- výnimka pre účel zachovania kultúrneho dedičstva,¹⁶
- režim (cezhraničného) použitia obchodne nedostupných diel inštitúciou správy kultúrneho dedičstva,¹⁷
- poskytovanie licencí s rozšíreným účinkom (rozšírené licencie),¹⁸
- rokovací mechanizmus pri použití audiovizuálnych diel na video-on-demand platformách,¹⁹
- ochrana periodických publikácií pri online použitiach²⁰ a remuneračné práva vydavateľov,²¹
- použitie chráneného obsahu poskytovateľmi služieb na online zdieľanie obsahu,²²

¹² Pozri pozn. č. 6.

¹³ Na porovnanie, takýto systémový krok by mohol mať podobu kodifikovaného autorského zákona, ako bol napríklad prezentovaný tzv. Wittem Copyright Code. Pozri IViR. European Copyright Code (text). <https://www.ivir.nl/copyrightcode/european-copyright-code/> [dostupné 05-09-2018].

¹⁴ Článok 3 návrhu smernice.

¹⁵ Článok 4 návrhu smernice.

¹⁶ Článok 5 návrhu smernice.

¹⁷ Článok 7 a 8 návrhu smernice.

¹⁸ Článok 9a návrhu smernice.

¹⁹ Článok 10 návrhu smernice.

²⁰ Článok 11 návrhu smernice.

²¹ Článok 12 návrhu smernice.

²² Článok 13 návrhu smernice.

- právo autorov na spravodlivú odmenu²³ a ďalšie opatrenia na ochranu autorov.²⁴

Do smernice sa naopak nedostala (upravená) výnimka na použitie diel trvalo umiestnených na verejnom priestranstve (tzv. výnimka pre panorámu), ktorá sice už v súčasnosti vyplýva z článku 5 ods. 3 písm. h) smernice o autorskom práve v informačnej spoločnosti²⁵ avšak vzhľadom na rôznu úroveň harmonizácie sa uvažovalo o jej presnejšej úprave aj o zavedení obligatórnej povahy.

Tiež je zaujímavé, že len relativne krátko pred zverejnením samotného návrhu v septembri 2016, sa ešte len v júni skončila verejná konzultácia na tému postavenia vydavateľov v rámci „refaženia hodnoty autorského práva“ aj vo vzťahu k výnimke pre panorámu.²⁶ Kým výnimka pre panorámu sa do návrhu smernice nedostala, doplnkové právo pre vydavateľov už áno, i keď je zrejmé, že za tak krátky čas nebolo možné skutočne vyhodnotiť konzultáciu a na tomto základe formulovať zodpovedajúcu úpravu a posúdiť dopad takejto úpravy. To potvrdzuje aj neskôr „objavenie“ takejto štúdie, ktorá sa spomína v ďalšom teste.²⁷

Vyššie uvedený zoznam regulovaných oblastí by mal zabezpečiť lepšie fungovanie jednotného digitálneho trhu, avšak, ako bolo uvedené vyššie, k prevažnej mieri ustanovení sa viaže aj opodstatnená kritika. Predmetom ďalšej analýzy sú preto len dve najviac kontroverzné ustanovenia návrhu smernice, článok 11 a článok 13, na ktorých možno demonštrovať, aké zásadné sú výhrady voči návrhu smernice.

2. VYDAVATEĽ AKO PÔVODNÝ NOSITEĽ PRÁV A „DAŇ ZA LINK“ (ČL. 11)

Smernica má v zmysle jej návrhu poskytovať vydavateľom priame autorské právo na online použitie periodickej tlače²⁸ poskytovateľmi služieb informačnej spoločnosti. V zmysle uvedeného návrhu by sa malo zaviesť nové výlučné právo na periodickú tlač

²³ Článok 15 návrhu smernice.

²⁴ Článok 14 a 16 návrhu smernice.

²⁵ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2001/29/ES z 22. mája 2001 o zosúladení niektorých aspektov autorských práv a s nimi súvisiacich práv v informačnej spoločnosti (ďalej aj smernica o autorskom práve v informačnej spoločnosti).

²⁶ European Commission. Public consultation on the role of publishers in the copyright value chain and on the „panorama exception“. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-role-publishers-copyright-value-chain-and-panorama-exception> [dostupné 05-09-2018].

²⁷ Cf. pozn. č. 38.

²⁸ Definícia periodickej tlače je upravená v článku 2 bod 4 návrhu smernice. V zmysle recitálu 33 návrhu smernice sa ochrana pre periodickú tlač v zmysle smernice nemá vzťahovať pre periodické publikácie vydané na „vedecké a akademické účely, ako sú vedecké časopisy“. Dôvodom tejto odlišnej regulácie je, že periodická tlač, ktorej účelom je informovať širokú verejnosť a ktorá sa opakovane a pravidelne vylepšuje (updated) sa odlišuje od akademického alebo vedeckého vydávania.

prvýkrát vydanú od účinnosti navrhovanej smernice.²⁹ Toto právo by malo dopĺňať³⁰ systém autorskoprávnej a databázovej ochrany,³¹ ktorý funguje už v súčasnosti, avšak od nového práva sa značne líši. Predpokladom na vznik autorskoprávnej ochrany je existencia autorského diela, ktorého základným predpokladom je originalita.³² To sa vzťahuje na všetky autorské diela vrátane novinových článkov a iných žurnalistických žánrov.³³ Dokonca v prípade fotografií a tiež v prípade novín a časopisov, ktoré sú chránené ako tvorivá databáza (predtým označovaná v slovenskej právnej úprave aj ako súborné dielo³⁴) namiesto originality postačí, že je dielo pôvodné.³⁵ Vo vzťahu k databáze chránenej osobitným právom (sui generis databáza) je zase chránený výsledok podstatného kvalitatívneho alebo kvantitatívneho vkladu, pričom chránený je obsah databázy bez ohľadu na to, či ide o autorské diela alebo nie. V oboch menovaných prípadoch je potrebné na použitie získať súhlas vydavateľa alebo iného nositeľa práv, ktorý vykonáva práva k jednotlivým dielam alebo inému obsahu chránenému už aj v súčasnosti slovenským ako aj európskym autorským právom.

Prvý rozdiel nového práva vydavateľov by mal spočívať v tom, že ochrana sa bude vzťahovať na „čokoľvek“ v periodickej tlači bez ohľadu na to, či sú splnené kritéria originality, pôvodnosti alebo podstatného vkladu.³⁶ Tieto práva by sa však nemali vzťahovať na nepodstatné časti periodickej tlače, pričom každý členský štát by mal stanoviť osobitne, čo sa nepodstatnou časťou rozumie, pričom má vziať do úvahy, či sú tieto časti výsledkom tvorivej duševnej činnosti autorov, alebo či ide o individuálne slova alebo veľmi krátke výňatky, prípade obe tieto kritériá. Uvedená široko koncipovaná textácia je politickým kompromísom medzi tým, či sa má právo vzťahovať aj na slová

²⁹ V prvej verzii smernice (viď pozn. č. 1) sa navrhovalo, aby sa uvedené právo vzťahovalo aj retroaktívne - na všetky diela v periodickej tlači, ktoré už boli vydané.

³⁰ V angličtine sa možno stretnúť s pojmom ancillary right (z angličtiny pomocné, dopĺňujúce právo). Východiskom a inšpiráciou je nemecká právna úprava Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ktorá nadobudla účinnosť v roku 2013 (§ 87f Presseverleger). https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s1161.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl113s1161.pdf%27%5D__1536328540083 [dostupné 05-09-2018].

³¹ Cf. v slovenskej právnej úprave ide o druhú a štvrtú časť zákona č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov (ďalej len AZ).

³² Platná slovenská právna úprava dokonca pracuje s pojmom jedinečnosť diela. Cf. § 3 ods. 1 AZ. K tomu bližšie Adamová, Z. – Hazucha, B. Autorský zákon. Komentár. C. H. Beck, 2018, s. 32 – 34.

³³ Vylúčené sú však v zmysle § 5 písm. f) AZ denné správy, t. j. informácie o udalostiach alebo skutočnostiach, pričom za dennú správu sa nepovažuje diele, ktoré o dennej správe informuje alebo v ktorom je denná správa zahrnutá.

³⁴ Ustanovenie § 6 ods. 2 v spojení s § 7 ods. 2 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov.

³⁵ Ustanovenie § 3 ods. 5 a § 131AZ.

³⁶ Právo sa bude vzťahovať na publikácie v online aj offline forme, pričom v zmysle recitálu 33 návrhu smernice môže ísť napríklad o denníky, týždeníky a mesačníky, ako aj o webové stránky novín. Nemožno preto vylúčiť, že nové právo sa bude vzťahovať aj na prípadný obsah, ktorý je šírený pod licenciou Creative Commons. Tie môžu byť zverejnené najčastejšie na webových stránkach a blogoch novín. Keller, P. The proposed publishers right is an attack on the public domain. 6. januára 2017. <https://www.communia-association.org/2017/01/06/proposed-publishers-right-attack-public-domain/> [dostupné 05-09-2018].

a krátke výňatky alebo naopak.³⁷ Ponechanie tohto rozhodnutia na jednotlivé členské štáty však zrejme spôsobí len ďalší rozdiel medzi právnou úpravou jednotlivých členských štátov, a teda nebude skutočne viesť k jednotnému trhu.

Každopádne, aktuálny návrh smeruje k tomu, že by perspektívne bolo potrebné získať súhlas na použitie aj rozličných odkazy (linkov), tituliek, úvodných fotiek a ich náhľadov (thumbnails), náhľadov, vizuálnych záložiek (pin) a rozličných krátkych zhrnutí. Na druhej strane nemožno zabúdať, že už dnes autorské právo chráni potenciálne aj jednotlivé slova³⁸ a že Súdny dvor EÚ sa v súvislosti s monitoringom dennej tlače vyjadril, že aj 11 slov, o aké išlo vo veci samej, môžu predstavovať autorské dielo, na ktorého použitie je potrebný súhlas.³⁹

Prvý návrh smernice upravoval, že takéto právo má trvať 20 rokov, konsolidované znenie návrhu smernice z mája tohto roku však už pracoval len s trvaním v dĺžke jedného roka. Avšak vzhľadom na fakt, že počítanie uplynutia doby ochrany sa má odvíjať až od 1. januára roka nasledujúceho od vydania, môže byť doba ochrany v niektorých prípadoch takmer dvojročná. Každopádne, aj v tomto smere vidieť veľký posun vo vývoji tohto návrhu.

Vo vzťahu k spôsobu použitia smernica používa široký pojem „online použitie“. Avšak v prvom návrhu smernice sa objavil ešte širší pojem „digitálne použitie“, čo by zahŕňalo aj akékolvek iné použitie obsahu v digitálnej forme (napr. na USB kľúči). Treba tiež pripomenúť, že cieľom tejto úpravy je najmä vytvorenie mechanizmu, ktorý má vydavateľom zabezpečiť možnosť participácie na profite, ktorý majú poskytovatelia služieb informačnej spoločnosti najmä vo vzťahu k vyhľadávačom a obsahu generovanému používateľmi na online platformách, a preto je pre tieto účely pojem „online“ vhodnejší.

Dôležité je ešte si uvedomiť, voči komu sa budú môcť vydavatelia perspektívne domáhať ochrany svojich práv. Smernica v recitáli 31 poukazuje na okruh potenciálnych nositeľov, a tým zároveň objasňuje dôvody, pre ktoré sa hľadá riešenie. Nimi je nástup nových online služieb, ako sú agregátori správ alebo monitorovacie agentúry (monitoring dennej tlače). Avšak v texte smernice sa používa široký pojem poskytovateľ služieb informačnej spoločnosti. Z toho vyplýva, že používateľom, ktorý bude musieť vysporiadať práva s vydavateľom nebude len agregát správ alebo monitorovacia agentúra,

³⁷ V tomto smere sa textácia smernice zásadne zmenila, keďže jedna z verzií návrhu smernice upravovala znenie, v zmysle ktorého práva vydavateľov „shall not apply in respect of uses of extracts of a press publication limited to individual words or very short excerpts of text“. Konsolidovaným návrhom z marca 2018 sa zase navrhoval presný opak – „shall apply“. Cf. pozn. č. 5.

³⁸ Ustanovenie § 4 AZ.

³⁹ Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-5/08 zo 16. júla 2009 Infopaq International A/S proti Danske Dagblades Forening.

ale každý, kto poskytuje službu informačnej spoločnosti.⁴⁰ Takže povinnou osobou vo vzťahu k použitiu môže by celý okruh najrozličnejších typov poskytovateľov služieb informačnej spoločnosti. Dokonca, aj sám vydavateľ môže byť poskytovateľom služieb informačnej spoločnosti, takže aj on sám vo vzťahu k cudzemu obsahu, na ktorý by prípadne odkazoval formou krátkych výňatkov by podľa navrhovanej úpravy potreboval súhlas iného vydavateľa.

Pre dokreslenie celkového obrazu ešte možno spomenúť skutočnosť, na ktoré poukázala po prvýkrát poslankyňa Európskeho parlamentu Julia Reda. Európska komisia zadala vlastnému Spoločnému výskumnému pracovisku (Joint Research Centre / JRC) vypracovanie štúdie na tému Agregátori online správ a súvisiace práva pre vydavateľov tlače. Zverejnenie štúdie bolo naplánované na november 2016, t. j. dva mesiace po zverejnení samotného návrhu smernice. V októbri JRC požiadala Komisiu o pripomienky k štúdii, avšak prvé komentáre boli predložené až v júni 2017. JRC bola tiež požiadana, aby sa zdržala publikovania štúdie.⁴¹ Odhliadnuc od načasovania štúdie a podivných okolností ohľadne jej (ne)zverejňovania, štúdia zároveň spochybnila význam navrhovaného modelu a naopak poukázala na význam agregátorov s ohľadom na zvyšovanie návštevnosti na stránky novín, ako aj väčšie príjmy z reklamy.⁴²

Ak aj odhliadneme od mnohých nedostatkov navrhovanej právnej úpravy, môžeme si položiť ešte jednu otázkou. Ak by prešla úprava v tejto podobe, existuje garancia, že sa príjmy vydavateľov zvýšia a že skutočne dostanú podiel zo ziskov od používateľov ako je napríklad Google vo vzťahu k jeho vyhľadávaču? Do úvahy pritom treba zobrať najmä to, že:

⁴⁰ T. j. takú službu, ktorá sa bežne poskytuje za odmenu, na diaľku, elektronickým spôsobom a na základe individuálnej žiadosti príjemcu služby. Článok 1 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/1535 z 9. septembra 2015, ktorou sa stanovuje postup pri poskytovaní informácií v oblasti technických predpisov a pravidiel vztahujúcich sa na služby informačnej spoločnosti (kodifikované znenie) v spojení s článkom 1 ods. 2 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2000/31/ES z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode). K vymedzeniu jednotlivých typov poskytovateľov služieb informačnej spoločnosti pozri recitál 18 smernice o elektronickom obchode a súvisiacu judikatúru Súdneho dvora EÚ.

⁴¹ Julia Reda. Commission to scientists: Stop ruining our copyright plans with your facts and your research! <https://juliareda.eu/2017/12/jrc-paper-copyright/> [dostupné 05-09-2018]. IGEL - Initiative Against an Ancillary Copyright. EU Commission tried to hide a study that debunks the publisher's right as ineffective. 3. január 2018 <http://ancillarycopyright.eu/news/2018-01-03/eu-commission-tried-hide-study-debunks-publishers-right-ineffective> [dostupné 05-09-2018].

⁴² Ukázalo sa tiež, že v dôsledku obdobnej úpravy v Nemecku došlo k deformácii trhu, keď Google získal licenciu zdarma, a v Španielsku zase k zlyhaniu trhu, keď došlo k zániku služby Google News. Ukázalo sa, že vydavatelia v konečnom dôsledku profitujú zo služieb vystavenia ich obsahu, keďže platformy agregujúce novinové články čitateľov príťahujú.

- i) Neexistuje dopadová ani iná odborná štúdia, ktorá by tento predpoklad potvrdzovala;⁴³
- ii) Praktická skúsenosť z iných štátov EÚ je negatívna (zlyhanie a deformácia trhu);
- iii) Jednotlivé členské štáty môžu zvoliť rozličné úrovne harmonizácie s ohľadom na nepodstatné časti periodickej tlače (ang. insubstantial parts of a press publication), ktoré bude možné aj nadále používať bez súhlasu vydavateľov;
- iv) Tretie výlučné právo (popri autorskom a databázovom práve) neznamená automatické peniaze od poskytovateľov služieb informačnej spoločnosti (t. j. nejde o remuneračné s presne stanovenou sadzbou, ale o výlučné právo). Vydavatelia budú musieť uzatvárať licenčné zmluvy a ak niektorý poskytovateľ služby informačnej spoločnosti nebude chcieť za obsah platiť alebo ak sa strany nedohodnú na výške odmeny alebo na iných náležitostach zmluvy, budú sa musieť vydavatelia ochrany domáhať súdnou cestou;
- v) Návrh môže mať aj ďalšie negatívne ekonomicke vplyvy napr. na malých prevádzkovateľov služieb informačnej spoločnosti, ktorý možno nebudú finančne schopní zaplatiť licenčnú odmenu.

S ohľadom na stav vymožiteľnosti autorských a databázových práv vydavateľov na Slovensku je viac než pravdepodobné, že uvedená úprava nesplní dnešné očakávania vydavateľov. Na druhej strane nemožno poprieť, že ak by sa rozsah tohto práva z kvantitatívneho alebo kvalitatívneho hľadiska podstatne rozšíril oproti súčasnému autorskému a databázovému právu, môže predstavovať významný nástroj v rukách vydavateľov na blokovanie používania takmer „čohokoľvek“, čo sa v tlači objaví.⁴⁴

Vo vzťahu k právam vydavateľov treba ešte uviesť, že v súvislosti s právami vydavateľov sa navrhuje osobitne upraviť aj ich právo na primeranú kompenzáciu (náhradu). To znamená, že členské štáty budú môcť do svojich právnych poriadkov zaviesť, že vydavatelia (a to nielen vydavatelia periodickej, ale aj neperiodickej tlače) budú mať nárok na podiel z náhrad odmien v zmysle smernice o autorskom práve v informačnej spoločnosti,⁴⁵ právo na spravodlivú odmenu za použitie osirelého diela

⁴³ Frosio G. F. Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy. 6. február 2017. 112 Northwestern University Law Review 19, 2017, s. 29. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912272 [dostupné 05-09-2018]. K tomu cf. Zhrnutie posúdenia vplyvu o modernizácii pravidiel EÚ týkajúcich sa autorského práva (pozn. č. 1). Navyše, akademické štúdie už v roku 2016 upozorňovali na negatívna plánu posilniť postavenie vydavateľov. Pozri Kretschmer, M., Dusollier, S., Geiger, Ch., Hugenholtz, P.B. The European Commission's public consultation on the role of publishers in the copyright value chain: A response by the European Copyright Society. European Intellectual Property Review (E.I.P.R.), 2016, Vol. 38/10, s. 591 – 595. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2801595 [dostupné 05-09-2018].

⁴⁴ V zmysle článku 11 ods. 2 návrhu smernice by sa ochrana nemohla vzťahovať na tie predmety, pri ktorých ochrana už uplynula. Vylúčenie denných správ zase vyplýva z článku 2 ods. 8 Bernského dohovoru o ochrane literárnych a umeleckých diel (vyhláška ministra zahraničných vecí č. 133/1980 Zb.).

⁴⁵ Článok 5 ods. 2 písm. a) a b) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2001/29/ES z 22. mája 2001 o zosúladení niektorých aspektov autorských práv a s nimi súvisiacich práv v informačnej spoločnosti.

v zmysle smernice o osirelých dielach⁴⁶ a právo na primeranú odmenu za verejné vypožičanie v zmysle smernice o nájme a vypožičaní.⁴⁷ Navrhovaná úprava je reakciou na požiadavku vydavateľov, ktorá je aktuálne v rozpore s rozhodnutím Súdneho dvora EÚ vo veci *Reprobel*.⁴⁸ Tento návrh považujeme za spravodlivý a vyvážený, a preto je vhodné ho v budúcnosti podporiť. V praxi to bude potom znamenať to, že aj vydavateľ sa bude môcť – najčastejšie voči organizácii kolektívnej správy – domáhať, aby mu vyplatila časť odmien, ktoré z uvedených titulov vybrala od používateľov. Ale treba nahlas povedať aj to, že uvedený podiel na odmenách a náhradách odmien im bude prislúchať namiesto autorov, čím logicky dôjde k zníženiu príjmov autorov.

3. POVINNOSTI PLATFORIEM NA ONLINE ZDIELANIE OBSAHU (ČL. 13)

Článok 13 bol od zverejnenia prvej verzie návrhu smernice zrejme jej najviac diskutovanou časťou⁴⁹ a aj v procese jej vývoja sa najviac menil. Spája sa s označením „value gap“, čo odráža myšlienku, že príjmy generované z online použitia obsahu chráneného autorským právom a súvisiacimi právami sa nerozdeľujú spravodivo medzi rozličných hráčov v reťazci hodnôt online šírenia, a preto sa vytvára priečast medzi príjmami platforiem na online zdieľanie obsahu na jednej strane a príjmami autorov a iných nositeľov práv na strane druhej.⁵⁰ Reaguje na zmenu online prostredia, ktoré súvisí s pojmom „user-generated content“, teda obsahom, ktorý sa umiestňuje užívateľmi online platforiem.⁵¹ Existuje pritom veľké množstvo typov obsahu generovaného užívateľmi – internetové fóra, blogovacie platformy, sociálne siete ako Facebook, Twitter a Instagram,

⁴⁶ Článok 6 ods. 5 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2012/28/EÚ z 25. októbra 2012 o určitých povolených spôsoboch použitia osirelých diel.

⁴⁷ Článok 5 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2006/115/ES z 12. decembra 2006 o nájomnom práve a výpožičnom práve a o určitých právach súvisiacich s autorskými právami v oblasti duševného vlastníctva.

⁴⁸ Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-572/13 z 12. novembra 2015 Hewlett-Packard Belgium SPRL proti *Reprobel SCRL*.

⁴⁹ Napríklad Angelopoulos, Ch. EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence. 6. október 2016, Kluwer Copyright Blog. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/> [dostupné 05-09-2018] Husovec, M. EC Proposes Stay-down & Expanded Obligation to License UGC Services. 1. september 2016. Huťko's Technology Law Blog. <http://www.husovec.eu/2016/09/ec-proposes-stay-down-expanded.html> [dostupné 05-09-2018].

⁵⁰ Husovec poukazuje na pôvod pojmu, ktorý sa spája s hudobným priemyslom. Husovec, M. EC Proposes Stay-down & Expanded Obligation to License UGC Services. 1. september 2016. Huťko's Technology Law Blog. <http://www.husovec.eu/2016/09/ec-proposes-stay-down-expanded.html> [dostupné 05-09-2018].

⁵¹ V zmysle navrhovaného recitálu 37a sa definícia poskytovateľa služby na online zdieľanie obsahu nevzťahuje na webové stránky, ktoré ukladajú obsah a poskytujú prístup k obsahu pre neziskové účely ako sú online encyklopédie, vedecké alebo vzdelávacie repozitáre alebo platformy vyvíjajúce open source softvér. Vo vzťahu k ostatným subjektom treba uviesť, že predpokladom naplnenia definície je ukladanie obsahu a umožňovanie prístupu k veľkému množstvu chráneného obsahu, čo treba posudzovať pri každom jednotlivom prípade osobitne a do úvahy sa má zobrať kombinácia viacerých prvkov ako je návštevnosť služby a množstvo súborov autorskoprávne chráneného obsahu (rec. 37a).

webové stránky (napr. Reddit), stránky na zdieľanie fotiek (fotobanky) alebo iné zdieľané úložiská (napr. YouTube, Dailymotion, Vimeo, Soundcloud), SW úložiská, či online inzercia.

Súčasný systém je nastavený tak, že sprístupňovanie⁵² chráneného obsahu tretích strán na rôznych online platformách je nastavené tak, že primárne zodpovedá užívateľ, ktorý dané video alebo iný chránený obsah pridáva. Ten vykonáva akt sprístupňovania verejnosti, a teda môže zasiahnuť do práv autora alebo iného nositeľa práv a porušiť jeho práva. Poskytovateľ služby sám nekoná, v zmysle, že nepoužíva diela v autorskoprávnom význame. Avšak za istých okolností môže zodpovedať aj on, avšak len za cudzie konanie, pričom táto zodpovednosť je obmedzenejšia ako zodpovednosť užívateľov za ich vlastné konanie.⁵³ Rozhodnutia národných európskych súdov sa však líšia, čo sa týka pričítania prísnejšej zodpovednosti na základe vedomostí prevádzkovateľa online platformy o skutočnostiach, z ktorých by bolo zjavné, že ide o nelegálnu činnosť alebo informáciu.

Článok 13 tento systém mení a zasahuje tak nielen do autorského práva, ale aj do zodpovednosti sprostredkovateľov. Upravuje sa, že akt verejného prenosu alebo sprístupňovania verejnosti vykonáva poskytovateľ služieb (platforma), keď umožňuje verejný prístup k chráneným dielam alebo iným predmetom ochrany, ktoré nahrávajú užívatelia. Poskytovateľ preto musí získať súhlas od nositeľa práv (oprávnenie na použitie, ktoré sa zvyčajne udeľuje formou licenčnej zmluvy). Takto udelený súhlas sa bude potom vzťahovať aj na úkony nahratia obsahu užívateľmi služby, pokiaľ však nekonajú na komerčnom základe.

Podľa článku 13 ods. 4 návrhu smernice nebude poskytovateľ služby zodpovedný za predpokladu, ak vynaložil najlepšie úsilie na zabránenie dostupnosti daných diel a iných predmetov ochrany tým, že prijme účinné a primerané opatrenia, ktoré zabránenia dostupnosti týchto diel a iných predmetov ochrany na svojich službách a zároveň, na základe oznamenia nositeľa práv urýchlene odstránil alebo znemožnil prístup k týmto dielam a predmetom ochrany a demonštruje, že vynaložil najlepšie úsilie aby zabránil ich budúcemu sprístupneniu prostredníctvom daných efektívnych a primeraných opatrení.⁵⁴

Týmto ustanovením sa zavádzajú ďalšia povinnosť sprostredkovateľom, a to všeobecne monitorovať šírený obsah. Uvedená úprava je pritom v rozpore s článkom 15 smernice o elektronickom obchode⁵⁵ a nie je ani v súlade so skoršími rozhodnutiami Súdneho dvora EÚ vo veciach *Sabam*⁵⁶ a *Scarlet Extended*.⁵⁷ Práve v uvedených rozhodnutiach Súdny

⁵² Ustanovenie § 30 AZ.

⁵³ Bližšie Husovec, M. Zodpovednosť na internete podľa českého a slovenského práva. Edice CZ.NIC. 1. vyd. 2014.

⁵⁴ V pôvodnom návrhu smernice (pozn. č. 1) sa používal pojem „effective content recognition technologies“.

⁵⁵ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2000/31/ES z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode).

⁵⁶ Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-70/10 z 24. novembra 2011 Scarlet Extended SA proti Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

⁵⁷ Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-360/10 zo 16. februára 2012 Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) proti Netlog NV.

dvor EÚ v rokoch 2011 a 2012 uznal, že zákaz všeobecnej monitorovacej povinnosti vyplýva z článkov 8 a 11 Európskej charty základných práv. Sprostredkovatelia tak nemajú povinnosť aktívne monitorovať všetky dáta každého jednotlivého použitia, aby zabránili prenosu obsahu, ktorý porušuje autorské práva alebo iné práva tretích osôb.

Úprava však prináša množstvo otázok a interpretačných problémov. Angelopoulos správne uvádza, že nie je napríklad jasné, čo sa rozumie veľkým množstvom obsahu, čo je jedno z kritérií na posudzovanie, kto sa považuje za poskytovateľa služby online zdieľania obsahu v zmysle článku 2 bod 5 návrhu smernice. Hneď ďalším nejasným kritériom vo vzťahu k samotnému pojmovému vymedzeniu je zase termín „poskytnutie verejného prístupu“ a to, čím sa odlišuje od pojmu ukladanie (ang. storing) v zmysle článku 14 smernice o elektronickom obchode.⁵⁸ Ďalšia, a z ďaleka nie posledná otázka je, prečo sa mení celá koncepcia zodpovednosti sprostredkovateľov⁵⁹ a prečo majú byť sprostredkovatelia automaticky zodpovední za porušenie práv, ktoré spáchali iní.⁶⁰ Predsa existujú aj iné právne možnosti, ako zabezpečiť autorom podiel na príjmoch online platform.

Každopádne, aktuálny vývoj v oblasti prác na novej smernici o autorskom práve, množstvo diametrálne odlišných verzií a s tým súvisiacich otázok a interpretačných problémov je jasným dôkazom, že najlepšie by bolo vrátiť sa na úplný začiatok a na odbornom základe zvážiť nové a lepšie spôsoby riešenia problémov. Už dnes možno nájsť aj konkrétné návrhy, ktoré by boli vhodnejšie ako navrhovaný režim. Menovať možno napríklad režim zákonnej licencie založenej na povinnej výnimke pre individuálnych online užívateľov, ktoré by pokryvalo nekomerčné použitie diel na „user-generated content“ platformách. Táto výnimka by priamo povolovala použitia individuálnych

⁵⁸ Z uvedeného vyplýva, že pojem poskytovateľ služby online zdieľania obsahu je širší ako pojem poskytovateľ hostingu.

⁵⁹ Najmä ak sa Európska komisia zaviazala zotrvať na existujúcom režime zodpovednosti sprostredkovateľov. Avšak sama indikovala, že špecifické problémy sa budú riešiť „len“ s ohľadom na „sectorial, problem-driven approach“. Pozri European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe. 25. máj 2016, s. 9. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-288-EN-F1-1.PDF>

⁶⁰ Angelopoulos, Ch. EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence. 6. október 2016, Kluwer Copyright Blog. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/> [dostupné 05-09-2018].

fyických osôb, ktorí sú koncovými používateľmi platform a zároveň by zabezpečovala systém kompenzácie v prospech autorov a iných nositeľov práv.⁶¹

ZÁVER

Záverom možno konštatovať, že už dnes je z dostupných výskumov a materiálov zjavné, že existujú aj iné, vhodnejšie režimy, ktoré by sa dali v praxi využiť a zároveň by priniesli väčší prospech z pohľadu jednotného digitálneho trhu. V tomto článku sme sa však najmä snažili poukázať na netransparentnosť a nekoncepčný prístup pri tvorbe navrhovanej smernice o autorskom práve, na rozporuplnosť jednotlivých verzií tohto textu, nedostatok dôkazov o jeho pozitívnom vplyve na autorov a iných nositeľov práv a najmä na negatívne účinky, ktoré by vznikli, ak by bola smernica prijatá v aktuálnej podobe. Vzhľadom na uvedené skutočnosti by preto bolo najvhodnejšie vrátiť návrh späť na rokovanie Rady, alebo v ideálnom prípade, vrátiť sa na úplný začiatok a jasne pomenovať problém, jeho príčiny a možnosti jeho riešenia.

POUŽITÉ PRAMENE

1. Adamová, Z. – Hazucha, B. Autorský zákon. Komentár. C. H. Beck, 2018.
2. Angelopoulos, Ch. EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence. 6. október 2016, Kluwer Copyright Blog. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/> [dostupné 05-09-2018]
3. Angelopoulos, Ch. On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market. SSRN, Január 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800 [dostupné 05-09-2018].
4. Angelopoulos, Ch., Quintais, J. P. Fixing Copyright Reform: How to Address Online Infringement and Bridge the Value Gap. 30. august 2018. Kluwer Copyright Blog. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/08/30/fixing-copyright-reform-address-online-infringement-bridge-value-gap/> [dostupné 05-09-2018].

⁶¹ Angelopoulos, Ch., Quintais, J. P. Fixing Copyright Reform: How to Address Online Infringement and Bridge the Value Gap. 30. august 2018. Kluwer Copyright Blog. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/08/30/fixing-copyright-reform-address-online-infringement-bridge-value-gap/> [dostupné 05-09-2018]. Porovnaj tiež ďalšie návrhy Hilty, R., Moscon, V. et al. Modernisation of European Copyright Rules. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition. Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, 2017, č. 17-12. <https://www.ip.mpg.de/en/projects/details/modernisation-of-european-copyright-rules.html> [dostupné 05-09-2018]. Leistner, M. Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2017, roč. 12, č. 2, s. 136 – 149. Senftleben, M., Angelopoulos, Ch. et al. The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform. European Intellectual Property Review, 2018, roč. 40, č. 3, s. 149 – 163. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3054967 [dostupné 05-09-2018].

5. Angelopoulos, Ch. Axel Voss's JURI Report on Article 13 Would Violate Internet Users' Fundamental Rights. 29. jún 2018. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/29/axel-voss-s-juri-report-article-13-violate-internet-users-fundamental-rights/> [dostupné 05-09-2018].
6. Frosio G. F. Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy. 6. február 2017. 112 Northwestern University Law Review 19, 2017, s. 29. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912272 [dostupné 05-09-2018].
7. Hilty, R., Moscon, V. et al. Modernisation of European Copyright Rules. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition. Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, 2017, č. 17-12. <https://www.ip.mpg.de/en/projects/details/modernisation-of-european-copyright-rules.html> [dostupné 05-09-2018].
8. Husovec, M. EC Proposes Stay-down & Expanded Obligation to License UGC Services. 1. september 2016. Huťko's Technology Law Blog. <http://www.husovec.eu/2016/09/ec-proposes-stay-down-expanded.html> [dostupné 05-09-2018].
9. Husovec, M. Zodpovednosť na internete podľa českého a slovenského práva. Edice CZ.NIC. 1. vyd. 2014.
10. IGEL - Initiative Against an Ancillary Copyright. EU Commission tried to hide a study that debunks the publisher's right as ineffective. 3. január 2018 <http://ancillarycopyright.eu/news/2018-01-03/eu-commission-tried-hide-study-debunks-publishers-right-ineffective> [dostupné 05-09-2018].
11. IViR. European Copyright Code (text). <https://www.ivir.nl/copyrightcode/european-copyright-code/> [dostupné 05-09-2018].
12. Julia Reda. Commission to scientists: Stop ruining our copyright plans with your facts and your research! <https://juliareda.eu/2017/12/jrc-paper-copyright/> [dostupné 05-09-2018].
13. Keller, P. The proposed publishers right is an attack on the public domain. 6. januára 2017. <https://www.communia-association.org/2017/01/06/proposed-publishers-right-attack-public-domain/> [dostupné 05-09-2018].
14. Kretschmer, M., Dusollier, S., Geiger, Ch., Hugenholtz, P.B. The European Commission's public consultation on the role of publishers in the copyright value chain: A response by the European Copyright Society. European Intellectual Property Review (E.I.P.R.), 2016, Vol. 38/10, s. 591-595. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2801595 [dostupné 05-09-2018].
15. Kuczerawy, A. Dear European Commission – academics express concern about monitoring obligations in the proposed Copyright Directive. 1. december 2016. KU Leuven CiTiP. <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/dear-european-commission-academics-express-concern-about-monitoring-obligations-in-the-proposed-copyright-directive/> [dostupné 05-09-2018].
16. Leistner, M. Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2017, roč. 12, č. 2, s. 136 – 149,
17. Open Letter to the European Commission. 40 academics all over the EU express their concern about Copyright reform. 30. september 2016. <https://medium.com/eu>

- copyright-reform/open-letter-to-the-european-commission-6560c7b5cac0 [dostupné 05-09-2018].
18. Rosati, E. Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law. European Intellectual Property Review, 2016, roč. 28, č. 11, s. 669-677.
 19. Senftleben, M., Angelopoulos, Ch. et al. The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform. European Intellectual Property Review, 2018, roč. 40, č. 3, s. 149-163. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3054967 [dostupné 05-09-2018].
 20. Bernský dohovor o ochrane literárnych a umeleckých diel (vyhláška ministra zahraničných vecí č. 133/1980 Zb.).
 21. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1128 zo 14. júna 2017 o cezhraničnej prenosnosti online obsahových služieb na vnútornom trhu.
 22. Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/1535 z 9. septembra 2015, ktorou sa stanovuje postup pri poskytovaní informácií v oblasti technických predpisov a pravidiel vzťahujúcich sa na služby informačnej spoločnosti (kodifikované znenie)
 23. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2000/31/ES z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode).
 24. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2001/29/ES z 22. mája 2001 o zosúladení niektorých aspektov autorských práv a s nimi súvisiacich práv v informačnej spoločnosti.
 25. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/115/ES z 12. decembra 2006 o nájomnom práve a výpožičnom práve a o určitých právach súvisiacich s autorskými právami v oblasti duševného vlastníctva.
 26. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2012/28/EÚ z 25. októbra 2012 o určitých povolených spôsoboch použitia osirelých diel.
 27. Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-5/08 zo 16. júla 2009 Infopaq International A/S proti Danske Dagblades Forening.
 28. Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-572/13 z 12. novembra 2015 Hewlett-Packard Belgium SPRL proti Reprobel SCRL.
 29. Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-70/10 z 24. novembra 2011 Scarlet Extended SA proti Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).
 30. Rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci C-360/10 zo 16. februára 2012 Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) proti Netlog NV.

KONTAKT NA AUTORA

zuzana.adamova@gmail.com

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta
Hornopotočná 23
918 43 Trnava
Slovenská republika

prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.¹

Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta

O vlivu digitalizace na soutěžní právo – mnoho povyku pro nic?

On the Impact of Digitalization of Economy on Competition Law – a Storm in a Teacup?

Abstrakt

Nové technologie svou podstatou měnily a mění nejen stávající trhy a poměry na nich, ale i společenské vztahy. To platí dnes pro digitalizaci podobně, jako dříve pro telefonizaci, zavedení parních strojů, elektrifikaci, železniční sítě, komputerizaci. Antitrustové právo by nemělo být používáno k jejich dušení, ale mělo by se zabývat jen fungováním soutěže ve prospěch spotřebitelského blahobytu. Politickou otázkou je rozsah pojmu onoho blahobytu, a zda do tohoto standardu spadá i ochrana spotřebitele. Argumentujeme pro rozumný přístup mezi regulofobií a regulofilií a pro příklon k metodě „případ od případu“ a k pravidlu rozumného úsudku, nežli pro rigidní antitrustové přístupy.

Klíčová slova: *digitální platformy; velká data; cenové algoritmy.*

Abstract

New technologies inherently have been changing both current markets and social relationships. It stands for ongoing digitalization similarly to past introduction and development of railway grids, electricity power, computers and likewise. Antitrust law should not stifle them but rather to care about workable competition in favour of consumer welfare standard. The scope of this standard is a fundamental political issue, namely whether consumer protection falls within this standard. We argue for a case-by case approach based on rule-of-reason that is more appropriate than classical and rigid antitrust toolbox.

Key words: *Digital platforms; big data; pricing algorithms.*

JEL Classification: K2

¹ prof. JUDr. Josef Bejček, CSc. – vedúci Katedry obchodného práva Právnickej fakulty MU v Brne.

ÚVODEM

V informativním příspěvku rozebírám a komentuji vybrané aktuální souvislosti digitalizace ekonomiky a ochrany hospodářské soutěže.² Zaměřuji se na podstatu změn vyvolaných digitalizací ekonomiky a zejména dvou- a vícestranných platforem, které mění nejen maloobchodní a velkoobchodní styk, ale i podmínky soutěže. Závažné jsou mj. možnosti algoritmizace cenových změn, jejich spojení s dokonalou diskriminací zákazníků i spotřebitelů a ztržování (komoditizace) jejich soukromí a osobních údajů. Tyto otázky mají význam nejen pro transparentnost a funkčnost společného evropského trhu, ale i trhů národních. Mají-li uspokojivě fungovat oba trhy, je nezbytné sjednocení či aspoň koordinace přístupu k těmto novým výzvám a asi také opuštění úzkých oborových hranic. Vycházím z předpokladu, že změny v právní úpravě, resp. v její aplikaci jsou nezbytné a že nelze trvat na klasických antitrustových přístupech založených v industriální éře. Není však namísto ani zbrklá rezignace na ochranu soutěže, ale ani kvazirevoluční novátorství. Zdá se, že vlnu tzv. více ekonomického přístupu v soutěžním právu vystřídá či doplní vlna přístupu více technologického, který bude obdobně zkoumat technické účinky v každém jednotlivém případě (Podszun:1).

1. DIGITALIZACE JAKO VÝZVA NEJEN PRO SOUTĚŽNÍ PRÁVO

1.1. Data velkého objemu

Obrovské množství dat produkované a uchovávané díky rozvoji výpočetní techniky³ (tzv. *big data*) se někdy pokládají za základ soutěže, za zdroj růstu produktivity, inovace a spotřebitelského blahobytu⁴, jindy za hrozbu demokracii a přežití lidského rodu. O digitalizaci se dokonce hovoří jako o obdobě další průmyslové revoluce (Mundt:1). Soutěžní právníci se do diskuse zapojili také v podobném rozpětí názorů (Competition Bureau: 2), přičemž oscilují mezi varováními před intervencionismem hrozícím zmrazením investic a podrýváním inovací a soutěže na jedné straně,⁵ a obavami z laxního zavírání očí před velkými daty škodícími soutěži a spotřebitelům na straně druhé. Zlatá střední cesta je žádoucí i v tomto případě; to je ovšem velmi hrubé měřítko, protože ona nemusí vést přesně středem, resp. ne ve všech soutěžně relevantních oblastech a situacích. Rozhodně neplatí ani tady automaticky, že „velké je špatné“. Různá kvantitativní a kvalitativní data mohou být různými subjekty využita mj. k analýzám a ekonomickým

² Z novějších zásadních příspěvků upozorňuji zejména na práce (viz Použité prameny) Ezrachi - Stucke (2016), OECD (2013, 2018), Alexiadis, Poláček, Šmejkal, Salaschek/Serafimova, Dewenter/Linder, Kalimo/Majcher, Khan. Problém se tedy zásadně týká i jednoho z hlavních témat letošního sympózia – legislativní a aplikační otázky jednotného digitálního trhu.

³ V globální novočeštině tzv. „big data“ ⊕. Překladatelská služba EU překládá termín *big data* jako „data velkého objemu“ (Zpráva Komise: 14), ale to je zužující, neboť charakteristiky pojmu *big data* jsou širší a velkoobjemovost je jen jednou z nich. Asi nám nezbude, než pro odbornou terminologii převzít přesnější a mezinárodně srozumitelný anglicismus, nebo používat pojem „velká data“ jako *terminus technicus*. . .

⁴ Big data se pokládají za podstatná ekonomická aktiva, jež mohou poskytovat firmám významnou soutěžní výhodu (Stucke, Grunes: 1).

⁵ V éře *big data* může hrát antitrust podle skeptiků jen omezenou roli, protože získávání a používání velkých dat onlinovými firmami není typ chování uchopitelného antitrustovými zákony (Tucker, D. S., Wellford, H. B.: Big Mistakes Regarding Big Data, cit. podle Grunes, Stucke: 2).

rozhodnutím ve vztahu k různým subjektům. Na druhé straně ovšem evidentní tendenze ke spontánní či záměrné monopolizaci digitálních platform ohrožují rozvoj ekonomiky a spotřebitelský blahobyt, a proto musí zůstat v centru pozornosti. Namísto spotřebitelského blahobytu a přebytku jakožto kritéria chování podnikatelů lze pozorovat sklon k blahobytu a přebytku výrobců spolupracujících na maximálním vytěžení zákazníků (spotřebitelského přebytku) a teprve potom soutěž o kořist (Ezrachi/Stucke, 2016: 234). Nic nenasvědčuje tomu, že by digitalizace představovala novou „neviditelnou ruku“, jež by po způsobu přírodního zákona zajistila optimální soutěž.

Přesná definice „velkých dat“ nemá smysl; shoda je na tom (OECD 2016: 2), že jde o sběr, zpracování a analýzu data se třemi „V“ (*volume, velocity, variety*). Zahrnují tedy rozsah dat, jejich šíři a zpracovatelnost v reálném čase, přičemž pro hodnotu dat je rozhodující specifická technologie a analytické metody.

Někteří podnikatelé provozují obchodní modely založené převážně na přístupu k rozsáhlým souborům dat obecně veřejně nepřístupných. Datová výhoda může lehce přejít do výhody soutěžní. Sofistikované metody sběru, propojení a analýzy dat umožňují obrovskou rychlosť reakce na změny na trhu, usnadňují přesnou a selektivní segmentaci zákazníků a jejich individuální, skupinovou, profesní či jinou diskriminaci ve prospěch obchodníků; umožňují i velmi rychlá a skrytá protisoutěžní ujednaní (např. formou cenotvorných algoritmů či jiných koluzních scénářů). Ve spojení s „internetem věcí“ vytvářejí podhoubí pro manipulovatelnost spotřebitelů a zákazníků⁶ a pro oslabení nebo vyřazení soutěžních tržních mechanismů (podobně Ezrachi/Stucke: 20,21). Digitální zpruhlednění trhu na druhé straně může soutěži i napomoci, protože se hypoteticky přibližuje jedné z podmínek dokonalého trhu, a to dokonalé informovanosti o stávajících nabídkách a poptávkách a téměř okamžité reakce na ně.⁷ Digitální pomocníci, kteří budou schopni předvídat a ovlivňovat potřeby a přání uživatelů, nejsou dnes již *science fiction* (Stucke, Ezrachi:1243).

Data jsou předmětem rozsáhlých úprav soukromého i veřejného práva; kartelověprávní úprava je epizodická ve srovnání s úpravou práva na ochranu dat či spotřebitelského práva. Nemůže zastupovat jiné hmotněprávní úpravy, neboť „nikoliv každý nežádoucí výsledek na trhu představuje soutěžní problém“ (Grave, Nyberg: 368),

⁶ Byl popsán případ manipulace Googlu s výsledky vyhledávání na jeho vyhledávácích - u více jak 20 % (v některých demografických skupinách i 80 %) došlo k posunu v hlasovacích preferencích, aniž si někdo z ovlivněných byl vědom manipulace (výzkum Roberta Epsteina cit. v Stucke, Ezrachi: 1275).

⁷ V praxi to ovšem zase tak samozřejmě nefunguje, jak mj. dokládá případ zmanipulovaného vyhledáváče GoogleSearch zvýhodňujícího (pořadí výsledků vyhledaných spotřebiteli ve vyhledáváči) vlastní nebo propojené obchodníky. Komise uveřejnila rozhodnutí v případu AT 39.740 18. 12. 2017. Je samozřejmě předmětem kritiky z opačných pozic, a to pro nekonzistentnost a nesprávnosti. Zejména se kritizovalo, že obrovská pokuta (2.42mld. €) byla uložena po nadějných jednáních směřujících k přijetí závazků k ochraně soutěže ze strany Googlu na narovnání, ale po prudkém obratu se prosadila nová a nevyzkoušená teorie újmy (srov. Bergqvist: 151). Jinde (Höppner: 421) se tvrdí, že svým zvýhodňováním Google nikomu neodepřel obchodování. Zásada stejněho zacházení prý neznamená, že by Komise vyčítala Googlu diskriminaci a možnost dominanta zvýhodňovat svoje dcery. Zneužití spočívá nikoliv v nerovném zacházení na webových stránkách, ale v přenosu tržní moci, jemuž se rozhodnutím brání. Google se má vrátit k původnímu systému stejných kritérií pro všechny webové obsahy.

ale kartelové právo koriguje právě jen soutěžní problémy. Proto je třeba před speciální soutěžněprávní analýzou prověřit soulad s jinými předpisy upravujícími data.⁸

Ve vztahu k velkým datům se potýkáme s několika mýty, jež se ovšem setkávají s protiargumenty (srov. Stucke/Grunes: 4). Ty popírají, že by zákony na ochranu soukromí sloužily jiným cílům než soutěžní právo; že běžné antitrustové nástroje plně vyhovují pro posuzování velkých dat; že trhy běžně řeší jakoukoli otázku ochrany soukromí; že v onlinových odvětvích založených na datech nepůsobí síťové efekty a že jsou v nich nízké překážky vstupu; že pokud data mají vůbec nějaký soutěžní význam, tak jen malý, protože jsou všudypřítomná a všeobecně k dispozici za nízké náklady a navíc společnosti nemohou vyloučit přístup menších konkurentů ke klíčovým datům nebo k využití dat pro získání soutěžní výhody; že by se soutěžní úřady neměly znepokojovat datovými odvětvími, neboť soutěž vždy přichází z překvapivých zdrojů (kdo by před 15 lety předvídal úspěch Googlu nebo Facebooku?) a spotřebitelé mají vždy prospěch z bezplatných onlinových služeb a přitom rozumně neočekávají ochranu soukromí.

Právě ochrana soukromí je neuralgickým bodem využívání velkých dat.⁹ Nejde přitom výlučně o ochranu soukromí jako hlavní cíl, který mají i jiné předpisy, ale i o soutěžněprávní problém, protože ochrana soukromí a využívání citlivých dat představuje významný necenový kvalitativní parametr soutěže. Pozornost soutěžních úřadů se zpravidla soustředí na platící stranu vztahu při zkoumání cen, která však ovlivňuje onu podporovanou stranu vztahu, která ev. neplatí vůbec. Proto se začínají zkoumat obě strany vícestranných platform.¹⁰ Konstatuje se (Kalimo/Majcher: 229), že není rozhodující pouhá cenová úroveň, ale především cenová struktura. Dvoustranná platforma nabízí zboží a služby pod průměrnými variabilními náklady, pod marginálními náklady nebo dokonce se ztrátou na podporované straně a vynahrazuje si svoje ztráty na placené straně trhu. Zisky dvoustranné platformy a objem transakcí závisejí na rozložení cen mezi dvěma stranami trhu, a ne pouze na onech cenách samotných. Uživatelé služeb poskytovaných zdarma na podporované straně platformy často platí skrytu nepeneněžitou cenu v podobě zpřístupnění osobních dat. Jsou-li data na digitálním trhu oběživem (platidlem), měl by se dát určit jejich peněžní ekvivalent odpovídající transakcím prováděným výměnou za data, aby se vůbec dala odhadnout férovorost „cen dat“. Pokud je mi známo, taková metodika dosud stanovena není.¹¹

⁸ Německý Bundeskartellamt právě takto postupuje. Vysetřuje Facebook za zneužití dominantního postavení na německém trhu sociálních sítí formou sběru a využití dat ze třetích zdrojů; řízení se netýkalo sběru dat přímo platformou Facebooku (Schrader: 1). BKA vychází z paralelní příslušnosti Úřadu na ochranu dat, protože přístup k datům je podstatným faktorem pro postavení podniku v soutěži. Tento celostní přístup se v Německu setkal s kladným ohlasem (Schulzki-Haddouti: 1).

⁹ Na jaře 2018 se jí zabýval i senátní výbor Kongresu USA a dlouze vyslýchal majitele Facebooku M. Zuckerberga (Javůrek).

¹⁰ Neřádné soustředování soukromých údajů a nakládání s nimi lze samozřejmě podřadit i pod skutkovou podstatu zneužití dominance vynucováním nepřiměřených obchodních podmínek (pokud se před tím dovodí dominance takové zneužívající platformy).

¹¹ Osobní data mají nejen snad svoje peněžní vyjádření, ale i obsah lidské důstojnosti, který se vzpírá peněžnímu vyjádření nebo jiné objektivizaci či instrumentalizaci. I když by soutěžní právo použilo osobní data jako měřítko necenové soutěže, právo na ochranu dat tuto instrumentalizaci vnitřně limituje svým materiálním vlivem na soutěžní právo. Obě oblasti práva jsou proto účinnější ve vzájemné symbióze a synergii, přestože mají zvláštní a odlišné cíle (Costa-Cabral/Lynskey: 11, 49-50).

Ztráta soukromí se pokládá za snížení kvality zboží nebo služeb (Stucke/Grunes: 5) – to se ovšem při soutěžní analýze nedá přehlédnout – právě ve vztahu k ceně.¹² Obtíže při identifikaci snížené ochrany soukromí nejsou důvodem, proč by se neměla pokládat za soutěžní újmu. Navíc není soukromí veřejným statkem typu znečištění ovzduší nebo zaměstnanosti, ale součástí vyjednávání spotřebitelů o využití onlinových služeb. To samozřejmě nevylučuje konflikt s tradičními (a pohodlnějšími) názory soudů či antitrustových úřadů, že výrobkový trh pro služby typu elektronického vyhledávání neexistuje a že onlinová média jsou jen dalším druhem tradičních médií, v nichž lze spotřebitele ignorovat (Stucke/Grunes: 6).¹³

Tzv. velká data jsou vnitřně velmi strukturovaná a nelze je posuzovat z jednodušeně a šmahem. Mohu se týkat jak soutěžitelů, tak zákazníků a spotřebitelů. Jejich znalost mezi podnikateli znamená mj. vyšší transparentnost, jež může soutěž jak zostřit, tak i zmírnit nebo vyloučit. Znalost dat o spotřebitelích může vést k přesvědčovací reklamě, jež může soutěž zkreslit, ale adresná informativní reklama může naopak soutěž zostřit a zpřesnit (Johnson: 3).

1.2. Sdílená ekonomika a dvou- a vícestranné platformy. Data jako plavidlo a ochrana soukromí

Digitální sektor se v současnosti stal klíčovým faktorem růstu (OECD 2012, executive summary: 5). Klasické jednostranné trhy obecně charakterizované vztahem (*largo sensu*) dodavatele a odběratele jsou stále častěji nahrazovány a doplnovány trhy dvou- a vícestrannými. Dá se pozorovat stále větší přesun obchodování z klasických „obchodů na hlavních třídách“ do internetových platform. V některých oblastech tzv. vícestranné platformy již převažují. Vícestranné platformy propojují přímo či nepřímo dvě nebo více skupin zákazníků, kteří se vzájemně potřebují a nedokážou se (tak účinně) propojit „na svou vlastní pěst,“ takže využívají katalyzátoru platform a dosahují mj. úspory transakčních nákladů. Účast přinejmenším na jedné straně platformy ovlivňuje hodnotu účasti té druhé skupiny nebo skupin (externality v podobě síťových efektů; OECD 2018:131, 189).

Je asi přesnější hovořit o platformách než o trzích, protože to umožní rozlišit zboží a služby podle způsobu jejich nabídky a obchodování s nimi. Některé digitální platformy (OECD, 2018: 10) jsou jen dvoustranné (pro prodávající a spotřebitele), jiné mohou být trojstranné (spotřebitelé, dodavatelé obsahu a zadavatelé reklamy) či mnohostranné (platební karty).

Někdy (Alexiadis: 95) se platformy dělí podle kritéria cílových osob na platformy spojující vrstevníky (P2P), obchodníky s obchodníky (B2B) či obchodníky se spotřebiteli (B2C). Jiné dělení (podle funkčnosti) rozlišuje vyhledávače (GoogleSearch, TripAdvisor), elektronická on-line tržiště (Amazon, Booking.com, eBay), společné ekonomické sítě na „sdílenou“ nebo „propojující“ ekonomiku (Uber, Airbnb), sociální sítě (LinkedIn, Instagram, Facebook) a obchody s aplikacemi (Apple's App Store, Google Play; Evropská komise:11).

¹² S tím souvisí i níže uvedený námět na odlišná kritéria vymezení relevantního trhu testem SSNDQ (srov. Lexology LIDC, 18. 5. 2018).

¹³ Autoři tamtéž konstatují, že kdyby byla data volně dostupná jako sluneční svit, společnosti by nevynakládaly velké prostředky na získání a analýzu dat k zajištění soutěžní výhody vztahující se k datům.

Mnohostranné platformy nejsou novinkou a existovaly již dříve,¹⁴ ale digitalizace jim poskytla možnosti dříve nevídání a masové využití. Platformy nemusí přitom být výhradně nástroji transakce (jako třeba Airbnb, Amazon nebo Uber), ale mohou třeba jen poskytovat obsah některým uživatelům nebo přístup k publiku jiných uživatelů.¹⁵ U dvoustranných plaforem, na nichž probíhají transakce (Airbnb) se vymezuje jediný relevantní trh; u dvoustranných plaforem netransakčních se definují dva propojené trhy (např. u platebních karet jde o trh služeb pro držitele karet a trh služeb pro obchodníky; OECD 2018:42). Protože digitální platformy zahrnují několik vrstev trhu s různými druhy uživatelů (mnohaúrovňový trh), jsou sotva použitelné klasické metody vymezení relevantního trhu (SSNIP¹⁶) a uvažuje se o zaměnitelnosti z hlediska spotřebitelů a/nebo dodavatelů při hledání jiného náhradního způsobu zaměřujícího se spíše na funkčnost a kvalitu než na cenu (SSNDQ¹⁷). Německý zákon proti omezení soutěže rozšířil svou působnost tím, že zavedl ve své 9. novele dokonce možnost zahrnout do relevantního trhu i poskytování služeb, za něž se neposkytuje peněžní protiplnění. Za dodatečný faktor při hodnocení tržní síly plaforem a sítí prohlásil sítiové efekty a přístup k datům (Mundt: 2).¹⁸

Digitální platformy umožňují jak korektní soutěžní chování, tak i chování vyloučovací. V tom se nelíší od klasických dvoustranných plaforem. Liší se však v obtížnosti detekce protisoutěžního chování, jež je vyšší u plaforem digitálních. Dvoustranné platformy se pokládají za zvlášť „úrodnou půdu“ pro vyloučovací chování (OECD 2018: 121), ale i pro zvláštní vertikální omezení (tamtéž: 213). Soutěž může být zejména omezena či zkreslena černými pasažéry využívajícími bezplatný přístup k digitální plafomě, pokud je přístup

¹⁴ Např. televize nebo noviny propojující čtenáře či diváky s inzerenty či zadavateli reklam; burzy propojující kupce s prodejci; supermarkety propojující výrobce s nakupujícími.

¹⁵ Youtube, Facebook, Twitter aj. např. propojují spotřebitele s dodavateli obsahu a s inzerenty. Na rozdíl od prve skupiny vztahů při poskytování služby (*service-based*) se v tomto případě hovoří o vztazích při poskytování podpory (*subsidy-based*; OECD 2018: 190). Jedna strana kryje náklady druhé strany s přístupem k plafomě, ale neposkytuje ani nenabízí další služby přivádějící uživatele k plafomě. Provozovatel plafomě má zájem rychle zvyšovat počet jejich bezplatných uživatelů (sítiový efekt), neboť tím zvyšuje zájem a ceny za služby poskytované druhé straně (typicky inzerentům).

¹⁶ *Small but significant non-transitory increase in price.*

¹⁷ *Small but significant non-transitory decrease in quality.* Podle zprávy japonského antimonopolního úřadu. Srov. Lexology, LIDC, 18. 5. 2018. Spotřebitelské hodnocení kvality jakožto necenového parametru soutěže může být zkresleno skutečností, že je něco „zdarma“. Tržně silné společnosti si mohou dovolit poskytovat zákazníkům menší ochranu soukromí než v soutěžní prostředí (nepřímo Stucke/Grunes: 8, 9). Proto nelze ochranu soukromí ignorovat ani z hlediska ochrany soutěže a pokládat ji jen za problém ochrany spotřebitele. Konkurenční spolu zápolí o přístup k co nejvíce „velkým datům“ a jejich využívání přispívá k jejich tržní síle. Bezprecedentní možnosti propojuvání velkých dat a jejich zneužití přesahuje rámec jednoho odvětví a ve spojení s manipulativními možnostmi aplikované behaviorální psychologii ohrožuje nejen soutěž, ale i víru v autonomii vůle lidí jak ve věcech veřejných, tak i v záležitostech soukromých.

¹⁸ Podle § 18 odst. 2a německého GWB se tedy za součást trhu nepovažuje již jen to úplatné plnění, ale i bezúplatné protiplnění, je-li na takovém trhu možné omezování konkurenta či vykořistování dodavatele či odběratele. To mění dřívější opačnou judikatorní praxi: OLG Düsseldorf, 9. 1. 2015 VI-Kart 1/14 (V), 35 HRS-Bestpreisklauseln, marg. č. 35 (zdroj: přednáška cit. v následující poznámce + <https://www.sueddeutsche.de/news/leben/tourismus-verbot-fuer-hrs-bestpreisklauseln-bleibt-bestehen-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-150109-99-01062>).

k inzerovanému zboží možný i mimo platformu. To na prvý pohled opravňuje zavést jistá vertikální omezení (např. omezení distribuce jen prostřednictvím digitální platformy), která je však nutno podrobit klasické soutěžné ekonomické analýze vertikálních omezení.¹⁹ Samotná „digitalizace“ problému není patrně žádným kvalitativním předělem. Objevují se přitom (Alexiadis:123) omezení typu nejlepší ceny²⁰ (*MFD*: „*most favoured nation*“), přímých zákazů obchodovat přes online platformy, zákazů prodeje přes určité platformy, dvojí ceny odlišené podle toho, zda se prodává online, nebo v kamenných obchodech.

Výzvy pro soutěžní právo představují charakteristické rysy digitalizace, jež vede k dynamickému nárůstu tržní moci²¹ ve velmi krátké době (vítěz bere vše), která ovšem může být jen přechodná. Velikost nemusí být v této oblasti nutně spojena se záporným hodnocením. Významné jsou síťové efekty²², jež mohou být jako prosoutěžní (zvyšují kvalitu a hodnotu výrobků a služeb, spouštějí a urychlují inovace včetně interoperabilních navazujících technologií), tak i protisoutěžní (zvyšují bariéry vstupu a náklady přestupu k jinému produktu, hrozí uzavíracím efektem a monopolizací). Někdy se existence síťových efektů a přímá úměra mezi počtem dat o zákaznících a soutěžní výhodou popírá (Evans/Schmalensee).²³ Tvrdí se, že univerzální přístup není přínosný a že by se mělo postupovat případ od případu, neboť okolnosti, za nichž může vést chování v mnohostranné platformě k omezení trhu, jsou úplně stejné jako v případě že způsobují prosoutěžní efekty (Colangelo/Maggiolino:141).

Standardizace může být prosoutěžní (zvyšuje interoperabilitu: zaměnitelnost a propojitelnost výrobků a služeb), ale může též přerušt ve zneužití dominance²⁴ nebo omezit dynamickou efektivnost, protože tlumí diferenciaci výrobků a služeb. Dá se také

¹⁹ SDEU rozhodl 6. 12. 2017 velmi kontroverzně ve sporu Coty Germany GmbH v Parfumerie Akzente GmbH (C-230/16), že zákaz výrobce luxusního parfémů, aby jeho selektivní prodejci prodávali zboží přes internet, je přípustný kvůli luxusnímu image parfémů. Přitom však měli distributoři povoleno prodávat parfém přes internet v rámci vlastních internetových obchodů. V roce 2011 přitom SDEU rozhodl (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, C-439/09), že ochrana luxusního zboží nemůže nikdy odůvodnit totální zákaz internetu. Tento vývoj se setkal s kritikou (např. v přednášce prof. Reinharda Ellgera z MPI Hamburg dne 10. 5. 2018 na PrF UK v Praze) jak co do výsledku, tak co do odůvodnění. Paušální zákaz přístupu členů selektivního distribučního systému k třetím platformám omezuje soutěž; přitom existují třetí platformy, jež se právě na prodej luxusního zboží zaměřují.

²⁰ Německý BKA zakázal již v r. 2013 hotelovému portálu HRS uplatňovat klauzuli nejlepší ceny na internetu. Inzerující hotely byly zavázány neuplatnit jinde na internetu ani při objednávce na místě lepší cenu za tutéž nabídku, a to pod hrozobou vyřazení ze seznamu hotelů na vyhledávači. Pokládalo se to za vertikální omezení soutěže, omezující svobodnou tvorbu cen nabízejících hotelů a omezující soutěž mezi rezervačními hotelovými portály (Wey:119).

²¹ Uvádí se (Polák, č. 11: 41), že sdílená ekonomika (jež je bez digitálních plaforem sotva myslitelná, pozn. JB) má přirozenou tendenci k tržní dominanci, nebo dokonce k monopolizaci).

²² A to jak přímé (jako u sociálních sítí, v nichž je přímá úměra mezi počtem uživatelů a přitažlivostí sítě), tak i nepřímé (počet uživatelů výrobku oslovouje jinou skupinu, z čehož plynou výhody pro původní skupinu uživatelů výrobku (např. vývojáři softwarových aplikací se orientují na komplementaritu svých produktů s dominantním OS, což zvýhodňuje uživatele OS i nových aplikací).

²³ Podle těchto názorů jsou síťové efekty spojeny ne s počtem zákazníků, ale se správnými zákazníky a naivní teorie síťových efektů vedou k salónním teoriím a laciným ideologickým sloganům, namísto důkazů.

²⁴ „*De facto* standardizace“, „vítěz bere vše“, *first mover advantage*“, *gatekeeper effect*...

zneužít ke strategické koncentraci digitálních patentů a posílení dominance při vyjednávání o patentech (OECD 2012, Hearings:12).²⁵

Digitalizace platforem znamená často nadnárodní (ne-li celosvětové) hranice relevantního trhu. Křížové podpory platforem navíc znesnadňují vymezení věcně relevantních trhů. Digitalizace činí spolupráci podnikatelů nezbytnou, což ovšem potenciálně ohrožuje soutěž mezi nimi. Účinné vymáhání soutěžního práva předpokládá nejen mezinárodní spolupráci, ale též hluboký vhled do technického charakteru platforem a jejich dopadu na chování trhů. Posuzovat se přitom musí jak soutěž uvnitř platforem, tak i soutěž mezi platformami. Nezřídka se meziplatformové soutěži musí částečně obětovat soutěž vnitroplatformová.²⁶

Platformy jsou transparentní a výměna informací jejich prostřednictvím je bleskově rychlá a navíc může být zautomatizována (zalgoritmizována) a formálně se může ocitnout mimo vůli jednajících podnikatelů, kteří v konkrétním případě nedosáhli vzájemného srozumění předpokládaného jako základ skutkové podstaty kartelu. Proto je legitimní otázka, zda je vůbec všeobecný zákaz kartelů vhodný i u dvou a vícestranných trhů (Dewenter/Linder: 19n.); odpovídá se na ni většinou kladně, neboť zásadní důvody pro vynětí ze zákazu neexistují a systém výjimek zákonních či blokových se uplatní i tady.²⁷

Digitální platformy typicky informačně dominují nad uživatelem, a to nejen spotřebitelem. Tato asymetrie může být využita ke komoditizaci osobních údajů a soukromí uživatelů. Osobní údaje a další nespecifická citlivá data se užívají jako „*de facto* platičko“ za formálně bezúplatný přístup do platformy. Hodnota těchto údajů může být pro provozovatele platformy zajímavější než případná provize ze samotných zprostředkovávaných transakcí a data se mohou stát tím hlavním obchodním artiklem (Polák: 2017, č. 10: 43). Formální souhlas se zpracováním údajů je často alibistický a ze strany slabší strany fakticky neodmítnutelný nebo dokonce neuvědomovaný. Soutěžní právo se tedy potýká s novými výzvami, ale také se zpochybňováním své užitečnosti a schopnosti adekvátně reagovat na bouřlivý technologický vývoj.

Běžně se rozlišuje mezi platformami a superplatformami; sice bez přesného kritéria, ale superplatformu (kterou využívají nebo na ní přímo závisí jiné platformy nebo jiní velcí hráči) typu Google nebo Facebook přesto spolehlivě pozná každý. Prostřednictvím těchto platforem se soutěží (o zákazníky, o podíl na trhu: typicky digitálních produktů a služeb či reklamy), ale i spolupracuje (typicky při výměně informací, která umožnuje jejich propojení a ziskovější využití).²⁸ Pokládáme-li informace za jedno z hlavních aktiv se soutěžním potenciálem, je spolupráce konkurentů v této oblasti atakem na soutěžní prostředí.²⁹

²⁵ Bez ohledu na použitou technologii platí principy licencování patentů „*FRAND*“ (*Fair, Reasonable And Non-Discriminatory*).

²⁶ Což připomíná vertikální omezení soutěže, která jsou s analogickým zdůvodněním (ve vztahu mezi vnitrozačkovou a meziznačkovou soutěží) připuštěna (srov. např. výhradní obchodní zastoupení).

²⁷ Jiná věc je ovšem obtížnější detekce kartelů, zejména cenových. O tom pojednávám níže.

²⁸ Tuto ambivalenci vyjadřuje angličtina složeným novotvarem *frenemies* (*friends/enemies*; Ezrachi, Stucke: 145n.).

²⁹ Výše citovaní autoři používají pro ilustraci *frenemies* analogii se lví smečkou, která se v zájmu společného úspěchu spojuje v honbě za gazelí kořistí.

Digitalizace umožnila i vznik tzv. blockchainů umožňujících dodavatelům a zákazníkům přímé spojení bez pomoci třetích osob. Řetězec počítačů zaznamenává všechny předem schválené a verifikované směny. Vzniká tak jakási veřejná účetní kniha zaznamenávající každou transakci a omezující podvody. Používá se hojně ve finančnictví, pojištění, dopravě. Z hlediska soutěžní politiky vznikají četné výzvy: především je kontroverzní možnost sledovat obchodní ceny (a tedy koludovat), byť je cenová transparentnost dvousečná a může být i prosoutěžní; jde o výměnu dalších mnohdy citlivých informací; obsahuje standardizační potenciál se všemi výhodami i riziky; nevylučuje omezení přístupu k blockchainu, což může být zneužitím dominance a zkreslením soutěžního prostředí; blockchainové konsorcium může přerušit ze strategické aliance do intenzity spojení soutěžitelů (srov. OECD 26. 4. 2018). Zkušenosti s tímto novým jevem zatím neumožňují nějaké zobecnění a není ani jasné, zda by soutěžní úřady měly mít (preventivní nebo vyšetřovací) právo vstupu do blockchainu.

2. CENOVÉ ALGORITMY

2.1. Cenové kartely a cenové algoritmy

Pozorování a analýza chování spotřebitelů a soutěžitelů se stále více svěřuje počítačům. Softwarově se sledují ceny tisíců konkurentových položek a velmi rychle se reaguje vlastními cenovými změnami.³⁰

Soutěžitelé se mohou díky algoritmům chovat koordinovaně i bez výslovného lidského pokynu (některí senzacechtiví novináři dokonce prohlašují, že cenové algoritmy znamenají nutnost zabývat se spiknutím strojů). Narušuje se tím kategorie úmyslu nebo vzájemného srozumění, z níž vychází klasická kartelová doktrína. Cenové algoritmy³¹ mohou přinejmenším přispět k otevřené kolizi proto, že plní roli „zprostředkovatelů informací mezi konspirátory“ a urychlují výměnu příslušných informací nutných k udržení kartelu v podstatě jen na pouhé okamžiky. Tím v podstatě vylučují, že některý z účastníků může bez odezvy spolupracujících konkurentů kartelu narušit a těžit z toho jen pro sebe. Projevuje se tu paradox transparentnosti trhu, jež na jedné straně umožňuje zákazníkovi a spotřebiteli svobodnou a informovanou volbu, ale na straně druhé vybízí konkurenty ke sjednocení cen cenovým následováním nebo koluzí.

Algoritmy také mohou usnadnit kolizi učiněnou mlčky, a to díky mizivým nákladům na informaci o postupu protivníka a na okamžitou reakci na něj. Znejasňuje se tím hranice mezi vědomým koluzivním jedním a mezi cenovým následováním (paralelismem), jež se samozřejmě nezakazuje a zakázat nemůže, protože by podrylo podstatu tržní interakce. Tacitní koluze je mezi uživateli cenových algoritmů nejen možná, ale přímo nevyhnutná (zprostředkován: Mc Sweeny/O'Dea:78). Samotnou podstatu kartelu – tedy srozumění

³⁰ Více než polovina maloobchodníků sleduje online ceny konkurentů a 67 % využívá programy zaměřené na toto sledování. Většina společností potom přizpůsobuje své ceny konkurenci, některé automaticky a přednastaveně na základě algoritmů (Commision Staff Working Document: 171).

³¹ Přirozeně se nabízí otázka, zda mohou existovat i jiné algoritmy než cenové (kvalitativní, množstevní...) Byly by sotva proveditelné a účelné, pokud by se neprojevily v ceně jakožto všeobecném měřítku a výrazu i necenové soutěže.

konspirátorů – cenové algoritmy ani tzv. velká data samozřejmě nemohou změnit. Mohou ji ovšem lépe skrývat a důkazně znesnadňovat.

I když je tacitní (nezáměrná) koluze nepostižitelná zákonem, neznamená to, že je žádoucí (Ezrachi/Stucke, 2016: 66). Nástroje, které ji umožňují a usnadňují (tedy dnes zejména cenové algoritmy), by měly být pod bedlivým dozorem příslušných orgánů. Jinak totiž hrozí, že koordinované cenové chování (podle vnějších znaků nerozeznatelné od cenového následování) se bude muset pokládat za cenové následování, jež je nepostižitelné, ač půjde o záměrnou koluzi. Přitom samozřejmě hypoteticky mohou existovat monitorovací férové cenové algoritmy s jediným cílem optimalizovat cenové následování, proti nimž nelze nic namítat.³² Pokud se však odpovědní pracovníci domluví na cenové fixaci a jejím nástrojem bude algoritmus jakožto technologická „prodloužená ruka“ lidské vůle, nelze „jej“ činit odpovědným (Ezrachi/Stucke, 2016: 42) bez ohledu na to, že se tím psychologická hranice citlivosti vůči nezákonnému jednání přece jen snižuje.

Algoritmy obecně mohou být i prosoutěžní (OECD 2017:14n). Na dodavatelské straně zvyšují transparentnost, jež vede ke zlepšování výrobků a vývoji nových, takže zvyšují soutěžní tlak. Na straně poptávky podporují spotřebitelskou poptávku a poskytují informace o necenových parametrech (kvalita, spotřebitelské preference). Prosoutěžní efekty se pojí i s algoritmy cenovými, byť jsou středem zájmu spíš proto, že umožňují konkurentům (dokonce bez *přímé* lidské spoluúčasti) nahradit explicitní koluzu skrytou koordinací.

Cenové algoritmy lze členit podle různých hledisek.³³ Mohou být zaprvé jen pouhým technickým nástrojem klasické koluze; mohou být též založeny na principu *hub-and-spoke*.³⁴ Může ovšem dojít i ke kvalitativně vyšší úrovni koluze mezi algoritmy - zde se rozlišuje mezi situací, kdy se strany mlčky svěří svým algoritmům v rámci podnikatelské strategie sjednocování cen (klasická koluze), a situacemi, v nichž vystupují autonomní stroje, aniž existuje domluva nebo úmysl sladit společnou vůli (ty mohou mít i samoučící

³² Nepočítáme-li povzdech, že jsou podle výsledku bohužel k nerozeznání od těch algoritmů koluzivních (blíže k tématu srov. Kupčík, J.: Cenové následování v perspektivě digitálních trhů, nepublikovaný rkp. Příspěvku do časopisu Antitrust, bod. V., dosud nepublikováno). Tento autor poznamenává, že cenové algoritmy se hodnotí vesměs negativně, ale přitom mohou být nastaveny i k cenovému boji, tedy ke snížení cen. Dominává se, že to je poněkud mylný dojem plynoucí z toho, že algoritmizace v současnosti hrozí nebezpečím skryté koordinace. Proti cenové algoritmizaci, že zvyšuje soutěžní tlak tím, že zvyšuje transparentnost trhu a rychlosť možné reakce na změny podmínek dokonale soutěže, umožňujícím spotřebitelům a zákazníkům informovaný a rychlý výběr, nelze nic namítat. Se strukturovaností cenových algoritmů je nutno souhlasit. Jistě není teoreticky vyloučena existence „bojovných algoritmů“ zaměřených na snížení cen, ale (bez z opory v empirii) lze s úspěchem pochybovat, že by riskantní cenovou (korektní i predátorskou) strategii svěřili konkurenční strojům. Je docela možné, že končí éra soutěže, jak jsme ji znali dosud (Ezrachi/Stucke) a že cenová soutěž ztrácí kvůli digitalizaci rozhodující roli ve prospěch diferenciace produktů (Kupčík, op. cit.).

³³ Referuji o jednom takovém členění, které je logické a účelné z hlediska regulatorního přístupu k tomuto jevu (Salaschek/Serafimova: 11-14).

³⁴ Obrazné označení pro „náboj kola“ (*hub*, typicky nesoutěžitelné), prostřednictvím něhož se informace šíří „špicemi“ (*spokes*) k soutěžitelům, jejichž chování se tak koordinuje. Typickým příkladem je Uber, nebo situace, v níž třetí „nezúčastněná“ osoba – facilitátor (srov. rozsudek SDEU z 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, ve včeti AC-Treuhand AG v Evropská komise) organizuje a manipuluje dorozumění mezi soutěžiteli, ač sama na stejném relevantním trhu nesoutěží.

vlastnosti).³⁵ Soutěžitel se může protiprávně zmocnit algoritmu konkurenta a používat jej bez srozumění s ním pro své vlastní účely.³⁶

Algoritmy mohou plnit i roli monitoringu cen konkurence, proti němuž nelze vznášet legitimní námitky jen proto, že tvorbou jakéhosi „kondenzačního jádra“ podstatně usnadňují cenové následování (paralelní cenově adaptivní algoritmy) nebo koluzi.³⁷ Plní tím v podstatě jen rychleji to, co se očekává od trhu. Cenový paralelismus je standardní a zákonitý zejm. na oligopolních trzích s homogenními produkty a nelze jej stíhat jako nezákonnou dohodu jen podle jeho výsledku.

Cenové algoritmy nejsou nové ve své podstatě,³⁸ ale v obrovských možnostech svého zpracování na výkonných a propojených počítačích. Tyto možnosti posouvají na vyšší úroveň i tzv. kartely *hub-and-spoke*.³⁹ Nikoliv každé využití počítačů ve vztahu k tvorbě cen musí být závadné (Pereira: 221n). Využití počítačového monitoringu k replikaci ceny vedoucí firmy na trhu (prosté cenové následování) není kartelové právně relevantní. Otázka (důkazní) však je, jde-li skutečně jen a pouze o toto chování a o nic jiného. Stažení a zavedení cenového algoritmu je již sporné, protože snižuje (ne-li odstraňuje) nejistotu o chování konkurentů na trhu, což zakládá protiprávnost. Sporné je též využití algoritmů získaných konkurenty a jejich dekódování, jež může vést k monopolistickým ziskům.

Poukazuje se na to, že (bezsubjektové) algoritmy jsou imunní vůči standardním donucovacím prostředkům jako vězení, peněžní sankce či ostuda a že by mohly zvýšit pravděpodobnost, že by lidé mohli ztratit jakékoli mravní obavy odmítáním vztahu a odpovědnosti mezi sebou a počítači (Ezrachi/ Stucke, 2015:37).⁴⁰ Proto se propaguje možnost, aby příslušné soutěžní úřady mohly vstupovat do počítačových sítí včetně datových úložišť a aby měly přístupová práva k heslům (Pereira: 215). Názory na postupu vůči této tendenci zbavovat se odpovědnosti se pohybují od zavedení objektivní

³⁵ Pokud takové algoritmy vyhodnotí sladění cen jako hospodářsky nejúčelnější způsob chování, může se tento „autonomní“ postup přesto hodnotit jako sladěné chování.

³⁶ Podezření z koordinace se lze bránit technickými a softwarovými prostředky typu odchylek dat, randomizace („znáhodňování“) a kódování (druh technické „compliance“). Doporučuje se „okradenému“ podnikateli, aby si v takovém případě upevňoval alibi i právním postupem proti protiprávnímu nabyvatelům algoritmu.

³⁷ Existují mobilní aplikace zobrazující ceny pohonného hmot u každé místní stanice, což vypadá prosoutěžně. Ovšem znemožňuje to image být levnou stanicí (v milisekundách může na pohyb ceny reagovat konkurence), snižuje to motivaci ke slevám a ceny naopak mohou růst, pokud se algoritmy nastaví na tuto reaktivní strategii (Ezrachi/Stucke 2016: 63-64).

³⁸ Do učebnic vstoupil např. velký americký elektrický tendrový kartel z padělých let, jehož účastníci využívali pro určení vítězné nabídky mezi nabídkami krycími měsíční fáze (Westinghouse Electric Corporation, GE Electric Company and Allis Chalmers Manufacturing Company, v the Judges of the US District Court, District of Utah, Central Division, 311 F. 2d-10th Cir. 1962; Pereira: 215).

³⁹ V případu ETURAS (Case C-74/14, 21. leden 2016) rozhodoval SDEU o postupu litevských spřeženců na online trhu rezervačních služeb E-Turas. Litevský soutěžní úřad pokutoval cestovní agenturu Eturas (*hub*) za účast ve sladěných postupech týkajících se slev za rezervační služby. Eturas stanovil strop těchto slev a informoval cestovní kanceláře (*spokes*). Ty se neohradily a ani neoznámily postup soutěžnímu orgánu. Komunikace mezi uživateli online platformy vedla tedy k dohodě podobné klasické kartelové dohodě „v zakouřené místnosti“.

⁴⁰ Předseda německého BKA sdělil veřejnosti, že jím vedený úřad poprvé čelil argumentaci (v případu Lufthansa), že za vzestup cen je odpovědný cenový algoritmus. Lufthansa nakonec uznala, že společnosti se nemohou schovávat za algoritmy, jež používají (Mundt: 3).

odpovědnosti za použité algoritmy zejm. u toho, kdo z jejich použití nejvíce těžil (včetně odpovědnosti za návrh algoritmu), přes limitaci počtu cenových změn v čase (přehled podává Šmejkal: 83 n). Není možné činit odpovědným samotného programátora, jenž cenový algoritmus zpracoval nebo toho, jenž jej na objednávku použivatele obstaral.

Převládá názor, že odpovědnost za protisoutěžní využívání cenového algoritmu by měl soutěžitel nést i v případě, že neexistuje důkaz o koluzní dohodě či o takovém záměru. Dá se hovořit (v jisté analogii k doktríně tzv. zvláštní odpovědnosti dominanta, jejíž nedodržení může vést ke zneužití dominance) o doktríně „zvláštní cenově-algoritmické odpovědnosti“ za návrh a fungování cenového algoritmu (Pereira: 224). Vzhledem k tomu, že se jevově nedá odlišit výsledek spontánního cenového následování (paralelního chování) od vědomého srozumění, uvažuje se i o regulaci formou vyvratitelné domněnky znalosti takových důsledků cenových algoritmů (Salaschek/Serafimova:14), jež by nutila soutěžitele vkládat do algoritmů mechanismy bránící koordinaci. Důkazní břemeno o úmyslu či záměru koludovat jinak bude na soutěžním úřadu. V hraničních případech cenového paralelismu je zřídkakdy unese.

Samotné použití cenového algoritmu nelze ani z faktických ani z právních důvodů pokládat za per-se zakázané jen proto, že je potenciálně nebezpečné. Zneužít se dá totiž, což není důvod k zákazu všeho zneužitelného. Patrně se budeme muset smířit s myšlenkou, že na digitálních trzích se nejen vědomý paralelismus (Ezrachi/Stucke 2016: 70), resp. tacitní koluze (OECD, 2017: 36, 51) budou vyskytovat častěji a že touto cestou soutěžitelé dosáhnou stejných výsledků jako za pomoci tvrdých kartelů. Možnosti cenových algoritmů (včetně vševidoucího digitálního „božího oka“ navíc v podstatě znemožňují účastníkům tvrdých kartelů podvádět ostatní a vydělávat na nedodržování kartelové dohody, protože to je okamžitě a všem patrné a ostatními účastníky kartelu trestatelné (Ezrachi/Stucke 2016: 81).

Sotva lze podle mého soudu dosud právně připustit nějaké kompletně autonomní algoritmizované rozhodování o cenách, spojené se samoučením (Göhsl:121). Ona autonomie může být softwarová, nikoliv však právní. Přístup k algoritmům je ovšem dosti rozkolísaný – určitě není nijak rigidní a nezříká se vyvažování kladných a záporných účinků kartelů, analogicky jako u kartelů „standardních“.⁴¹

⁴¹ Lucemburský soutěžní úřad rozhodl v čistě domácí kauze o povolení výjimky ze zákazu horizontálních cenových kartelů, protože uznal kladný dopad algoritmu na spotřebitele. Algoritmus původně jen doporučoval maximální jízdné v taxicích, ale ve skutečnosti určoval konečnou cenu pro zákazníka, jež se nedala vyjednáváním změnit. Přínosy spočívaly např. ve snížení počtu prázdných jízd a znečištění životního prostředí, jež jsou koneckonců ve prospěch spotřebitelů, kteří proto mají nakonec jízdné levnější a při kratším čekání na službu. Úřad dovolil přínos pro spotřebitele i nezbytnost omezení soutěže. Pokud by ceny nebyly fixovány, zákazníci by se obraceli na místně nejbližší taxi. Nebezpečí pro soutěž na trhu úřad neindikoval, protože příslušná platforma operovala jen na 26 % relevantního trhu. Jde o docela ojedinělý případ výjimky z horizontálního cenového kartelu, jehož zákaz se běžně posuzuje jako objektový, při němž se nemusí dokazovat škodlivost (*per-se*). Tento přístup také jistě nelze zobecnit (srov. MLL NEWS).

Monopolní komise německého BKA zahájila již konzultace o cenových algoritmech. Uznala, že jejich nasazení může mít pozitivní účinky pro spotřebitele, ale že s sebou nese rovněž řadu rizik (transparentnost trhu urychluje a automatizuje přizpůsobování cen a může usnadnit explicitní koluzi; explicitní koluze je navíc postradatelná, neboť její potřeba kvůli algoritmizaci klesá; samoučící algoritmy předsouvají potenciální koluzivní podnikatelská rozhodnutí o algoritmu před okamžikem určení ceny; algoritmy znesnadňují odhalení koluzivního chování antitrustovými úřady). Na lednu 2019 plánuje EK konferenci o tvorbě soutěžní politiky v éře digitalizace (Ritz/Marx).

2.2. Cenové algoritmy a cenová diskriminace

Nebezpečí algoritmů pro soutěž i pro blahobyt spotřebitele může plynout z možnosti dokonalé cenové diskriminace na trhu. (Mc Sweeny/O'Dea: 78n; Ezrachi/Stucke: 83n). Dopad diskriminace na soutěž je ovšem dvousečný.⁴² Cílená diskriminace může zvýšit tržní výstup a snížit ceny pro určité skupiny zákazníků, ale i zvýšit pro jiné. Cenová diskriminace může získat velkou podporu z tzv. velkých dat.⁴³ Ta jsou s to velmi přesně odhadnout cenovou hladinu, kterou je jednotlivý spotřebitel (resp. specifikovaná skupina) ochoten akceptovat.⁴⁴ Umožňují cílenou inzerci a také individualizované zobrazení ve vyhledávačích, takže všichni spotřebitelé nemusí obdržet při zadání téhož produktu shodné výsledky, ale různým lidem se poskytují různé webové verze (Ezrachi/Stucke 2016: 93). Je možná dokonale individualizovaná cenová diskriminace.⁴⁵ Různé věrnostní programy poskytují obchodníkům velmi přesná a personalizovaná data o zákaznících a spotřebitelích, využitelná k individuálnímu marketingu.

Předmětem sledování jsou ovšem stále více nejen „onlinové“ aktivity, ale i aktivity „offline“; to umožňuje vytvářet a zjemňovat osobní profil každého zákazníka a manipulovat jej (včetně použití metod behaviorální psychologie) se záměrem maximálně vyčerpat jeho ekonomický potenciál. Nebezpečná je masová individualizace a transparentnost zákazníků, jež může vést k tématu dokonalé diskriminaci každého z nich. Přitom jde o asymetrický vztah, jehož důsledků si nemusí být zákazník vůbec vědom. Nezdopovězeno zůstává, zda (ev. v jakém rozsahu) dokonalá cenová diskriminace povede

⁴² Zákazníci jsou ochotni zaplatit za produkt podle odlišné poptávkové síly různou cenu, neboť se liší jejich tzv. rezervační cena, již jsou ochotni zaplatit. Producenti vytěží z diskriminačních prodejů více než při stejných cenách a navíc se zvýší spotřebitelský blahobyt, neboť zboží a služby si dopřejí i spotřebitelé, kteří by je za jednotnou cenu (pohybující se nad jejich cenou rezervační) nekoupili. Zvýšený výnos přispívá k rychlejší návratnosti fixních nákladů a k vyšší dynamické efektivnosti (spotřebitelský blahobyt; blíže Bejček: 181).

⁴³ Cenu lze díky jím činit závislou na řadě ukazatelů, jako je např. vlastnictví auta, nebo třeba i politické názory či jiné propojené ukazatele (Mc Sweeny/O'Dea: 77n).

⁴⁴ Tzv. rezervační cena. Kladný rozdíl mezi ní a cenou skutečnou je spotřebitelský nadbytek či přebytek (*consumer surplus*). Big data ve spojení s cenovými algoritmy umožňují „vyždímat každou minci pod úrovní rezervační ceny“ a to individualizovaně. Rezervační cena se vyjevuje typicky při aukcích, ale dá se extrapolovat i pomocí velkých dat a algoritmů.

⁴⁵ Ta se liší od dosud běžné dynamické plošné diskriminace (jiné ceny v předprodeji a jiné na poslední chvíli; jiné v mrtvých časech a jiné ve špičkových hodinách; jiné u čerstvého a jiné u staršího zboží atp.).

nakonec k „vykořisťování bohatších“, ke znehodnocení rozdílů v příjmech, k niveliaci spotřeby a k demotivaci, což by měnilo možná i makroekonomické funkce trhu.⁴⁶

3. MEZI REZIGNACÍ NA REGULACI A JEJÍM ROZŠÍŘENÍM A „ZJEMNĚNÍM“

Použití tzv. velkých dat jako druhu nepeněžního plavidla klade vyšší nároky na sběr, uchování a používání dat. Veřejnoprávní regulace je v této oblasti nezbytná.⁴⁷ Přitom se v praxi stírají kompetenční hranice a jeden zájem lze chránit či podporovat i na základě formálně odlišných ochranných účelů.⁴⁸ Soukromoprávní a veřejnoprávní metody musejí působit synergicky. Dá se předpokládat posun ve prospěch ochrany spotřebitelů, zákazníků i soutěže v řadě opatření, mj. zvýšením požadavků na soutěžitele používající cenové algoritmy (vyvratitelná domněnka cenových dopadů, povinnost programovat prevenci koluze). Ochrana spotřebitele a jeho soukromí může být i cílem agentury specializované na jinou hodnotu (hospodářskou soutěž). Namísto úzké specializace se možná prosadí spíše celostní přístup. Námítky proti takové „nelegitimní extenzi antitrustového pověření“ se samozřejmě vyskytují také (Alexiadis: 149 s odkazem na Dolmanse).

Řada klasických ekonomických moudr se v digitální ekonomice modifikuje či popírá a právo na to musí reagovat. Mimo jiné uznáním jednotného globálního nebo panevropského trhu onlinových služeb a harmonizací ochrany spotřebitele při uzavírání onlinových smluv.

Internet není z definice nepřítel soutěže, byť jej někteří velcí hráči k omezení soutěže dokázali využít. To se však stávalo a stává i v klasických (tradičních) odvětvích. Internet a s ním spojená digitální ekonomika nejsou přičinou omezení soutěže; naopak mohou

⁴⁶ Tyto obavy jsou asi prozatím poněkud paranoické. Dopady cílené individualizované cenové diskriminace by zmírňovala samoregulace trhu a informační zpětná vazba. Cenově individuálně diskriminující obchodníci by sami velmi brzo narazili na odmítání zákazníky, kteří by vseměs takovou diskriminaci pokládali za neférovou. Nikdo ze zákazníků navíc není tak naivní a v takové míře odkázán na internetové reklamy a vyhledávače, aby (*ex post i ex ante*) neviděl, za jakou cenu se dá zboží běžně na trhu pořídit. Digitální transparentnost by fungovala jako negativní zpětná vazba.

Stejně jako existují digitální obchodníci, formují se i digitální spotřebitelé a zákazníci, kteří by se postupem proti sobě dokázali účinně bránit, mj. detekcí cenových algoritmů a hromadným bojkotem jejich uživatelů. Funguje zatím i konkurence klasických kamenných obchodů. V praxi se ostatně mnoho příkladů uskutečně cenové diskriminace neobjevilo. Britský *Office for Fair Trading* konstatoval, že podnikatele informace o jednotlivcích nevyužívají k tomu, aby jim zvedli ceny (Dolmans et al.: 6).

⁴⁷ GDPR je mj. jedním z kroků také v této oblasti.

⁴⁸ V Německu se zatím na úrovni oznámení BKA konstatovalo, že Facebook zneužil svoje dominantní postavení na trhu sociálních služeb tím, že jako podmínu přístupu k sociální síti vyžadoval po uživatelích dalekosáhlý souhlas se zpracováním jejich osobních dat (zejm. dat „off-Facebook“), jež by mohl podle vlastní úvahy zpracovávat a vyměňovat si s jinými podnikateli. Záležitost se sice dala řešit i prostřednictvím úřadu pro ochranu dat, ale ujal se ji BKA, jenž má za cíl ochranu soutěže. Důležitější než formální byrokratické kompetence je sociální a ekonomický dopad opatření. BKA může sloužit zprostředkování i ochraně spotřebitele i bez prosazování nějaké speciální digitální agentury (Körber:173). Data se chápou jako protihodnota ve směně za účast na sociální síti. Každému uživateli musí být dnes jasné, že internet zkrátka není zdarma (Wiemer: 53).

zejména svojí transparentností a tlakem na inovativnost soutěž velmi zosřít. Před regulatorními intervencemi (jež někdy nezbytné být skutečně mohou navzdory riziku, že zpomalují nebo dusí inovace) by tedy měla dostat přednost tržní a technologická reakce na ohrožení soutěže. Regulace by se měla připustit (Dolmans et al.: 8), jen pokud má legitimní cíl, dále je-li přiměřeným a účinným prostředkem k dosažení tohoto cíle a nejsou-li k dispozici méně restriktivní možnosti.⁴⁹ Mělo by se přitom vycházet z důkazů, a nikoliv z ideologie a z obav či z přání chránit stávající účastníky na trhu.⁵⁰

Kvalitativní posun v digitalizované ekonomice a obchodu je nepopiratelný a musí se to projevit mj. i v soutěžním právu⁵¹, v právu spotřebitelském, v právu na ochranu údajů, v postupu proti nekalým obchodním praktikám, v právu trestním apod. Najde odraz v požadavcích závazkového práva na férovorst obchodních podmínek – excesivní cenou může být v digitální éře neproporční (a nikoliv absolutně nezbytné) a nerelevantní soustředování osobních údajů a nakládání s nimi.⁵²

Časem lze i u nás očekávat rozšíření internetu věcí a obavy že se dostaneme do područí digitálních asistentů, kteří vědí o nás a našich zvyčích (nejen nákupních) více, než tušíme, a než by nám milo a mohu být obratně využívání obchodníky, ale i jinými zainteresovanými; mohou mít i špehovací funkce a jejich propojení⁵³ může z dlouhodobého hlediska silně ohrozit svobodu a soukromí lidí výměnou za krátkodobé pohodlí (Stucke/Ezrachi, 2017:1293,1298).

Právní intervence mohou být *ex ante* nebo *ex post*; ty prvé zaváňejí předpojatostí a ideologičností. Předběžná opatrnost není v tomto případě rovna snaže regulovat vše, co je možno, ale jen to, co je nezbytné. Regulace by neměla mrazit technologický vývoj, ale korigovat jeho důsledky pro soutěž a blahobyt spotřebitele v nezbytných případech a v nezbytné míře.

Jde o to, zda budeme považovat platformy či superplatformy za inherentní kvazipřirozené monopolisty a podle toho je regulovat, nebo zda by měla dostat šanci soutěžní autoregulace. Ta ovšem dnes zahrnuje i možnost korekční intervence: pohlížet na superplatformy jako na tzv. podstatná zařízení (*essential facilities*) a umožnit

⁴⁹ Tak třeba sofistikované cenové algoritmy budou velmi pravděpodobně s to si s plošnými a těžkopádnými regulacemi poradit.

⁵⁰ Jednou z možností ochrany je limitace frekvence změn maloobchodních cen benzínu, jako např. v Západní Austrálii (Göhsl: 123). Z dlouhodobého hlediska nemá tato intervence žádný pozitivní cenový dopad.

⁵¹ Objevil se pojem *Data-opolies*, tedy jakési obdoby monopolů, které na rozdíl od monopolů patrně nemají moc vnucovat spotřebitelům vyšší ceny. Vzbuzuje ale jiné vážné obavy, jako méně soukromí a méně inovací. Mohou být trvalejší než monopoly a snáze se vyhýbat antitrustovému řízení (Stucke, 2018: 275n).

⁵² Typu projednávaného před německým BKA v případu Facebook (srov. Kalimo/Majcher: 232, kteří v této souvislosti poukazují na čl. 5 GDPR). Neurčitý koncept pootivosti je pojítkem mezi soutěžním právem a právem na ochranu údajů a může podporovat ochotu jednotlivců vstupovat na trh. Celostní a nesegmentační přístup k různým oblastem práva z hlediska jeho funkci, a nikoliv umělých doktrinálních rozhraničování, povede k prolínání právně politických cílů a ochranných účelů.

⁵³ TV přijímače, osobní počítače, chytré mobily a domácí přístroje, bezpečnostní kamery, chytré auta...

(budoucím) konkurentům za určitých podmínek do nich vstoupit (Khan:790, 800).⁵⁴ To je ovšem hodně neliberální přístup, jenž se nepochybně setká se značným odporem principiálním i lobbistickým.

Opatrnější přístup metodou „případ od případu“ nadělá méně škody než přesvědčené regulatorní nadšení; týká se to samozřejmě nejen vztahů B2C, ale i B2B.⁵⁵

ZÁVĚR

Digitalizace umožňuje bezprecedentní růst zisku a faktické tržní moci těch, kteří mají výhodu prvního úspěchu, jenž z nich učinil tzv. „vrátné“ digitálního trhu. Zákazníci a spotřebitelé jsou krátkodobě většinou spokojeni,⁵⁶ ale dlouhodobá rizika ztráty soukromí, manipulace a společensko-ekonomického portrétování každého z nás jsou závažná. Tzv. neviditelná ruka trhu se stále více digitalizuje, velcí digitální hráči nejsou jiřízeni, ale oni naopak tuto ruku vedou. Tzv. soutěžní cena se možná stává kvůli tomu již pouhou fikcí a blíží se⁵⁷ ceně plánované (Ezrachi/Stucke, 2016: 209, 211, 216).

Dá se očekávat zejména tlak na zúžení možnosti behaviorální manipulace – dokonalá informace o sběru informací a možnost odhlásit se z nich, namísto dnešního bezmocného a neinformovaného snášení ztráty soukromí jako vedlejšího důsledku pohybu na digitálním tržišti. Prosazuje se i legitimní princip přihlašovací (*opt-in*) na základě písemného ověřitelného souhlasu a v rozsahu nutném pro poskytnutí zboží či služby, takže „defaultní“ by měla být ochrana soukromí, namísto snášení technologií v soukromí slídicích dokonce bez možnosti *opt-out* (volně Ezrachi/Stucke, 2016: 227). Měl by být také každému zákazníkovi zajištěn snadný přístup k datům, jež o něm vedou podnikatelé

⁵⁴ Tato doktrína se ovšem tradičně uplatňuje u hmotné infrastruktury typu mostů, dálnic, přístavů, rozvodních sítí apod. U superplatformy Amazon se dovolouje velmi pravděpodobné a těžko odhalitelně omezení soutěže formou cenového predátorství a dále postavení bezprecedentního prostředníka, na němž závisí ostatní obchodníci – zejména díky soustředěným informacím o obchodnících užívajících služby Amazonu, jež tyto obchodníky oslabují jako konkurentry Amazonu. Doporučuje se zachovat tradiční přístup soutěžního práva s cílem udržet tržní strukturu a soutěžní proces, a ne se zhlížet v krátkodobém spotřebitelském blahobytu, jenž je evidentní (Khan: 803; odkazuje se na citát z The Economist z 26. 3. 2016: „Zisky jsou příliš velké. Amerika potřebuje notnou dávku soutěže“).

⁵⁵ Německý BKA je v tomto směru zřejmě evropským průkopníkem nepředpojatých a odpovědných postupů, které nebrání technickému rozvoji, jenž naopak má prosoutěžní účinky. Tak např. 7. 12. 2017 uvítal vytvoření digitální obchodní platformy ECEMENT. Na ní si účastníci nevyměňovali cenové informace a zákazníci získali možnost najít nové dodavatele. Ceny se určovaly elektronickou aukcí a ECEMENT fungoval jako dražitel a konzultant a garant plateb. Dodavatelé cementu platili poplatek za každou uzavřenou smlouvu. ECEMENT ustoupil od záměru uveřejňovat směrné ceny (*benchmark prices*). Jde o příklad využití digitální platformy ke zprůhlednění trhu a k jeho vyšší soutěživosti. Dne 28. 2. 2018 byla povolena digitální platforma ocelářských výrobců, jež usnadňovala přístup k trhu a zvyšovala jeho transparentnost, aniž na ní probíhala protisoutěžní výměna informací o cenách nebo o disponibilitě výrobců (přístupno na https://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Press/Pressreleases/pressreleases_node.html).

⁵⁶ Byť masově podléhají vnějšímu diktátu svých potřeb. Spoluzakladatel Applu Steve Jobs se cynicky vyjádřil, že „není úkolem spotřebitelů vědět, co potřebují“ (Ezrachi/Stucke, 2016: 215).

⁵⁷ U platform typu Uber a superplatformy jako Google, Facebook, Apple či Amazon.

a mělo by být možné jejich vymazání. Proti cílené diskriminaci⁵⁸ by měla působit povinnost sdělit, zda se informace týká jen příslušné webové stránky nebo je obecná. Porušení této povinnosti by se mělo stíhat jako klamavá a nekalá obchodní praktika.

Větší transparentnost trhu a rychlosť tržní reakce díky digitalizaci jsou dvousečné a nevedou ke vzniku trhu dokonalého, jakkoliv jsou podle teorie jedněmi z předpokladů takového trhu. Informace o tržním chování a o soukromí jsou jako protihodnota za bezplatné digitální služby sotva ekonomicky kalkulovatelné, i když mají obrovskou ekonomickou hodnotu již v dnešní době. Komplexnější a meziodvětvový přístup k jejich ochraně a rozšíření obsahu pojmu „spotřebitelský blahobyt“⁵⁹ se zdá být prozatím odpověďí na tuto výzvu.

Digitalizovaná ruka trhu sama spotřebitelský blahobyt nezajistí; spíše hrozí, že jej nezřídka skrytě a nepozorovaně přesouvá do cizích kapes. Měla by občas (ovšem po rozumné úvaze) „dostat přes prsty“. Střetu o obsah a rozsah této rozumnosti jsme již léta svědky a snad občas i strůjci.

POUŽITÉ PRAMENY

1. ALEXIADIS, P.: Forging a European Competition Policy Response to Online Platforms, *Business Law International*, ISSN 1467632X, Vol. 18, No 2, May 2017, str. 91-154.
2. BEJČEK, J.: Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu, ISSN 1214-7966, *Právní fórum*, 2008, č. 5, s. 181-192.
3. BERGQVIST, CH.: Google and the search for a theory of harm. *ECLR*, ISSN 0144-3054, 2018, Vol. 39, Issue 4, str. 149-151.
4. BUNDESKARTELLAMT:
Pressreleases, https://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Press/Pressreleases/pres_sreleases_node.html.
5. COLANGELO, G., MAGGIOLINO, M.: Applying two-sided markets theory: the Mastercard and American Express decisions. *Journal of Competiton Law & Economics*, ISSN 1744-6414, 2018, 14 (1), str. 115-143.
6. COMPETITION BUREAU OF CANADA: Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada, Draft Discussion Paper, November 2017, dostupno na <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04304.html>
7. COSTA-CABRAL, F., LYNSKEY, O.: Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law, *Common Market Law Review*, ISSN 0165-0750, 2017, vol. 54, str. 11-50.
8. DEWENTER, R., LINDER, M.: Kartelle in zweisetzigen Märkten, *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2017, Heft 1, str. 19-27.

⁵⁸ Typu „není k dispozici“ (třeba u služeb rezervačních) nebo „nejlepší cena“.

⁵⁹ To, že je nějaká aplikace zdarma, nemusí být znakem spotřebitelského blahobytu, pokud není tento přínos porovnán s necenovými (kvalitativními) parametry soutěže (Ezrachi/Stucke, 2016: 242). I zde se projevuje moudrost, že „zdarma bývá drahé“.

9. DOLMANS, M., TURNER, J., ZIMBRON, R.: Pandora's box of online ills: We should turn to technology and market-driven solutions before imposing regulation or using competition law, *Concurrences*, ISSN 2116-0090, 2017, No 3, str. 1-9.
10. EUROPEAN COMMISSION: Commision Staff Working Document – Preliminary Report on E-commerce Sector Inquiry, přístupno na http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf.
11. EVANS, D. S., SCHMALENSSEE, R.: Network effects. March to the Evidence, Not the Slogans. *Antitrust Chronicle*, ISSN 2168-1155, August 27, 2017, 72 stran.
12. EVROPSKÁ KOMISE: Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě, Sdělení Komise COM (2015) 192 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC01928>
13. EZRACHI, A., STUCKE, M. E.: *Virtual Competition*, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2016, 356 s., ISBN 9780674545472.
14. EZRACHI, A., STUCKE, M.: 2015, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, <http://ssrn.com/abstract=2591874>, přístup 9. 4. 2015.
15. GÖHSL, J. F.: Algorithm Pricing and Article 101 TFEU. *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2018, Nr. 3, str. 121.
16. GRAVE, C., NYBERG, J.: Die Rolle von Big Data bei der Anwendung des Kartellrechts, *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2017, Nr. 7-8, str. 363-368.
17. HÖPPNER, T.: Google Search (Shopping): Etablierte Missbrauchskrierien für digitalen Präzedenzfall. *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2017, Nr. 9, str. 421.
18. JAVŮREK, K.: Mark Zuckerberg je na koberečku u amerického kongresu a prozrazuje, jak funguje Facebook. *Živě.cz*, 21. 4. 2018, <https://www.zive.cz/clanky/mark-zuckerberg-je-na-koberecku-u-americkeho-kongresu-a-prozrazuje-jak-funguje-facebook-sledujete-zive/sc-3-a-192659/default.aspx>.
19. JOHNSON, P. A.: Should we be concerned that data and algorithms will soften Competition? *Competition Policy International Chronicle* 2017, May, str.1-5. Dostupno na <https://www.competitionpolicyinternational.com/category/antitrust-chronicle/antitrust-chronicle-2017/spring-2017-volume-1-number-2>.
20. KALIMO, H., MAJCHER, K.: The Concept of Fairness:Linking EU Competition and Data Protection Law in the Digital Marketplace, *European Law Review*, ISSN 0307-5400, 2017.Issue 2, str. 210 – 228.
21. KHAN, L. M.: Amazon's Antitrust Paradox, *The Yale Law Journal*, ISSN 0044-0094, 2017, Vol. 126, str. 710-804.
22. KÖRBER, T.: Das Bundeskartellamt auf dem Weg zur Digitalagentur? *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2018, Nr. 4, s. 173.
23. LEXOLOGY LIDC, 18. 5. 2018; Japan: Big Data and the big reveal. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx>.
24. Mc SWEENEY, T., O'Dea, B.: The Implications of Algorithmic Pricing for Coordinated Effects Analysis and Price Discrimination Markets in Antitrust Enforcement, *Antitrust*, Vol. 32, No 1, Fall 2017: str. 75-81.
25. MLL NEWS. 2018, 21.7. www.mll.news.com.
26. MUNDT, A.: Sixty years and still exciting – the Bundeskartellamt in the digital era. *Journal of Antitrust Enforcement*, ISSN 2050-0688, 2018, Nr. 6, str. 1-4.

27. OECD 26. 4. 2018: Blockchain Technology and Competition Policy, DAF/COMP/WD (2018) 47, 9 str.
28. OECD, 2017, Algorithms and Collusion, Competition Policy in the Digital Age, <http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.
29. OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, Executive Summary, 29-30 November 2016, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf), 5 str.
30. OECD, The Digital Economy, DAF/COMP (2012) 22, 07 Feb 2013, <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>, 196 str.
31. OECD: Rethinking Antitrust Tools for Multisided Platforms 2018, Brussels. www.oecd.org/dat/competition, 228 s.
32. PEREIRA, V.: Algorithm-driven collusion: pouring water into new bottles or new wine into fresh wineskins? *ECLR*, ISSN 0144-3054, 2018, No 5, str. 212-227.
33. PODSZUN, R.: Kartellrecht in der Internet- Wirtschaft: Zeit für den more technological approach, *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2014, Nr. 3, str. 1, Kommentar.
34. POLČÁK, R.: Fenomén internetových platforem, *Právní rádce*, ISSN 1210-4817, roč., 2017, č. 11, str. 38-43.
35. POLČÁK, R.: Virtualizace sdílené ekonomiky a fenomén internetových platforem, *Právní rádce*, ISSN 1210-4817, roč. 25, 2017, č. 10, str. 42-45.
36. RITZ, CH., MARX, L.: Digitale Wettbewerbsordnung im Aufbruch. <http://hoganlovells-blog.de/2018/07/09/digitale-wettbewerbsordnung-im-aufbruch/#>.
37. SALASCHEK, U., SERAFIMOVA, M.: Preissetzungsalgorithmen im Lichte von Art. 101 AEUV, *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2018, Nr. 1, str. 8-17.
38. SCHRADER, K.: Bundeskartellamt wirft Facebook den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beim Sammeln und Verwerten von Daten aus Drittquellen vor, 28. 2. 2018, <https://deutschland.taylorwessing.com/de/newsletter/technology/bundeskartellamt-wirft-facebook-den-missbrauch-einer-marktbe>
39. SCHULZKI-HADDOUTI, CH.: Datenschutzaufsicht und Bundeskartellamt gemeinsam gegen Facebook, 19.12. 2017, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschutzaufsicht-und-Bundeskartellamt-gemeinsam-gegen-Facebook-3923455.html>
40. STUCKE, M. E., EZRACHI, A.: How Digital Assistants Can Harm Our Economy, Privacy and Democracy, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, 2017, str. 1239-1299.
41. STUCKE, M. E., GRUNES, A. P.: No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data, *The Antitrust source*, ISSN 2471-8270, 2015, April, 14 str.
42. STUCKE, M.: Should We Be Concerned About Data-opolies? *Georgetown Law Technology Review* 275 (2018), str. 275-324.
43. ŠMEJKAL, V.: My nic, to roboti! Protikartelové právo a cenové algoritmy, *Antitrust*, ISSN 1804-1183, roč. 8, 2017, č. 3, s. 80-85.
44. WEY, Ch.: Beste Preise im Internet: Die HRS-Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 20. 12. 2013, *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2014, Heft 2, str.

45. WIEMER, F.: FACEBOOK: Kartellrechtlicher Datenschutz – das Ende der Gratiskultur im Internet? *Wirtschaft und Wettbewerb*, ISSN 0043-6151, 2018, Nr. 2, s. 53.
46. Zpráva komise Radě a Evropskému parlamentu o šetření v odvětví elektronického obchodování COM (2017) 229 final ze dne 10. 7. 2017, Brusel, 17 str.

KONTAKT NA AUTORA

josef.bejcek@law.muni.cz
Masarykova univerzita v Brně
Právnická fakulta
Veveří 70
611 80 Brno
Česká republika

Mgr. Michal Černý, Ph.D.

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

Garance kvality služeb - využití označení původu, zeměpisných označení, certifikačních známek nebo (kolektivních) záručních známek pro vyznačení služeb zvláštní či garantované kvality na Vnitřním trhu EU

Service quality Guarantee - use of designations of origin, geographical indications, certification marks or (collective) guarantee marks to designate special or guaranteed quality services in the EU Internal Market

Abstrakt

Příspěvek se zabývá otázkami regulace právních nástrojů, které slouží k označení produktů zvláštních vlastností (zejména jakosti), a to se zvláštním akcentem na označení služeb. Doplňkově se zabývá také otázkami jiných regulací služeb.

Klíčová slova: Právo duševního vlastnictví. Systém jakosti, ochranná známka, certifikační ochranná známka. Označení původu, zeměpisné označení. Služba, zboží. Nezemědělské výrobky. Zemědělské výrobky a potraviny. Evropská unie. Ženevský akt k Lisabonské dohodě na ochranu označení původu a zeměpisných označení.

Abstract

This paper deals with the regulation of legal instruments, which serve to designate products of special characteristics (especially quality), with a special emphasis on the designation of services. Additionally, it deals with issues of other service regulations. It analyzes legal instruments - in particular designations of origin, geographical indications and (certification) trademarks.

Key words: Intellectual Property Law, Quality System, Trademark, Certification Trademark. Designation of origin, geographical indication. Service, goods. Non-agricultural products. Agricultural products and foodstuffs. European Union. Geneva Act to the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and Geographical Indications.

JEL Classification: K110

1. SYSTÉMY JAKOSTI A OZNAČOVÁNÍ PRODUKTŮ SPLŇUJÍCÍCH STANDARDY

V rámci práva Evropské unie jsou pro některé výrobky zavedeny systémy jakosti, které poskytují v konečném důsledku garanci nezměněné a v jednotné kvalitě výrobků, ať jsou distribuovány kdekoliv na Vnitřním trhu Evropské unie. Systémy jakosti se rozumí především označení původu a zeměpisná označení, jak jsou v evropsko-unijním právu zavedena pro některé kategorie výrobků.^{1,2}

Unijní Systém pak může být pro jiné produkty (včetně služeb) doplněn národními označeními původu či národními zeměpisními označeními. Ty mohou být distribuovány kdekoliv na Vnitřním trhu, ochrana označení je však limitována teritoriem státu, kde je označení chráněno (zpravidla zapsáno). Pokud jde o služby, možnost formální ochrany poskytované zápisem označení do veřejného seznamu je limitována na některé členské země (např. Česká republika³), ve většině členských zemí není pro služby možná. Teoreticky není vyloučenoposkytnutí materiální ochrany označení zeměpisného původu služeb pomocí práva na ochranu před nekalou soutěží. Podmínkou by bylo naplnění generální klauzule nekalé soutěže (vždy ve vztahu k právu platnému na území, kde se jednání stalo nebo kde má následky).⁴

Shora uvedené právní nástroje však nejsou výlučnými možnostmi, jak na Vnitřním trhu regulovat a pro spotřebitele označit služby s garantovanými vlastnostmi (např. kvalitou). Jednak se nabízí otázka přímé regulace, vyloučeny nejsou ani jiné nástroje (např. ochranné známky). Pro označení výrobků pocházejících z ekologického zemědělství se používá unijní *ekoznačka*, pro označení výrobků a i některých služeb (např. turistických ubytovacích) s minimalizovaným dopadem na životní prostředí se používá unijní *bioznačka*. Základní regulace ekologického zemědělství a používání těchto úředních značek je v právu evropsko-unijním.



¹ (unijní) chráněná označení původu a chráněná zeměpisná označení pro zemědělské výrobky a potraviny, a dále (unijní) chráněná označení původu a chráněná zeměpisná označení pro vína

² (unijní) zeměpisná označení pro lihoviny, a dále (unijní) zeměpisná označení pro aromatizované vinné produkty

³ kde ovšem ani za 17 let od účinnosti stávajícího zákona č. 452/2001 Sb. není dosud zapsáno žádné označení pro službu

⁴ ochrana před nekalou soutěží je založena na generální klauzuli a doplňkově na skutkových podstatách nejen v právu českém, ale rovněž např. v právu německém, slovenském, maďarském, rakouském apod. K polské úpravě srov. např. Baranczyk, I. *Ochrona prawną oznaczen geograficznych*. Warszawa : Difyn, 2008. S. 65 a násł.



2. REGULACE SLUŽEB A OZNAČOVÁNÍ SLUŽEB SPLŇUJÍCÍCH STANDARDY

Pokud jde o přímou regulaci služeb, v období několika posledních let došlo k výrazné regulaci směřující k zajištění "co největší intenzity" Jednotného vnitřního trhu v některých segmentech poskytování služeb. Nemám zde na mysli jednotné bankovní licence nebo obdobné nástroje z oblasti finančního trhu, ale především regulaci některých služeb, s jejichž čerpáním se pravidelně setkává spotřebitel.

Ke shora uvedenému lze uvést zejména několik příkladů.

2.1. Regulace telekomunikačních služeb

Prvním příkladem je již několik let trvající regulace poskytování služeb elektronických komunikací (zejm. intraunijní roamingové telefonní hovory, sms či datová konektivity) se děje formou přímé regulace (vč. cenové) - k tomu blíže *Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 531/2012 ze dne 13. června 2012 o roamingu ve veřejných mobilních komunikačních sítích v Unii*⁵ (resp. novelizující) *Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120 ze dne 25. listopadu 2015, kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu a mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací a nařízení (EU) č. 531/2012 o roamingu ve veřejných mobilních komunikačních sítích v Unii*, a to ve vazbě *na Prováděcí nařízení Komise (EU) 2016/2286 ze dne 15. prosince 2016, kterým se stanoví podrobná pravidla týkající se uplatňování politiky přiměřeného využívání a metodologie posuzování udržitelnosti zrušení maloobchodních příplatek za roaming a týkající se žádostí, kterou má podat poskytovatel roamingu pro účely tohoto posouzení*. Tato cenová regulace přinesla harmonizaci podmínek čerpání služeb elektronických komunikací a především cenové stropy, které se uplatňují při čerpání služeb při roamingu v jiných členských zemích EU. Národní trhy elektronických komunikací totiž vykazovaly nejen rozdílnou míru soutěže, ale také neodůvodněné a velmi rozdílné cenové podmínky.⁶

⁵ v rámci aktivního odkazu dostupné již v novelizované podobě na adrese: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?qid=1535365861617&uri=CELEX:02012R0531-20170615>

⁶ důvody přijetí regulace jsou obsaženy v recitálech odkazovaných nařízení

Pro úplnost lze ve věci elektronických komunikací dodat, že prozatím otevřenou otázkou, byť již v evropskou unijním legislativním procesu zůstávají telefonní hovory, sms a mms intraunijně mezinárodní (tedy mezinárodní komunikace překračující hranici členského státu, ale terminována v jiném členském státě EU). Tyto dosud unijně regulovány nejsou. Existuje však iniciativa pro zavedení i této regulace.⁷ Jako nejbližší termín zavedení takové regulace se dá očekávat 15.05.2019.⁸

Celkově lez však shrnout, že v oblasti telekomunikačních služeb se uplatňuje především cenová regulace, k využití značek či zvláštních označení těchto služeb nedochází.

2.2. Regulace elektronických podpisů

Jiným případem je pak změna regulace elektronických podpisů, ke které došlo ke dni vstupu Nařízení eIDAS (a zrušení do té doby platné směrnice o sbližování národních pravidel členských států o elektronickém podpisu) - *Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 910/2014 ze dne 23. července 2014 o elektronické identifikaci a službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce na vnitřním trhu a o zrušení směrnice 1999/93/ES*.

Pro nástroje splňující podmínky nařízení eIDAS byla zavedena i unijně jednotná úřední značka, a to *Prováděcím nařízením Komise (EU) 2015/806 ze dne 22. května 2015, kterým se stanoví specifikace týkající se podoby značky důvěry EU pro kvalifikované služby vytvářející důvěru*. Takové řešení je však v rámci regulace služeb spíše ojedinělé.



Shora uvedené příklady jsou typickými případy, kdy v rámci systému dochází k nutným, přesto však izolovaným a v zásadě kazuistickým řešením. Ve shora uvedených případech však byla nutná, a proto je zde nekritizuji.

⁷ srov. např. videotrávu Evropského parlamentu "Evroposlanci bojují za levnější telefonní hovory do ostatních zemí CU", která je dostupná na této adrese: <https://yt.europarltv.europa.eu/embed.min.html?id=6139&lang=cs> nebo dále tiskovou zprávu na adresě: <http://www.europarl.europa.eu/news/cs/press-room/20171002IPR85112/cheaper-phone-calls-to-other-eu-countries> [naposled revidováno 30.08.2018]

⁸ V návrhu tzv. Telekomunikačního balíčku (Telecommunication Code) - návrh **COM(2016) 590, 14.9.2016, 2016/0288(COD)**, je toto datum uvedeno. Návrh balíčku obsahuje i cenové stropy pro telefonické hovory mezi členskými zeměmi EU (intra-EU communications), a to 0,19 EUR za minutu hovoru a 0,06EUR za 1 sms zprávu bez DPH. Je navrhovana novelizace již platného nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120. Poslední verze návrhu je z 29.06.2018. Návrh je dostupný zde: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10692_2018_INIT&from=CS [naposled revidováno 30.08.2018]

2.3. Řešení pro přístup k televiznímu vysílání a k on-line obsahu na vyžádání

V jiných případech došlo ve vztahu ke službám k nalezení řešení na základě aplikace stávajících pravidel. Takovou judikatorní cestou ve vztahu ke službám došlo k aplikačním změnám v oblasti regulace práv k přístupům k přenosům (v televizním vysílání) v důsledku rozsudku Soudního dvora ve spojených věcech C-403/08 (FAPL a další) a C-429/08 (Karen Murphy proti Media Protection Services).

Následně došlo k přijetí nařízení zajíšťující regulaci přenositelnosti on-line obsahu - Nářízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1128 ze dne 14. června 2017 o přeshraniční přenositelnosti on-line služeb poskytujících obsah v rámci vnitřního trhu (vstoupilo v účinnost od 01.04.2018). To se týká především placených služeb.

Shora uvedené nástroje jsou pro komunikační služby vhodné a v zásadě zajišťují aplikaci pravidla „jako doma“ pro občana EU, ať se nachází kdekoliv v Evropské unii. Jde o předpisy veřejnoprávní, které se věcně blíží jiným pravidlům, která regulují např. veřejnoprávní požadavky na složení některých výrobků (typicky potraviny, léky a léčiva apod.). Smyslem těchto pravidel není stanovení režimů „lepší jakosti“, ale stanovení pravidel „minimálních vlastností“ - zpravidla u služeb ve vazbě na dostupnost kdekoliv (za domácí cenu).

3. BUDOUCÍ SYSTÉM(Y) REŽIMŮ JAKOSTI PRO SLUŽBY

Ačkoliv v Evropské unii již před několika lety došlo k zahájení debaty nad rozšířením systémů režimů jakosti (unijních označení původu a zeměpisných označení) také na jiné výrobky, otázka rozšíření takových právních nástrojů na služby nebyla dosud na unijní úrovni diskutována.

Simultánně je přitom otevřena agenda věcného rozšíření unijních systémů označení zeměpisného původu na nezemědělské výrobky, tak i otázka ev. přistoupení Evropské unie (a jejích členských států) k Ženevskému aktu Lisabonské dohody na ochranu označení původu a zeměpisných označení.

3.1. Ženevský akt a přistoupení EU (resp. členských států EU)

3.1.1. Přistoupení některých členských států k Ženevskému aktu a otázka povahy Ženevského aktu z hlediska práva EU

V souvislosti se sjednáním Ženevského aktu vyvstala ještě jedna otázka - zda-li je sjednávání mezinárodních dohod v oblasti ochrany označení (původu/zeměpisných) v pravomoci Evropské unie nebo členských států?

Rada Evropské unie rozhodla dne 07.05.2015 o zmocnění k zahájení jednání o revidované Lisabonské smlouvě (Rozhodnutí Rady (EU) 8512/15⁹). Dne 21.05.2015 pak došlo na závěr obtížných diplomatických jednání k uzavření Ženevského aktu.¹⁰

Následně Evropská komise dne 17.07.2015 podala žalobu na Radu Evropské unie u Soudního dvora.

⁹ Toto rozhodnutí Rady není prostřednictvím internetových stránek Rady veřejně dostupné, je však možné individuálně požádat o jeho zpřístupnění prostřednictvím odkazovaných stránek. [Naposled revidováno 08.05.2018]

¹⁰ podrobně o tom referoval Klinka, T. *Ženevský akt Lisabonskej dohody ... tažko se rodila nová medznárodní zmluva ...*, In *Duševné vlastnictvo*, 2015, 3, s.10 a násł.

Komise opřela žalobu o dva žalobní důvody. Prvním žalobním důvodem bylo to, že Rada měla - podle názoru Komise, - uznat pravomoc členských států ke sjednávání mezinárodní smlouvy v rozporu s článkem 3 SFEU. Dle názoru Komise toto sjednávání spadalo do výlučné pravomoci Evropské unie. Rada zjevně zastávala jiný názor (smíšená pravomoc EU a jejích členských států).¹¹

Druhý žalobní důvod byl procedurální povahy - spočíval v tvrzeném porušení článkem 207 odst. 3 SFEU a článkem 218 odst. 3, 4 a 8 SFEU. Rada měla určit členské státy jako vyjednavače, přitom ale rozhodnutí nepřijala požadovanou většinou - jakou jej měla přijmout, pokud věc spadala do výlučné pravomoci EU (dle tvrzení Komise).

Podání žaloby bylo dne 21.09.2015 oznámeno v Úředním věstníku Evropské unie (C 311/42).¹²

3.1.2. Rozsudek Soudního dvora ve věci C-389/15 (Evropská komise vs. Rada Evropské unie)

Věc byla vedena pod sp.zn. C-389/15. V této věci byl vydán rozsudek Soudního dvora (Velkého senátu) C-389/15 (Evropská komise vs. Rada Evropské unie) dne 25.10.2017.¹³

Soudní dvůr výrokem 1 citovaného rozsudku rozhodl tak, že zrušil napadené rozhodnutí Rady 8512/15 ze dne 07.05.2015 o zmocnění k zahájení jednání o revidované Lisabonské dohodě o označeních původu a zeměpisných označeních. Důvodem pro tento výrok bylo zejména to, že tyto otázky spadají do pravomoci Evropské unie jako celku.

Výrokem 2 však Soudní dvůr fakticky podmíněně odložil účinnost svého výroku 1, když z důvodu zachování právní jistoty stanovil, že účinky zrušeného rozhodnutí 8512/15 zůstávají zachovány do okamžiku, kdy v přiměřené době nepřesahující šest měsíců od vyhlášení tohoto rozsudku vstoupí v platnost rozhodnutí Rady Evropské unie založené na článcích článcích 207 a 218 SFEU.

Výrokem 3 pak uložil Radě Evropské unie náhradu nákladů řízení. Konečně výrokem 4 stanovil, že každý z vedlejších interventů (na žalované straně Rady) - tedy Česká republika, Spolková republika Německo, Řecká republika, Španělské království, Francouzská republika, Italská republika, Maďarsko, Nizozemské království, Rakouská republika, Portugalská republika, Slovenská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska a Evropský parlament ponesou vlastní náklady řízení.

Soudní dvůr dovodil, že *společná obchodní politika* se týká obchodu se třetími státy a

¹¹ Klinka tuto otázku rovněž rozebírá podrobně, a to i v kontextu rozhodnutí Soudního dvora C-114/12 Mezinárodní úmluva o ochraně výkonných umělců, výrobců zvukových záznamů a záznamů rozhlasových organizací, sjednaná v Římě dne 26. října 1961 (uváděna také jen jako Římská úmluva). Upozorňuje, že ve věci C-114/12. Srov. Klinka, Tomáš. *Ženevský akt Lisabonské dohody ... tažko se rodila nová medzinárodná zmluva ...*, In *Duševné vlastnictvo*, 2015, 3, s.13. Pozn.autora: Ve věci C-114/12 Soudní dvůr rozhodl, že napadené rozhodnutí Rady a zástupců vlád členských států zasedajících v Radě ze dne 19. prosince 2011 (o účasti Evropské unie a jejích členských států na jednáních o Úmluvě Rady Evropy o ochraně práv vysílacích organizací) bylo rozsudkem Soudního dvora v označené věci zrušeno pro rozpor s článkem 3 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie.

¹² publikace je dostupná v Úředním věstníku Evropské unie na adrese: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=uriserv:OJ.C._2015.311.01.0042.01.CES&toc=OJ:C:2015:311:TOC

¹³ rozsudek ve věci C-389/15 Evropská komise vs. Rada Evropské unie je dostupný na internetových stránkách <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195942&pageIndex=0&doclang=CS&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=367037>

nikoliv obchodu na vnitřním trhu. Do této společné obchodní politiky pak spadají i mezinárodní závazky sjednané Unií v oblasti duševního vlastnictví pokud mají zvláštní spojitost s mezinárodním obchodem v tom smyslu, že jejich účelem je především podpora, usnadnění nebo úprava tohoto obchodu a že na něj mají přímé a bezprostřední účinky.

Soudní dvůr dovodil, že Pařížská unijní úmluva (a i Lisabonská dohoda) byly uzavřeny především proto, aby došlo k podpoře a usnadnění mezinárodního obchodu.

Soudní dvůr rovněž dovodil, že cílem návrhu revidované dohody (Ženevský akt) je zachovat zásady a cíle Lisabonské dohody a zároveň do ní včlenit několik doplnění zaměřených na její vylepšení a zatraktivnění. Za tímto účelem tento návrh (Ženevský akt) zakotvuje mimo jiné rozšíření věcné působnosti uvedené dohody na zeměpisná označení, upřesnění hmotněprávních a procesních hledisek ochrany, kterou tato dohoda zajišťuje zeměpisným označením a označením původu, a možnost Unie připojit se k dohodě.

Soudní dvůr konstatoval, že byla splněna i druhá podmínka podřazení mezinárodního aktu pod společnou obchodní politiku - přímé a bezprostřední účinky (aktu) na tento obchod.

Soudní dvůr dovodil na základě mechanismu jednotného (mezinárodního) zápisu, že přímým a bezprostředním účinkem mezinárodní dohody, která vyvstane z návrhu revidované dohody, bude změna podmínek uspořádání obchodu mezi Unií a ostatními stranami této mezinárodní dohody, spočívající v osvobození výrobců účastnících se tohoto obchodu od dosavadní povinnosti podávat – za účelem zvládnutí právních a hospodářských rizik spojených s takovým obchodem – žádosti o zápis jimi užívaných označení původu a zeměpisných označení u příslušných orgánů každé smluvní strany.

Přímé a bezprostřední účinky aktu pak Soudní dvůr spatřuje také v tom, že všem těmu výrobcům i každé jiné fyzické nebo právnické osobě s oprávněným zájmem budou poskytnuty nástroje potřebné k tomu, aby se za jednotných hmotněprávních a procesněprávních podmínek účinně domohli ochrany, kterou návrh revidované dohody zajišťuje jejich právům průmyslového vlastnictví pro případ poškozujícího nebo nepočetivého užití označení původu nebo zeměpisných označení v cizině.

Lze uzavřít, že lhůta 6 měsíců pro vydání nového bezvadného rozhodnutí Rady Evropské unie, které bude založeno na článcích 207 a 218 SFEU, měla skončit dnem 25.04.2018.

V důsledku rozhodnutí Soudního dvora ve věci C-389/15 je postaveno na jisto, že členské státy EU nemohou k Ženevskému aktu Lisabonské dohody na ochranu označení původu a zeměpisných označení přistupovat samostatně, a to přinejmenším ty státy, které Ženevský akt nepodepsaly při přijetí nebo k němu nepřistoupily před vydáním rozsudku Soudním dvorem. Což je případ České republiky i Slovenské republiky. Budoucí možná vázanost Ženevským aktem je tak nyní závislá na dovedení jednání o přistoupení Evropské unie Komisí (za členské státy Evropské unie). Toto přistoupení je nyní nutno považovat za nejisté. Není jasné, zda-li Komise bude chtít fakticky vázat toto přistoupení na reformu ochrany označení původu a zeměpisných označení v EU - tedy zejména na otázku rozšíření unijní ochrany také na nepotravinářské výrobky (řemeslné, průmyslové, suroviny, minerální vody).

Rovněž není jasné, zda-li (a ev. jak) bude řešeno již zastalé přistoupení některých členských zemí k Ženevskému aktu.¹⁴

3.1.3. Rozhodnutí Rady (EU) 2018/416 o zmocnění k zahájení jednání o revidované Lisabonské dohodě o označeních původu a zeměpisných označeních

Dne 05. března 2018 vydala Rada Rozhodnutí Rady (EU) 2018/416 ze dne 5. března 2018 o zmocnění k zahájení jednání o revidované Lisabonské dohodě o označeních původu a zeměpisných označeních. V čl. 1 tohoto rozhodnutí Rada zmocnila k jednání za Evropskou unii Komisi. Jednání mají být vedena v konzultaci se zvláštním výborem podle čl. 207 odst. 3 SFEU.

Přijatým rozhodnutím Rada udělila zmocnění Komisi k zahájení jednání a v závislosti na předmětu zamýšlené dohody jmenuje vyjednavače nebo vedoucího vyjednavačského týmu Unie. Následně bude moci Rada vyjednavači vydávat směrnice a může určit zvláštní výbor, se kterým musí být jednání konzultováno. Na návrh vyjednavače pak Rada rozhodnutí, kterým dá zmocnění k podpisu dohody a případně k jejímu prozatímnímu provádění před vstupem v platnost. Následně přijme Rada na návrh vyjednavače rozhodnutí o uzavření dohody. Rada přijme rozhodnutí o uzavření dohody po konzultaci s Evropským parlamentem.

Podle článku 207 odst. 3 druhý pododstavec SFEU platí, že Komise podává doporučení Radě, která ji zmocňuje k zahájení potřebných jednání. Rada a Komise odpovídají za to, že sjednané dohody jsou slučitelné s vnitřními politikami a vnitřními předpisy Unie.

Hlasování kvalifikovanou většinou je upraveno v článku 238 odst. 2 a 3 SFEU. Pokud je hlasováno o návrhu rozhodnutí, který podala Komise (nebo vysoký představitel Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku), pak je kvalifikovaná většina vymezena jako nejméně 72 % členů Rady zastupujících členské státy, které představují nejméně 65 % obyvatelstva Unie.

V ostatních případech je kvalifikovaná většina dle článku 238 odst. 3 písm. a) SFEU nejméně 55 % členů Rady zastupujících zúčastněné členské státy, které představují nejméně 65 % obyvatelstva těchto států. Blokační menšinu musí tvořit nejméně tolik členů Rady, kolik jich zastupuje nejméně 35 % obyvatelstva zúčastněných členských států, a ještě jeden člen, jinak se kvalifikovaná většina považuje za dosaženou.

Složení Rady Evropské unie je upraveno v článku 16 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii. Vzhledem k tomu, že v Radě je každý členský stát zastoupen jedním zástupcem, je celkový počet členů Rady EU 28 členů.

3.1.4. Plán Evropské komise - Cestovní mapa / Roadmap (Ares(2017)6308027)

Komise uveřejnila prostřednictvím svých internetových stránek cestovní mapu (Roadmap Ares(2017)6308027), která shrnuje postoj Komise k budoucímu průběhu

¹⁴ dosud přistoupily k Ženevskému aktu z členských zemí EU tyto státy: Francie, Maďarsko, Itálie, Portugalsko a Rumunsko. Ani jeden z těchto států však Ženevský akt dosud neratifikoval. K tomu srov. přehled na stránkách Světové organizace duševního vlastnictví na adrese: http://www.wipo.int/treaties/en/ActResults.jsp?act_id=50 [naposled revidováno 30.08.2018].

přistoupení Evropské unie (a ev. jejích členských států) k Ženevskému aktu Lisabonské dohody o ochraně označení původu a zeměpisných označení.

V období od 21.12.2017 do 18.01.2018 mohla veřejnost podat připomínky (feedback). Takových připomínek bylo podáno celkem 8.¹⁵ Nejvíce připomínek bylo podáno od nevládních neziskových organizací (NGO), především od těch, které se zabývají právem chráněných označení zeměpisného původu (např. oriGIn¹⁶) nebo sdružujících výrobce výrobků s chráněnými označeními [EFOW - European Federation of Origin Wines¹⁷, AFIGIA,¹⁸ AREPÓ,¹⁹ Conferencia Española de Consejos Reguladores Vitivinícolas (CECRV),²⁰ Association of European Border regions (AEBR)²¹]. Jednu připomínkou podal občan EU z Itálie.²²

¹⁵ Shrnutí a odkazy na texty jednotlivých připomínek jsou dostupné prostřednictvím stránek Komise na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback_en [naposled revidováno 08.05.2017]

¹⁶ oriGIn - Organization for an International Geographical Indications Network, - je globální aliance, jejímiž členy je 500 asocioací ze 40 států. oriGIn podporuje efektivní právní ochranu zeměpisných označení na národní, regionální i mezinárodní úrovni. oriGIn podala dvě připomínky - napřed obecnou a poté zvláštní. Text obecné připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8860_en Text zvláštní připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8892_en [vše naposled revidováno 08.05.2018]

¹⁷ EFOW - European Federation of Origin Wines, - reprezentuje výrobce vín s CHOP a CHZO ve vztahu k orgánům EU. Text připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8874_en [naposled revidováno 08.05.2018]

¹⁸ AFIGIA sdružuje a reprezentuje výrobce řemeslných a průmyslových výrobků s francouzskými zeměpisnými označeními (např. Sièges de Liffol, Granit de Bretagne, Porcelaine de Limoges, Grenat de Perpignan, Dentelle du Puy). Text připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8881_en [naposled revidováno 08.05.2018]

¹⁹ AREPO sdružuje 28 regionů z 9 zemí Evropské unie a producentů výrobků s chráněnými označeními zeměpisného původu (CHOP a CHZO) z těchto regionů. Výrobky s chráněnými označeními zeměpisného původu (CHOP a CHZO) v těchto regionech představují 50% zemědělských a potravinářských výrobků se zeměpisným označením (chráněných v EU). Text připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8882_en [naposled revidováno 08.05.2018]

²⁰ Conferencia Española de Consejos Reguladores Vitivinícolas (CECRV) reprezentuje výrobce španělských vín s chráněnými označeními původu. Text připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8887_en [naposled revidováno 08.05.2018]

²¹ Association of European Border regions (AEBR) podporuje přeshraniční spolupráci. Text připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8894_en [naposled revidováno 08.05.2018]

²² Text připomínky anonymního občana Itálie vyjadřuje jeho názor, že "pouze členské státy by měly být smluvními stranami Ženevského aktu a chránit svá označení původu a zeměpisná označení". Text připomínky je dostupný na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8763_en [naposled revidováno 08.05.2018]

Z těchto připomínek se některými právními otázkami (zejména právní ochrana stávající označení řemeslných a průmyslových výrobků dle práva členských států v budoucnu) se zabývala zejména druhá připomínka oriGIn. Vittori shrnuje klíčové problémy takto:

1. *“Pokud jde o seznam zeměpisných označení EU, která mají být předložena podle Ženevského aktu, věříme, že by EU měla jasné uvést, že označení původu členů Lisabonské smlouvy, které jsou chráněna v rámci stávajícího systému EU, budou rovněž chráněna v rámci nového systému. Kromě toho, pokud má být navíc stanoven krátký seznam zeměpisných označení a označení původu EU, musí být jasné, že dodatečná označení původu a zeměpisná označení (dokonce i ta, které jsou již chráněny v EU v okamžiku přistoupení EU k Ženevskému aktu), mohou být v budoucnu oznamena podle Ženevského aktu. V tomto ohledu by měla být zřízena periodická konzultace s členskými státy.*
2. *Pokud jde o nezemědělská zeměpisná označení, v odstavci plánu EU by měl být smazán text "Pro nezemědělská zeměpisná označení EU neoznámí žádná taková zeměpisná označení a prozatím odmítne jakékoli návrhy třetích zemí" (strana 3). Na jedné straně může EU již chránit nezemědělská zeměpisné označení, které úzce souvisí s zemědělskou výrobou nebo s hospodářstvím venkova. Na druhou stranu by měla EU v plánu uvést svou dobrou víru ve vztahu k jiným potenciálním přistupujícím zemím k Ženevskému aktu s velkým zájmem o nezemědělská zeměpisná označení, uznávat a chránit nezemědělská zeměpisná označení v EU.”²³*

S názorem Vittoriho se lze ztotožnit a ještě jej lze dále doplnit v tom, že přístup EU (a jejích členských států) nesmí být na újmu mezinárodní ochraně chráněných označení řemeslných a průmyslových výrobků (včetně surovin a minerálních vod) výrobků z členských států, a to bez ohledu na to, zda-li budou tato označení chráněna ke dni přistoupení EU (a jejích členských států) k Ženevskému aktu nebo nikoliv. A to až do dne, kdy ev. vznikne evropsko-unijní systém ochrany označení těchto výrobků na evropsko-unijní úrovni.

3.2. Důvody k zavedení systémů jakosti nezemědělských výrobků v EU

3.2.1. Studie na ochranu zeměpisných označení nezemědělských výrobků na Vnitřním trhu (EU) (2013)

V roce 2013 byla publikována obsáhlá studie “*Study on geographical indications protection for non-agricultural products in the internal market (Final report 18 February*

²³ Vittori, M. *Feedback from: oriGIn - Organization for an International Geographical Indications Network. Submitted on 18 January 2018.* Dostupné on-line prostřednictvím stránek Komise na adrese: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-6308027/feedback/F8892_en [naposled revidováno 08.05.2018]

2013).²⁴ Tuto studii zpracoval velký kolektiv autorů,²⁵ který vedli David Thual, Bernard O'Connor a Dominique Barjolle.

Tato studie se na více než 600 stránkách zabývala mnoha otázkami ochrany označení původu a zeměpisných označení, a to s ohledem na nezemědělské výrobky. Byly analyzovány právní nástroje ochrany těchto označení v zemích EU, členských zemích Evropského hospodářského prostoru (dále jen "EHP") a Švýcarsku. Byly také identifikovány problémy zneužití označení a imitací zboží. Byla rovněž provedena ekonomická analýza chráněných a potenciálně chránitelných nezemědělských výrobků v zemích EU, EHP a Švýcarsku. Byl proveden přehled potřeb a očekávání zúčastněných ve vztahu k možným budoucím nástrojům právní ochrany označení pro nezemědělské výrobky v rámci EU. Studia také uvedla možnosti pro vytvoření jednotného systému ochrany zeměpisných označení pro nezemědělské výrobky v EU. Součástí studie jsou přirozeně i závěry.

Přibližně polovina závěrečné zprávy pak obsahuje dodatky, nejobsáhlejší je dodatek 2 - případové studie. V těch jsou uvedeny příklady výrobků a označení, u nichž byly identifikovány problémy (za Českou republiku je rozebrána studie na Český granát). V ostatních dodatkách jsou uvedeny národní systémy ochran v rámci zkoumaných zemí, seznam identifikovaných výrobků, právní otázky, ekonomické otázky, seznam výrobků, u nichž byl dokončen právní e/nebo ekonomický průzkum, dotazník pro výrobce, dotazník pro nevýrobce (ostatní), seznam respondentů.²⁶

Studie také prokázala, že stávající oprávnění uživatelé národních označení původu se snaží o územní rozšíření ochrany, často volí známkoprávní cestu. Cestu ochrany pomocí ochranné známky EU pak volí z českých výrobců např. výrobci výrobků s označeními původu Český granát, Duchcovský porcelán, Jablonecká bižuterie a Sedlecký kaolin.

Na podkladě *Studie na ochranu zeměpisných označení nezemědělských výrobků na Vnitřním trhu (EU)* zpracovala Evropská komise dokument s názvem *Zelená kniha Co nejlepší využití tradičního evropského know-how: možné rozšíření unijní ochrany zeměpisných označení na nezemědělské produkty*.²⁷ Tento dokument byl v roce 2014 předložen k veřejné konzultaci, která končila v listopadu 2014. Následně proběhla v lednu 2015 konference v Bruselu (19.01.2015), přičemž souhrnným výstupem z veřejné konzultace a konference je publikovaná zpráva *Výsledek veřejné konzultace a veřejné konference ve věci Zelené knihy Co nejlepší využití*²⁸

²⁴ dostupná na stránkách Evropské komise zde: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/geo-indications/130322_geo-indications-non-agri-study_en.pdf

²⁵ Marisa Alexandre, Audrey Aubard, Edyta Calka, Dobrinka Dobreva, Imre Ferto, Astrid Gerz, Aleksei Kelli, Marija Klopcic, Fanny Lossy, Mariata Ndiaye, Ester Olivas Caceres, Janka Oravcová, Axel Rindborg, Matt Reed, Lucia Romanescu, Lina Stanisauskaite, Kateřina Strossová, Tsonka Taushanova, Shtiriana Valchanova - Kratseva, Dana Velebova, Massimo Vlittori, Alexander Wirsig, Daniela Ida Zandova. Tito autoři jsou členy několika právnických osob - Insight Consulting, REDD SA, OriGIn, NCTM. Blíže k jednotlivým členům a právnickým osobám přímo ve studii na s.2.

²⁶ Elektronicky dostupná verze závěrečné zprávy však obsahuje pouze seznam dodatků, nikoliv jejich text. Elektronická verze končí stranou 328 - závěrečným doporučením studie.

²⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/geo-indications/130322_geo-indications-non-agri-study_en.pdf

²⁸ zpráva dostupná zde: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/10565/attachments/1/translations/en/renditions/native>

Z obsáhlých výstupů vyplynulo, že by unijní systém ochrany měl být zaveden také pro označení zeměpisného původu nezemědělských výrobků, a to na zápisném principu. Zelená kniha však neřešila otázku zavedení označení zeměpisného původu služeb. V únoru 2015 pak Evropský hospodářský a sociální výbor, který Evropská komise požádala o stanovisko, přijal stanovisko, které bylo 31.07.2015 publikováno v Úředním věstníku Evropské unie (C 251/39). Toto *Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k zelené knize Co nejlepší využití tradičního evropského know-how: možné rozšíření unijní ochrany zeměpisných označení na nezemědělské produkty* (*COM(2014) 469 final*) (2015/C 251/08) je veřejně dostupné²⁹ a výbor v něm Evropské komisi m.j. doporučil zavedení jednotného (EU) systému ochrany označení na nezemědělské výrobky.

3.3. Budoucí rozvoj

Otzádka zavedení unijního systému označení zeměpisného původu pro nezemědělské výrobky je v současné době po vstupních studiích, veřejné konzultaci a mezinárodní konferenci. Proces ev. přistoupení k Ženevskému aktu je po provedení veřejné konzultace Komisí ve stádiu pověření Komise udělené Radou k vyjednání přístupu EU (a jejích členských států) k Ženevskému aktu - ovšem dosud bez prezentovaných výsledků vedených jednání.

Vzhledem k tomu, že v březnu 2017 byl Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irska aktivován čl. 50 Smlouvy o fungování Evropské unie a došlo k zahájení procesu vystoupení Spojeného království z EU omezenému na 2 roky, fakticky lze odhadnout prioritu řešení otázek vzájemného vztahu EU a Spojeného království a teprve následně rozvíjení nového systému.

4. JINÉ NÁSTROJE K OZNAČOVÁNÍ SLUŽEB URČITÝCH VLASTNOSTÍ - VYUŽITÍ CERTIFIKAČNÍCH OCHRANNÝCH ZNÁMEK

Vhodným nástrojem může být certifikační ochranná známka, a to jak ve formě certifikační ochranné známky Evropské unie, tak případně i ve formě národní certifikační známky s eventuálním mezinárodním rozšířením designace.

4.1. Geneze certifikačních známk

Dohoda TRIPS ukládá smluvním státům chránit zeměpisná označení. V mnoha státech je tato ochrana zajištěna pomocí institutu ochranných známk, často známek zapsaných jako zvláštní typ - *certifikační ochranná známka*, popřípadě kolektivní ochranná známka. Není vyloučeno ani využití individuální ochranné známky, byť její využití není ideální.

V teorii bývají uváděny různé funkce ochranných známk. Kromě základní funkce funkce ochranné známky, kterou je rozlišení (tedy funkce rozlišovací), bývají uváděny i funkce další - jmenovitě propagacní a garanční.

²⁹ stanovisko výboru dostupné zde: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=uriserv:OJ.C._2015.251.01.0039.01.CES

V obchodně-právní nauce uváděla tyto funkce např. Lochmanová,³⁰ s ní se aktuálně ztotožňuje Boháček (2016).³¹ Slováková (2006) uváděla rovněž funkci ochrannou, garanční, certifikační, soutěžní i stimulační.³²

Garanční i propagační funkce záruční známky byly akceptovány dřívějšími soudními rozhodnutími a rovněž současná judikatura tuto funkci bez dalšího akceptuje.

Boháček uvádí několik rozhodnutí Soudního dvora - např. C-10/89 HAG II, C-487/07 L`Oreal a konečně i C-533/06 O2 Holdings. I když se dají v uváděných rozhodnutích Soudního dvora nalézt různé přístupy k pojedání garanční funkce ochranné známky (širší, užší), garanční funkci má v zásadě každá ochranná známka (nejen známka certifikační nebo garanční, známka individuální).

Bačárová³³ uvádí funkce ochranných známk v rozhodnutích Soudního dvora i ve vztahu k reklamě a soutěži obecně³⁴ - identifikaci původu výrobků a služeb, které jsou známkou označení - tedy funkci individualizační a rozlišovací. Kromě toho dále uvádí i garanční funkci ochranné známky, dále pak propagační a reklamní funkci a v neposlední řadě také komunikační a investiční funkci.

Garanční funkce ochranné známky spočívá v tom, že spotřebitel (nebo i jiný zákazník) očekává dodržení jemu známé kvality.³⁵ To se vztahuje jak na známky individuální, tak i na známky kolektivní (zde je očekávána "jakost skupiny").

Tyto funkce známka může zajistovat na teritoriu, pro které je známka zapsána, neboť pro toto území je jí právním předpisem poskytována ochrana.

I na trhu v České republice se vyskytují zahraniční výrobky, které jsou běžně označeny zahraničními ochrannými známkami - ať již jde o některé dřevěné výrobky nebo ovoce či zeleninu (např. banány, výrobky z ananasu apod.).



³⁰ blíže viz. Lochmanová, L. *Práva na označení*. Praha : Orac, 1997. S.46.

³¹ srov. Boháček, M. Certifikační ochranná známka v ČR i v nové úpravě EU. In *Obchodní právo*, 2016, 12. S.444

³² srov. Slováková, Z. *Průmyslové vlastnictví. Druhé, doplněné a rozšířené vydání*. Praha : Lexis Nexis, 2006. S.129

³³ Bačárová, R. Používanie zhodných alebo podobných označení v reklame z hľadiska súťažného práva (1.časť). In *Duševné vlastnictvo*, 2015, 3. S.17.

³⁴ dle Bačárové jejména rozhodnutí Soudního dvora C- 421/04 Matratzen Concord AG x Hukla Germany SA., C-236/08 až C-238/08 Google France a Google, C-323/09 Interflora

³⁵ shodně Slováková (2016), Lochmanová (1997) i Boháček (2016)

V USA i některých dalších zemích jsou certifikační známky podle Týče a Charváta používány k nezávislému ověření některé z následujících skutečností:

1. „regionálního nebo lokalizovaného původu výrobku,
2. materiálu, způsobu zpracování, kvality nebo jiné charakteristiky výrobku,
3. skutečnosti, že výroba byla skutečně realizována členem svazu, který je oprávněn k používání této známky.“³⁶

S tímto závěrem lze souhlasit, je však nutno upozornit na odlišnosti více typů ochranných známek - certifikačních známek od známek kolektivních záručních, které mohou být obsaženy v konkrétní právní úpravě.

Zatímco u certifikační známky je proces ověření vlastnosti (certifikace) oddělen od výroby či poskytování služby, u *známek kolektivních záručních* („svazových“ v pojetí shora uvedených autorů) se fakticky jedná o uplatnění *samoregulace*, kde se nemusí nutně uplatnit oddělení výroby či poskytnutí služby od ověření vlastnosti.

Podle Jirsy se samoregulace uplatňuje také u certifikačních ochranných známek.³⁷ Pojetí samoregulace však bude odlišné - zatímco u známek kolektivních půjde o samoregulaci v užším slova smyslu - prováděnou v rámci právnické osoby, jejíž členové používají kolektivní známku, v případě certifikační známky půjde o samoregulaci jinou - prováděnou vlastníkem známky v rámci pravidel užití certifikační známky. Rozdíl spočívá také v tom, že zatímco členové právnické osoby mohou pomocí právních nástrojů ovlivnit obsah pravidel (či smlouvy) o užití kolektivní známky, oprávněný uživatel certifikační známky nemá k dispozici právní nástroje k ovlivnění rozhodnutí vlastníka certifikační známky o obsahu pravidel jejího užití.

Bez ohledu na tento dílčí závěr je však faktem, že v důsledku globalizace obchodu ve světovém měřítku se lze i v ČR setkat s množstvím zboží, které je označeno různými logy či značkami, přičemž jen některé z nich zpravidla bývají zapsány jako ochranné známky. To je důsledkem historické faktility a teritoriality ochrany známek. Výrobce zpravidla není nuten vynakládat finanční prostředky k zápisu nové známky na menším území (jednotlivý stát), nebo je zapisuje k ochraně jen pro klíčové trhy. Pokud označení nepůsobí klamavě na konkrétním trhu, kde není zapsáno jako známka, nebo není jeho užití contra legem z jiného důvodu, nelze proti takové praxi ničeho namítat. Pokud má konkrétní výrobce nebo dovozce známku zapsanou jen pro některé teritorium, zpravidla neužívá úřední značku ®, čímž je pro něj situace obchodně soutěžně jednodušší.

V zemích Evropské unie jsou jako samostatný typ certifikační známky národním právem upraveny např. ve Spojeném království Velké Británie a Severního Irska, kde je také několik takových ochranných známek zapsáno. Příkladem může být kombinovaná

³⁶ Týč, V. - Charvát, R. *Zeměpisná označení v mezinárodních smlouvách a v právu Evropské unie*. Praha : Leges, 2017. S. 44 a násł.

³⁷ JIRSA, J. In DOBŘICHOVSKÝ, T. et al. *Aktuální otázky práva autorského a práv průmyslových. Current Problems of Copyright and Industrial Property*. Praha : Univerzita Karlova, 2017. S. 78.

známka se slovním prvkem SHETLAND WOOL CERTIFIACION TRADE MARK.³⁸ ³⁹



Ze shora uvedených příkladů plyne, že praxe je dosud i ve světovém měřítku poměrně různorodá, což je zřejmě způsobeno tím, že jako samostatný typ byla dosud certifikační známka zapisována jen v některých zemích (typicky např. Spojené státy americké, také Spojené království Velké Británie a Severního Irska),⁴⁰ zatímco pro jiná teritoria se jedná o právní institut nový (např. Evropská unie jako celek ve vztahu k certifikační ochranné známce EU).

Jirsa ohledně odlišností právních úprav a různosti praxe upozorňuje např. na to, že dle práva Spojeného království Velké Británie a Severního Irska "britský úřad duševního vlastnictví může požadovat, aby zapisovaná certifikační známka obsahovala zmínu o tom, že se jedná právě o certifikační ochrannou známku, aby to bylo zjevné pro veřejnosti i při jejím užití".⁴¹

Pro úplnost je třeba dodat, že využívání individuálních ochranných známek pro označení výrobků či služeb zvláštních vlastností, které pocházejí od jiných osob, je značně rizikové. Limity jsou nastaveny rozsudkem Soudního dvora (ze dne 08.06.2017) ve věci C-689/15, W. F. Gözze Frottierweberei GmbH, Wolfgang Gözze proti Verei Bremer Baumwollbörsse. V tomto rozsudku se Soudní dvůr zabýval klíčovými právními otázkami

³⁸ tuto známku uvádí jako příklad certifikační známky např. Slováková, Z. Aktuální otázky označení původu a zeměpisných označení. In *Obchodní právo*, 2016, 10.

³⁹ tato ochranná známka je zapsána u Úřadu průmyslového vlastnictví Spojeného království Velké Británie a Severního Irska, zapsaná od 27.10.1988 - aktuálně rozdělená do 4 známek (pro různé výrobky a služby z různých tříd), a to pod čísla zápisu UK000013622392, UK000013622395, UK000013622396 a UK000013622397 - k tomu srov. databázi úřadu dostupnou na adrese <https://trademarks.ipo.gov.uk/ipo-tmtext>

⁴⁰ podrobnosti o zapisování certifikačních známek jako zvláštního typu ochranných známek uvádí např. Svejkovský, V. In Zdvihalová, M. a kolektiv. *Rozlišovací způsobilost ochranných známek. Individuální, kolektivní a certifikační známky*. Praha : Metropolitan University Prague Press, 2016. S. 158-168. Rovněž na dalších stranách se autor věnuje také zápisům tohoto typu známek v Austrálii a Japonsku (s. 168-172 odkazovaného díla).

⁴¹ JIRSA, J. In DOBŘICHOVSKÝ, T. et al. *Aktuální otázky práva autorského a práv průmyslových. Current Problems of Copyright and Industrial Property*. Praha : Univerzita Karlova, 2017. S. 83.

řádného užívání individuální známky v právním smyslu, pokud je taková známka fakticky užívána jako "značka kvality".⁴²

4.2. Certifikační ochranná známka Evropské unie a certifikační ochranná známka dle národní úpravy členského státu Evropské unie

4.2.1. Harmonizace certifikačních a kolektivních známek sekundárním právem Evropské unie

Oproti shora uvedenému označování výrobků se zvláštními vlastnostmi zeměpisnými označeními existuje konkurenčně i jiné pojetí označování výrobků (a teoreticky i služeb) - ochrannými známkami. Základní funkcí ochranné známky je odlišit výrobky či služby označené ochrannou známkou od výrobků či služeb jiných výrobců nebo poskytovatelů služeb - tedy od výrobků substituovatelných. Tuto funkci má především individuální ochranná známka.

Existují však i další zvláštní typy ochranných známek - známky kolektivní a v neposlední řadě také známky certifikační, které někdy bývají synonymicky nazývány také známkami garančními. V tomto pojetí jsou upraveny v evropsko-unijním právu ochranných známek (srov. čl. 27 Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2015/2436 ze dne 16. prosince 2015, kterou se sbližují právní předpisy členských států o ochranných známkách).

Mezi ochrannými známkami certifikačními a ochrannými známkami garančními může být však také rozdíl stanovený v národní právní úpravě, pokud taková existuje.

Garanční známka může, ale nemusí být, např. odvozena od *ochranné známky kolektivní*. Kolektivní ochranná známka se zapisuje pro určitou právnickou osobu (spolek, svaz, asociace) nebo skupinu osob bez samostatné právní osobnosti tohoto seskupení (v české známkové terminologii sdružení), přitom při zápisu musí mít členové této osoby nebo seskupení usporádána práva k jejímu užití vzájemnou smlouvou. Vzájemný smluvní vztah je zvláštní podmínkou zápisu známky.

Kolektivní ochranná známka může být užívána členem samostatně nebo ve spojení se známkou člena seskupení právnické osoby.

Pokud právní předpis upravuje zvláštní podtyp *garanční známky kolektivní*, pak podmínkou užití takové známky členem je dodržení společných (alespoň minimálních) vlastností výrobků a/nebo služeb, pro které je známka zapsána, jak jsou stanoveny ve vzájemné smlouvě mezi členy. Tato "společnost" (sdružení) má ve vlastním zájmu také dohlížet na jejich plnění, jinak může teoreticky hrozit i zrušení známky pro některý z důvodů uvedených v prameni práva.

Důvody zrušení známky i důvody neplatnosti (známky) jsou mezi členskými státy Evropské unie harmonizovány (srov. čl. 5-7, a dále čl. 19-21 Směrnice (EU) č. 2015/2436). Tato směrnice zavazuje členské státy k úpravě známek kolektivních (čl. 29 Směrnice (EU) č. 2015/2436), úprava garančních nebo certifikačních známek je však volitelná (srov. čl. 27-28 Směrnice (EU) č. 2015/2436).

⁴² tímto rozsudkem a jeho dopadem jsem se podrobně zabýval ve své dřívější práci, na kterou zde odkazuj. Blíže viz. Černý, M. *Používání ochranných známek a chráněných označení k ověření vlastnosti výrobků ve státech středoevropského prostoru (Česko, Slovensko, Rakousko, Polsko, Maďarsko, Itálie, Slovensko)*. Olomouc : Iuridicum Olomoucense, 2017. 178 s. ISBN 978-80-87382-95-0 (PDF). Dostupná on-line v depozitáři vydavatele na adrese: <http://www.michalcerny.net/MC-Mono17-FV.pdf> S.33 a násled.

Podle čl. 27 písm. a) Směrnice (EU) č. 2015/2436 se „garanční nebo certifikační ochrannou známkou“ rozumí *ochranná známka, která je jako taková popsána v přihlášce a která je schopna rozlišit výrobky nebo služby, které vlastník ochranné známky certifikoval pro materiál, způsob výroby výrobků nebo poskytování služeb, kvalitu, přesnost nebo jiné vlastnosti, od výrobků nebo služeb, které takto certifikovány nejsou.*

Pokud právo členského státu upravuje certifikační a/nebo garanční známkou, pak podle Směrnice (EU) č. 2015/2436 může o její zápis požádat kdokoliv. Podmínkou však je, že „nevýkonává podnikatelskou činnost zahrnující dodávání výrobků nebo poskytování služeb, které jsou certifikovány.“ (čl. 28 odst. 2 druhý pododstavec Směrnice (EU) č. 2015/2436).

Na margo je nutno ještě upozornit, že směrnice ponechává členským státům ještě další možnosti. Národní úprava tak v případě umožnění zápisu certifikační/garanční známky může vyžadovat (*veřejnoprávní způsobilost přihlašovatele pro provádění certifikace* jako podmínku zápisu certifikační/garanční známky).

Členské státy mohou dále stanovit, že „*garanční nebo certifikační ochranné známky mohou tvořit i taková označení nebo údaje, které mohou sloužit v oblasti obchodu k označení zeměpisného původu výrobků nebo služeb.*“ (čl. 28 odst. 4 Směrnice (EU) č. 2015/2436).

Konečně mohou členské státy pro certifikační/garanční známky upravit i další důvody zrušení nebo její neplatnosti nad rámec obecných důvodů zrušení a neplatnosti známky.

4.2.2. Certifikační ochranná známka Evropské unie

Certifikační ochranná známka je na evropsko-unijní úrovni upravena také v Nářízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2017/1001 o ochranné známce Evropské unie. Možnost zápisu certifikační ochranné známky EU však připouštělo i dřívější nařízení Rady (ES) č. 207/2009, ovšem až v posledním změněném znění.⁴³ ⁴⁴ O jejím zavedení referoval např. Grötschl⁴⁵ nebo v tuzemsku Boháček.⁴⁶

Jako certifikační ochranná známka může být zapsána známka kteréhokoliv druhu - tedy v zásadě slovní, slovní grafická, obrazová, kombinovaná, trojrozměrná a další.

Pokud jde o *certifikační ochrannou známkou EU*, pak se zapisuje podle Nářízení (EU) č. 2017/1001. Konkrétně je upravena v ustanoveních čl. 83 a násl. Nářízení (EU) č. 2017/1001. „*Certifikační ochrannou známkou EU je ochranná známka EU, která je jako taková popsána v přihlášce a která je schopna rozlišit výrobky nebo služby, které vlastník ochranné známky certifikoval, pokud jde o materiál, způsob výroby výrobků nebo poskytování služeb, kvalitu, přesnost nebo jiné vlastnosti s výjimkou zeměpisného označení, a výrobky nebo služby, které takto certifikovány nejsou.*“ Vlastník známky

⁴³ tzn. ve znění nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2015/2424

⁴⁴ zvláštní úpravu měla certifikační známka např. v ustanoveních čl. 74b (Pravidla pro užívání certifikační známky EU) nebo v čl. 154a (podrobnosti postupu mezinárodního zápisu známky založené na certifikační známce EU) - k nim pak byla některá pravidla stanovena na základě zmocnění v nařízení Komise

⁴⁵ Grötschl, M. *Certification Trademarks in the European Union*. In ECTA Bulletin, 2016, June, s.26. Dostupné on-line na adrese: http://www.ecta.org/uploads/publications-flash/ECTA_E-bulletin.pdf

⁴⁶ Boháček, M. Certifikační ochranná známka v ČR i v nové úpravě EU. In *Obchodní právo*, 2016, 12. S.444

nesmí sám vyrábět výrobky ani poskytovat služby, pro které je certifikační známka EU zapsána. Může provádět pouze certifikaci. Vlastníkem certifikační známky EU se může stát jakkoliv fyzická nebo právnická osoba (soukromoprávní osoba, instituce, veřejnoprávní osoba).

O zápis certifikační ochranné známky EU se žádá přihláškou certifikační ochranné známky EU - známka musí být jako takový zvláštní typ již uvedena v přihlášce. Připomínky třetích osob proti zápisu certifikační ochranné známky mohou spočívat nejen na obecných důvodech (srov. čl. 45 ve spojení s čl. 5 a 7 Nařízení (EU) č. 2017/1001), ale také na zvláštních důvodech zamítnutí přihlášky certifikační známky (dle čl. 86 ve vazbě na čl. 85 Nařízení (EU) č. 2017/1001).

Pro certifikační ochrannou známku EU platí, že certifikace spočívá v ověření vlastnosti - např. materiálu, způsobu výroby výrobků nebo poskytování služeb, kvality, přesnosti nebo jiných vlastností s výjimkou zeměpisného označení.

Pokud by přihlašovatel tyto vlastnosti nesplňoval, přihláška by byla zamítnuta. Pokud by takové vlastnosti přestal splňovat vlastník zapsané certifikační ochranné známky EU, byl by dán zvláštní právní důvod zrušení certifikační známky.

Přihlašovatel certifikační ochranné známky EU je povinen zpracovat a EUIPO předložit do 2 měsíců od podání přihlášky *Pravidla pro užívání certifikační ochranné známky EU*. Obsah pravidel je normován ustanovením čl. 84 Nařízení (EU) č. 2017/1001. Pravidla musí obsahovat vlastnosti výrobků/služeb, uvedení oprávněných osob (uživatelé), způsoby certifikace, certifikační orgán, podmínky pro užívání známky a sankce.

Podrobněji je požadovaný obsah pravidel pro užívání certifikační ochranné známky EU stanoven v ustanovení čl. 17 Prováděcí nařízení Komise (EU) 2018/626 ze dne 5. března 2018, kterým se stanoví prováděcí pravidla k některým ustanovením nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1001 o ochranné známce Evropské unie a zrušuje prováděcí nařízení (EU) 2017/1431. Podle tohoto právního předpisu se vyžaduje následující:

- a) jméno přihlašovatele certifikační ochranné známky EU;
- b) prohlášení, že přihlašovatel splňuje požadavky stanovené v čl. 83 Nařízení (EU) č. 2017/1001;
- c) ztvárnění certifikační ochranné známky EU;
- d) výrobky nebo služby, na které se certifikační ochranná známka EU vztahuje;
- e) vlastnosti výrobků nebo služeb, které mají být certifikační ochrannou známkou EU certifikovány, například materiál, způsob výroby výrobků nebo poskytování služeb, kvalita nebo přesnost;
- f) podmínky užívání certifikační ochranné známky EU, včetně sankcí;
- g) osoby oprávněné užívat certifikační ochrannou známku EU;
- h) způsoby, jimiž má certifikační orgán tyto vlastnosti testovat a dohližet na užívání certifikační ochranné známky EU.

Pravidla pro užívání mohou být vlastníkem změněna, avšak je třeba změnu předložit úřadu. Pokud by změněná pravidla nevyhovovala ustanovením nařízení, úřad by změnu zamítl. Stejně tak by změnu zamítl i v případě, kdy by změněná pravidla obsahovala ustanovení odpovídající některému zvláštnímu důvodu zamítnutí přihlášky certifikační ochranné známky EU.

Pokud by pravidla pro užívání známky odporovala dobrým mravům nebo veřejnému pořádku, je to zvláštní důvod pro zamítnutí přihlášky certifikační ochranné známky EU (srov. čl. 85 odst. 1 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*). Dalším zvláštním důvodem pro zamítnutí certifikační známky je existence nebezpečí oklamání veřejnosti povahou nebo významem přihlášené certifikační známky (srov. čl. 85 odst. 2 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*). V obou těchto případech má však přihlašovat možnost pravidla změnit tak, aby vyhověl požadavkům nařízení. V takovém případě přihláška certifikační známky nebude zamítnuta, ledaže nastane jiný důvod uvedený v nařízení (k obecným důvodům zamítnutí přihlášky ochranné známky EU srov. čl. 41 a 42 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*).

Pokud jde o změnu pravidel užívání již zapsané certifikační ochranné známky EU, změna nabývá účinků vůči každému až zápisem změny do rejstříku ochranných známek EU (srov. čl. 88 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*).

Po zápisu certifikační ochranné známky EU je její užívání oprávněnými uživateli pro účely výkonu práva (a neexistenci důvodu zrušení známky pro neužívání) považováno za užívání známky vlastníkem (čl. 87 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*).

Ochranná známka může být převedena na jinou osobu, ta však musí splňovat podmínky vlastnictví certifikační známky - tedy zejména nesmí sama vyrábět výrobky ani poskytovat služby, pro které je certifikační známka zapsána (čl. 89 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*).

Prevod (přeměna) certifikační ochranné známky EU na národní ochrannou známku je možný jen v tom případě, že národní zákon členského státu upravuje (národní) certifikační nebo garanční známku (čl. 93 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*).

Proti rušiteli může podat žalobu vlastník certifikační ochranné známky EU. Osoba odlišná od vlastníka jej může podat jen tehdy, pokud je k tomu vlastníkem zvlášť zmocněná. Sám vlastník je přímo nařízením zmocněn podat žalobu o náhrady škod uživatelů vůči rušiteli, pokud škoda vznikla v důsledku jednání rušitele (čl. 90 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*).

Certifikační ochranná známka EU může být zrušena z obecných nebo zvláštních důvodů. *Obecné důvody zrušení známky EU* jsou vymezeny v čl. 58 *Nářízení (EU) č. 2017/1001* a spočívají:

1. *neužívání známky bez řádného důvodu* - pokud po nepřerušené období pěti let nebyla ochranná známka v Unii řádně užívána pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána, a pro neužívání neexistují řádné důvody; nikdo se však nemůže domáhat zrušení práv vlastníka ochranné známky EU, pokud v období mezi uplynutím této lhůty a podáním návrhu nebo protinávrhu začala být ochranná známka řádně užívána nebo bylo její řádné užívání obnoveno; k zahájení užívání nebo k pokračování v užívání, k němuž došlo ve lhůtě tří měsíců před podáním návrhu nebo protinávrhu, příčemž tato lhůta počíná běžet nejdříve po uplynutí nepřerušeného období pěti let neužívání, se však nepřihlíží, pokud přípravy pro započetí užívání nebo pokračování v užívání nastaly až poté, co se vlastník dozvěděl o tom, že by mohl být podán návrh nebo protinávrh;
2. *zdruhování známky* - pokud se ochranná známka stala v důsledku činnosti nebo nečinnosti svého vlastníka označením, které je v obchodě obvyklé pro výrobek nebo službu, pro které je zapsána;

3. ohrožení veřejnosti možnou klamavostí známky - pokud by v důsledku užívání vlastníkem nebo s jeho souhlasem pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána, ochranná známka mohla klamat veřejnost, zejména pokud jde o povahu, jakost nebo zeměpisný původ těchto výrobků nebo služeb.

Zvláštní důvody zrušení certifikační známky jsou pak uvedeny v čl. 91 Nařízení (EU) č. 2017/1001. Uplatňují se samostatným návrhem nebo protinávrhem v řízení o porušení práv a spočívají v některém z těchto důvodů:

1. vlastník certifikační známky již nesplňuje požadavky stanovené v čl. 83 odst. 2 Nařízení (EU) č. 2017/1001;
2. vlastník certifikační známky EU nepřijal přiměřená opatření, aby zabránil užívání certifikační ochranné známky EU způsobem neslučitelným s podmínkami užívání stanovenými v pravidlech pro užívání známky, jejichž případná změna byla zapsána do rejstříku;
3. způsob, jakým byla certifikační ochranná známka EU vlastníkem užívána, měl za následek, že se stala způsobilou klamat veřejnost způsobem uvedeným v čl. 85 odst. 2 Nařízení (EU) č. 2017/1001;
4. změna pravidel pro užívání certifikační ochranné známky EU byla zapsána do rejstříku v rozporu s čl. 88 odst. 2 Nařízení (EU) č. 2017/1001, s výjimkou případu, kdy vlastník známky vyhoví požadavkům tohoto článku novou změnou pravidel pro užívání známky.

Certifikační ochranná známka EU může být *prohlášena za neplatnou*, a to také z obecných důvodů nebo zvláštních důvodů neplatnosti certifikační ochranné známky.

Obecné důvody prohlášení ochranné známky EU za neplatnou jsou vymezeny v čl. 59 a 60 Nařízení (EU) č. 2017/1001.

1. zápis ochranné známky EU do rejstříku v rozporu s čl. 7 Nařízení (EU) č. 2017/1001;
2. přihlašovatel nebyl v době podání přihlášky v dobré víře (resp. jednal ve zlé víře - podle např. anglického jazykového znění nařízení);
3. pokud existuje starší známka uvedená v čl. 8 odst. 2 Nařízení (EU) č. 2017/1001 a jsou splněny podmínky stanovené v odstavci 1 nebo 5 uvedeného článku;
4. pokud existuje ochranná známka uvedená v čl. 8 odst. 3 Nařízení (EU) č. 2017/1001 a jsou splněny podmínky stanovené v uvedeném odstavci;
5. pokud existuje starší právo uvedené v čl. 8 odst. 4 Nařízení (EU) č. 2017/1001 a jsou splněny podmínky stanovené v uvedeném odstavci;
6. pokud existuje starší označení původu nebo zeměpisné označení uvedené v čl. 8 odst. 6 Nařízení (EU) č. 2017/1001 a jsou splněny podmínky stanovené v uvedeném odstavci.

Obecný důvod prohlášení známky za neplatnou se uplatňuje na základě návrhu podaného u EUIPO nebo na základě protinávrhu v řízení o porušení práv.

Zvláštní důvod prohlášení neplatnosti certifikační ochranné známky EU je uveden v čl. 92 Nařízení (EU) č. 2017/1001. Je jím zápis certifikační známky v rozporu s pravidly

uvedenými v čl. 85 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*.

Certifikační známku EU lze prohlásit za neplatnou bud' na základě samostatného návrhu nebo na základě protinávrhu podaného v řízení o porušení práv. Pokud však vlastník vyhověl změnou pravidel pro užívání a odstranil rozpor s čl. 85 *Nářízení (EU) č. 2017/1001*, nelze takovou známku prohlásit za neplatnou z tohoto důvodu.

Návrhy na zrušení známky nebo na její prohlášení za neplatnou jsou upraveny v čl. 63 a následujících *Nářízení (EU) č. 2017/1001*. Návrh musí být písemný, musí být odůvodněn a považuje se za podaný až po zaplacení správního poplatku (aktuálně 630 EUR dle položky 20 Přílohy I Výše poplatků *Nářízení (EU) č. 2017/1001*).

4.2.3. Varia: Užívání certifikačních ochranných známek v členských státech Evropské unie

Obecně jsou certifikační ochranné známky spojovány spíše s právním prostorem zemí, jejichž právní systém je založen na *common law* nebo je tímto systémem podstatně ovlivně. V Evropské unii jde např. o Spojené království Velké Británie a Severního Irska. Certifikační známky se však užívají také ve Spojených státech amerických. USA právě takové známky nejčastěji považují za *zeměpisná označení* ve smyslu Dohody TRIPS.

V poslední době je v Evropské unii a členských státech patrný vývoj právní úpravy certifikačních známek. Předně jde od roku 2016 o úpravu evropsko-unijní certifikačních ochranné známky Evropské unie, zavádění národních certifikačních ochranných známek a příslušné novelizace národních právních úprav se však vyskytují i v některých členských státech - od 01.09.2017 např. v Rakousku.⁴⁷ Certifikační ochranné známky se však užívají m.j. také v Maďarsku.⁴⁸ Kolektivní garanční známky jsou upraveny a používají se např. také v Polsku⁴⁹ nebo v Chorvatsku.

Platné české národní známkové právo - zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách dosud (národní) certifikační známky neupravuje. Ke dni odevzdání tohoto příspěvku je však v legislativním procesu projednáván ve 3. čtení v Poslanecké sněmovně vládní návrh novely,⁵⁰ který obsahuje m.j. také návrh nové národní úpravy certifikačních ochranných známek (v navrhovaných §§ 40a - 40d). Znění se zapracovaným vyznačením návrhu novely je dostupné prostřednictvím internetových stránek Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky.⁵¹

⁴⁷ Zákon byl publikován ve Spolkové sbírce Rakouské republiky dne 01.08.2017. č. 124/2017 (*124.Bundesgesetz: Änderung des Markenschutzgesetzes 1970, des Patentgesetzes 1970, des Gebrauchmustergesetzes, des Halbleiterschutzgesetzes, des Museterschutzgesetzes 1990 und des Patentamtgebühren gesetzes (NR: GP XXV RV 1656 AB 1678 S. 190. BR: AB 9851 S. 70)*)

⁴⁸ k tomu srov. Černý, M. *Používání ochranných známek a chráněných označení k ověření vlastnosti výrobků ve státech středoevropského prostoru (Česko, Slovensko, Rakousko, Polsko, Maďarsko, Itálie, Slovinsko)*. Olomouc : Iuridicum Olomoucense, 2017. 178 s. ISBN 978-80-87382-95-0 (PDF). Dostupná on-line v depozitáři vydavatele na adresě: <http://www.michalcerny.net/MC-Mono17-FV.pdf>

⁴⁹ ibid

⁵⁰ jedná se o sněmovní tisk 168/0, stav legislativního procesu je možné sledovat např. zde: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=168&CT1=0>

⁵¹ ve formě PDF souboru na této adrese: <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=135112>

Návrh obsahuje národní úpravu přebírající volitelná ustanovení o certifikační známce ze Směrnice (EU) č. 2015/2436. Návrh však rovněž využívá fakultativní možnosti, která by (v případě přijetí návrhu) měla vést k tomu, že způsobilým přihlašovatelem a vlastníkem (národní) certifikační známky bude moci být v České republice pouze ten, kdo bude (veřejnoprávně) způsobilý k provádění certifikace (srov. § 40a odst. 2 dle znění návrhu). Vzorový obsah Pravidel pro užívání certifikační známky má být přílohou novelizovaného znění známkového zákona.

Navrhovaná účinnost zákona je pro případ přijetí ke dni 01.01.2019.⁵²

4.3. Vhodnost pro označení služeb (zejména kategorizace služeb dle Niceské úmluvy), otázka mezinárodní designace

Certifikační známka se v současné době jeví jako velmi vhodný nástroj pro označení služeb s určitými vlastnostmi (zejm. kvalitou, nebo mezi jinými také zeměpisným původem).

Jako ideální se jeví řešení pomocí certifikační ochranné známky Evropské unie, svá pozitiva může mít i řešení pomocí národní certifikační známky či známkem (ev. s mezinárodním rozšířením území ochrany). Pokud jde o označení služeb splňujících stejné podmínky na celém území Evropské unie, je vhodnějším řešením certifikační známka EU.

Pro certifikační známku (EU) jako vhodný právní institut k označení služeb je doplňujícím důvodem také to, že v rámci systému mezinárodního zápisu dle Madridské dohody o mezinárodním zápisu továrních a obchodních známek a Protokolu k této dohodě je v současnosti možné dosáhnout ochrany ve velké většině států současného světa.⁵³ Potenciální rozšíření územní ochrany do zahraničí (i mimo EU) může být vhodné při bránění práv oprávněných uživatelů certifikační známky jejím vlastníkem.

Ochranná známka se jeví jako vhodný nástroj k označení služeb určitých vlastností také proto, že současná verze Niceského třídění obsahuje 11 samostatných tříd pro služby (aktuálně třídy 35-45 Niceského třídění) a je tedy možné v praxi relativně snadno provádět rešerše, podávat přihlášky atd.

Konečně při srovnání řešení pomocí hypotetické (a dosud neexistující) úpravy označení zeměpisného původu pro služby (na unijní úrovni nebo mezinárodní úrovni) s řešením pomocí ochranné známky (nejlépe certifikační) přistupují ještě dva další důvody. Řešení pomocí práva známkového je v zásadě na unijní úrovni již dnes dostupné (a v mnoha členských státech tak říkají "na cestě"). O řešení pomocí označení zeměpisného původu je možné pouze uvažovat, a to ještě s podmínkou teoretického přijetí a nejdříve v horizontu několika let.

Kromě toho již zmíněné řešení pomocí certifikačních známek je možné a v zásadě je závislé na iniciativě přihlašovatelů - tedy "zdola". Právní úprava existuje, přihlášky mohou být podávány a zápisná řízení vedena. Oproti tomu případné hypotetické řešení pomocí přijetí nové právní úpravy označení zeměpisného původu služeb by bylo řešením "shora", které by vyžádalo odpověď na mnohé otázky, které dosud nebyly vůbec položeny - výlučný unijní systém (se zapojením národních úřadů členských států), kontrola

⁵² s výjimkou účinnosti části druhé - ta upravuje změnu zákona č. 221/2006 Sb., o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví, a to v rozsahu doplnění ochrany obchodního tajemství. Tato část má mít navrhovanou účinnost k 15.dni následujícímu po vyhlášení zákona ve Sbírce zákonů.

⁵³ byť limitem může být v některých případech to, jak národní úřad aplikuje národní známkové právo při absenci národní úpravy certifikační známky

specifikací národními orgány členských států atd. Kdyby mělo být nalezeno řešení pomocí takové změny, byla by nutná nejen změna práva EU, ale také navazující změny v právech členských států. Je akademickou otázkou, zda-li vůbec taková úvaha stojí za to. Skutečnost, že o možnost zápisu označení původu či zeměpisného označení pro službu, která je v Česku do roku 2002 právně možná, dosud usiloval pouze jeden zájemce, svědčí podstatně o nepopularitě takového řešení. Oproti tomu čilá praxe ochrany známkoprávní (cestou individuálních známk pro služby) svědčí o tom, že podnikatelská veřejnost zájem o územně širokou ochranu má.

Ve vztahu k potenciální praxi certifikačních známk na národní úrovni pak bude záležet na tom, jak právo nastaví veřejnoprávní podmínky výkonu certifikační činnosti. Teprve pak bude možné hodnotit dopady této regulace. Ve vztahu k certifikační ochranné známce EU patrně dojde k nepřímé soutěži mezi právními řády - o zápis budou usilovat vlastníci certifikačních známk především z těch zemí

ZÁVĚR

Při poskytování služeb má označení služeb zásadní význam, úroveň evropsko-unijní regulace takových označení je však v porovnání s označením zboží na nízké úrovni a nedá se považovat za rozvinutou. Prakticky je omezena na bioznačku pro některé služby a na značku důvěry pro některé prostředky a služby, které splňují požadavky nařízení eIDAS a jsou proto využívány v souvislosti s elektronickými podpisy (resp. právními jednáními elektronickou cestou). Nad tento rámec se právo EU spíše zaměřuje vb oblasti služeb na jinou regulaci - ať již cenovou, nebo zajištění možnosti čerpání služeb "za domácích podmínek" kdekoliv v EU.

Z dlouhodobého hlediska lze očekávat i rozvoj úpravy označení zeměpisného původu, avšak opětovně spíše v okruhu zavedení evropsko-unijního systému jakosti pro nezemědělské výrobky. Časový rámec není možné ohraňovat, lze však očekávat, že nastane až po vyřešení Brexitu a jeho dopadů. Lze rovněž očekávat, že Evropská komise bude řešit tuto otázku i v sousiosti s přistoupením EU (a jejích členských států) k Ženevskému aktu Lisabonské dohody na ochranu označení původu a zeměpisných označení. Na základě rešení národních úprav a provedených studií a konzultací nelze patrně očekávat, že by evropsko-unijní systém systému jakosti měl zahrnovat i služby. Možnost zápisu označení původu nebo zeměpisného označení pro službu dle národního práva je i mezi členskými státy velmi ojedinělá (např. v ČR) a ani tam, kde je dostupná, nebyla prakticky využita. I v celosvětovém měřítku je možnost zápisu některého z označení pro službu velmi ojedinělá a autoru je znám pouze jeden případ jednoho zapsaného zeměpisného označení služby z Brazílie. Jde o označení Porto Digital.



Přesto nelze vyloučit, že soukromé subjekty budou usilovat o označení služeb určité (zvláštní) kvality nebo jiných zvláštních vlastností. Pro takový účel jsou již dnes dostupné vhodné právní nástroje - především certifikační ochranná známka Evropské unie, případně také certifikační ochranné známky dle práva členských států (nebo jiných států). Tento právní nástroj je vhodný i z hlediska zajištění mezinárodní ochrany, a to z mnoha důvodů. Klíčovým faktorem je to, že přihlašovatel známky může podat přihlášku (i žádost o mezinárodní přihlášku) z vlastní iniciativy.

V oblasti certifikačních známk dochází v současné době k zásadnímu vývoji, který byl především mezi členskými státy EU částečně vyvolán i přijetím nových pravidel - zavedení certifikační ochranné známky EU. Nepřímo tak i v důsledku přijetí evropsko-unijní úpravy v minulých letech zavedly do národních právních řádů certifikační známky některé členské státy EU (např. Rakousko či Maďarsko) a v jiných státech je v současné době nová úprava v procesu přijímání. To platí např. pro Českou republiku.

POUŽITÉ PRAMENY

MONOGRAFIE

1. Baranczyk, I. *Ochrona prawnia označzeń geograficznych*. Warszawa : Difyn, 2008.
2. Černý, M. *Používání ochranných známk a chráněných označení k ověření vlastnosti výrobků ve státech středoevropského prostoru (Česko, Slovensko, Rakousko, Polsko, Maďarsko, Itálie, Slovinsko)*. Olomouc : Iuridicum Olomoucense, 2017. 178 s. ISBN 978-80-87382-95-0 (PDF). Dostupná on-line v depozitáři vydavatele na adrese: <http://www.michalcerny.net/MC-Mono17-FV.pdf>
3. Dobřichovský, T. et al. *Aktuální otázky práva autorského a práv průmyslových. Current Problems of Copyright and Industrial Property*. Praha : Univerzita Karlova, 2017.
4. Týč, V. - Charvát, R. *Zeměpisná označení v mezinárodních smlouvách a v právu Evropské unie*. Praha : Leges, 2017.
5. Zdvihalová, M. a kolektiv. *Rozlišovací způsobilost ochranných známk. Individuální, kolektivní a certifikační známky*. Praha : Metropolitan University Prague Press, 2016.

ODBORNÉ PŘÍSPĚVKY V ČASOPISECH A SBORNÍCÍCH

6. Bačárová, R. Používanie zhodných alebo podobných označení v reklame z hľadiska súťažného práva (1.časť). In *Duševné vlastníctvo*, 2015, 3.
7. Boháček, M. Certifikační ochranná známka v ČR i v nové úpravě EU. In *Obchodní právo*, 2016, 12.
8. Grötschl, M. *Certification Trademarks in the European Union*. In *ECTA Bulletin*, 2016, June, s.26. Dostupné on-line na adrese: http://www.ecta.org/uploads/publications-flash/ECTA_E-bulletin.pdf
9. Klinka, Tomáš. Ženevský akt Lisabonskej dohody ... tāžko se rodila nová medznárodní zmluva ... , In *Duševné vlastníctvo*, 2015, 3, s.13.
10. Lochmanová, L. *Práva na označení*. Praha : Orac, 1997. S.46.
11. Slováková, Z. Aktuální otázky označení původu a zeměpisných označení. In *Obchodní právo*, 2016, 10.

ROZSUDKY SOUDNÍHO DVORA

12. rozsudek Soudního dvora ve spojených věcech C-403/08 (FAPL a další) a C-429/08 (Karen Murphy proti Media Protection Services)
13. rozsudek Soudního dvora (Velkého senátu) C-389/15 (Evropská komise vs. Rada Evropské unie) dne 25.10.2017.
14. rozsudek Soudního dvora C-10/89 HAG II
15. rozsudek Soudního dvora C-487/07 L`Oreal
16. rozsudek Soudního dvora C-533/06 O2 Holdings.
17. rozsudek Soudního dvora C-421/04 Matratzen Concord AG x Hukla Germany SA.,
18. rozsudek Soudního dvora C-236/08 až C-238/08 Google France a Google,
19. rozsudek Soudního dvora C-323/09 Interflora
20. rozsudek Soudního dvora C-689/15, W. F. Gözze Frottierweberei GmbH, Wolfgang Gözze proti Verei Bremer Baumwollbörse.

ROZHODNUTÍ JINÝCH ORGÁNU EU

21. Rozhodnutí Rady (EU) 851/15
22. Rozhodnutí Rady (EU) 2018/416 ze dne 5. března 2018 o zmocnění k zahájení jednání o revidované Lisabonské dohodě o označeních původu a zeměpisných označeních

PRÁVNÍ PŘEDPISY

23. Smlouva o fungování Evropské unie
24. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 531/2012 ze dne 13. června 2012 o roamingu ve veřejných mobilních komunikačních sítích v Unii⁵⁴
25. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120 ze dne 25. listopadu 2015, kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu a mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací a nařízení (EU) č. 531/2012 o roamingu ve veřejných mobilních komunikačních sítích v Unii,
26. Prováděcí nařízení Komise (EU) 2016/2286 ze dne 15. prosince 2016, kterým se stanoví podrobná pravidla týkající se uplatňování politiky přiměřeného využívání a metodologie posuzování udržitelnosti zrušení maloobchodních příplatek za roaming a týkající se žádostí, kterou má podat poskytovatel roamingu pro účely tohoto posouzení.
27. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 910/2014 ze dne 23. července 2014 o elektronické identifikaci a službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce na vnitřním trhu a o zrušení směrnice 1999/93/ES
28. Prováděcí nařízení Komise (EU) 2015/806 ze dne 22. května 2015, kterým se stanoví specifikace týkající se podoby značky důvěry EU pro kvalifikované služby vytvářející důvěru
29. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1128 ze dne 14. června 2017 o přeshraniční přenositelnosti on-line služeb poskytujících obsah v rámci vnitřního trhu
30. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2017/1001 o ochranné známce Evropské unie.

⁵⁴ v rámci aktivního odkazu dostupné již v novelizované podobě na adrese: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?qid=1535365861617&uri=CELEX:02012R0531-20170615>

31. Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2015/2436 ze dne 16. prosince 2015, kterou se sbližují právní předpisy členských států o ochranných známkách)
32. Prováděcí nařízení Komise (EU) 2018/626 ze dne 5. března 2018, kterým se stanoví prováděcí pravidla k některým ustanovením nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1001 o ochranné známce Evropské unie a zrušuje prováděcí nařízení (EU) 2017/1431

ODBORNÉ STUDIE

33. Kolektiv autorů. *Study on geographical indications protection for non-agricultural products in the internal market (Final report 18 February 2013)* dostupná on-line na adrese: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/geo-indications/130322-geo-indications-non-agri-study_en.pdf

INICIATIVY, NÁVRHY A SOUVISEJÍCÍ ZDROJE

34. Evropská komise. *Cestovní mapa (Roadmap Ares(2017)6308027)*
35. (Evropský parlament). Návrh Telekomunikačního balíčku (Telecomunication Code) - návrh *COM(2016) 590, 14.9.2016, 2016/0288(COD)*. Návrh je dostupný zde: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10692_2018_INIT&from=CS
36. Sněmovní tisk 168/0 (Návrh novely zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách), dostupný on-line zde: <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=135112>
37. (EP). Videozpráva Evropského parlamentu "Evroposlanci bojují za levnější telefonní hovory do ostatních zemí CU", která je dostupná na této adrese: <https://yt.europarltv.europa.eu/embed.min.html?id=6139&lang=cs>
38. (EP). Tisková zpráv Evropského parlamentu na adrese: <http://www.europarl.europa.eu/news/cs/press-room/20171002IPR85112/cheaper-phone-calls-to-other-eu-countries>

OSTATNÍ ZDROJE

39. Připomínky k návrhu uvedené v poznámkovém aparátu v textu
40. Ochranné známky a úřední značky uvedené v textu

KONTAKT NA AUTORA

michal.cerny@upol.cz

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

Tř. 17. listopadu 8

771 11 Olomouc

Česká republika

Dr hab. Kinga Michałowska

Cracow University of Economics, Faculty of Finance and Law

Protection of e-privacy and threats resulting from the processing and profiling of personal data of an individual in the context of the EU regulation on the protection of personal data

Abstract

The article entitled: Protection of e-privacy and threats resulting from the processing of personal data of an entity and profiling in the context of the EU regulation on the protection of personal data deals with the right to protection of information about the individual - a natural person. Starting from the notion and types of personal data, it presents the issues arising from their legal categorisation and the protection assigned to them in connection therewith. Attention has been paid to the restrictions on the processing of personal data, with particular emphasis on the risks arising from profiling.

Key words: Personal data, e-privacy, personal data processing, profiling, consent.

JEL Classification: K1

INTRODUCTION

Not only in the European Union but in other countries, the basic method of information exchange is the Internet. Facilitating the acquisition of news and messages, their transmission, storage and selection enables its users to access to a huge volume of often confidential information. A large part of this is information about a person, closely related to that person and his or her individual character, that it belongs to a separate group of so-called personal data. Being of special value, they require adequate security, which is implemented on two levels, as protection results both from their legal nature and from special laws.

Provisions of international and national regulations provided for in international regulations are aimed at providing Internet users with a sense of security and anonymity while implementing mechanisms eliminating the network users' feeling of impunity. Currently, this task is partially implemented with the regulation on the protection of personal data which has been in force since May this year. In addition to the definition of personal data introduced by the regulation, it provides many protective mechanisms. Most of them rely on respecting the will of network users concerning information about them. Its implementation takes place by obtaining consent to the processing of personal data and the related right to delete information. This article is a general analysis of the EU and national (Polish) protection of the right to disclose or not to disclose information about

himself or herself on the Internet, the range of protection of the right to e-privacy as well as profiling and related threats.

1. PERSONAL DATA – GENERAL COMMENTS

Generally, personal data is the information about a natural person. Information about various areas of human life is considered to be personal data as long as it is possible to link it to a specific person. It may be objective or subjective, measurable or assessable information, may relate to past, present or future circumstances, persistent or transient¹. The protection of personal data, interpreted as protection of information about the person, is embedded in the Constitution. According to art. 51 of the Constitution of the Republic of Poland, no one may be forced, other than under the Act, to disclose information concerning his or her person. The Constitution of the Republic of Poland also indicates the right to demand rectification and deletion of information². The term "information about a person" used in the Constitution emphasizes the personal dimension of information. It indicates that the information has its own personal character when it is possible to determine the identity of the specific person it concerns³. There is no doubt that the individual's discretionary power to decide to disclose or not to disclose information must be limited, but only the specific provision of the law may be the basis for limiting it⁴.

1.1. Personal data in the Regulation on the protection of personal data

The specification and definition of personal data are included in the Regulation of the European Parliament and of the EU Council on the protection of individuals with regard to the personal data processing and on the free movement of such data and the repeal of Directive 95/46 / EC (general regulation on the protection of personal data)⁵. According to art. 4 para 1 of the Regulation, personal data means any information about an identified or identifiable natural person. The regulation clarifies that an identifiable natural person is a person who can be directly or indirectly identified using identifiers. The identifiers are, among others name and surname, identification number, location data, internet identifier or one or more specific factors determining the physical, physiological, genetic, psychological, economic, cultural or social identity of a natural person. This broad definition of personal data means that most of the information made available online (intentionally or unintentionally) is protected.

Due to the sensitive nature of some of the individual's information, the Regulation distinguishes between specific categories of personal data such as genetic data, biometrics

¹ J. Barta, P. Fajgielski , R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych, Komentarz, Warszawa 2015, kom. do art. 6, pkt. 18, Lex w. el.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997, Dz. U. Nr 78, poz.483 ze zm.

³ B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2012, s. 309.

⁴ It is emphasised in art. 51 ust 1 and art. 31 ust 3 Konstytucji RP as well as in art. 8-11 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC), Dz. U 1993 Nr61, poz.284.

⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Dz.U.U.E.L.2016.119.1 ze zm.

and health data. In addition, art. 9 of the Regulation imposes restrictions on the processing of those categories of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation. The unambiguous definition of all specific types of data introduced in the Regulation was due to their sensitive nature. As indicated in para 51 of the Data Protection Regulation, personal data which are, by their nature, particularly sensitive in relation to fundamental rights and freedoms merit specific protection as the context of their processing could create significant risks to the fundamental rights and freedoms.

1.2. The basis for the qualification of information about the individual under the category of personal data.

Information about the individual, generally defined and categorized in the regulation - defined as personal data - was separated on the basis of the qualifying conditions indicated in the regulation. The first one refers to the information itself - in the context of the "all information" regulation, which should be interpreted in a broad manner, in relation to the objectives outlined in it and the scope of the protection provided. It is emphasised in the literature that the nature of information (objective, subjective or neutral) is of no significance, as well as the manner and the medium of its consolidation⁶. The term included in the regulation serves to emphasize that information is pertinent to every aspect of the person, his or her personal and material relations, professional and private life, education, knowledge or character traits⁷. Personal data is both information already disseminated or published, as well as information that has not yet been disclosed. It provides a kind of hint as to the closeness of the way personal data is identified and the right to privacy. The second prerequisite concerns the relationship between the information and its subject. The provision indicates that the information must relate to a specific natural person. They play a key role in determining the scope of the subject concept of personal data, especially in relation to new technologies⁸. The relationship between information and a natural person should be examined through the context of content, purpose or effect. The third prerequisite in the definition of personal data concerns the possibility of identifying and referring to an "identified or identifiable natural person." Identification itself is based on information about the entity⁹. The identifier may be, inter alia, name and surname, pseudonym, nick, identification number, in particular the number of the universal electronic system of population registration (ex. PESEL in polish regulations), tax identification number (NIP) as well as the number of the identity document (identity card or passport), location data, internet identifier or one or several

⁶ D. Lubasz, w: E. Bielak-Jomaa (red.), D. Lubasz (red.), W. Chomiczewski, M. Czerniawski, P. Drobek, U. Góral, M. Kuba, J. Łuczak, P. Makowski, K. Witkowska-Nowakowska, N. Zawadzka, RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, komentarz do art. 4, Lex w. el.

⁷ M. Barta, Ochrona danych osobowych, Komentarz 2015, komentarz do art. 6, pkt 4, Lex w. el.

⁸ Opinia Grupy Roboczej z 20.06.2007r., Nr 4/ 2007, w sprawie pojęcia danych osobowych (WP 136), giodo.gov.pl/pl/, dostęp 20.08.2018.

⁹ D. Lubasz, RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, komentarz do art. 4, Lex w. el.

specific factors defining physical identification eg external appearance, retina pattern, physiological eg group blood, genetic, e.g. the structure of the genetic code, psychological, economic, e.g. property status. In addition, the regulation indicates identifiers in the form of a cultural or social identity of a natural person, which depending on the manner of interpretation of these concepts may be, for example, origin, political views, religious or philosophical beliefs and religious, political or trade union affiliation¹⁰. The unambiguous definition of individual types of data introduced in the regulation was due to their special and sensitive nature. The last of the premises refers to the subjective scope, clearly indicating that the definition applies to the personal data of a natural person. The Regulation does not define the concept of a natural person, hence the comments emphasize that the EU legislator distinguishes them from the concept of a legal person, which is not subject to protection under the Regulation. This results directly from para 14 of the Data Protection Regulation, which says that the protection afforded by this Regulation should apply to natural persons, whatever their nationality or place of residence, in relation to the processing of their personal data. This Regulation does not cover the processing of personal data which concerns legal persons and in particular undertakings established as legal persons, including the name and the form of the legal person and the contact details of the legal person. Therefore, under the Polish law, the regulation of section I of the Civil Code must be applied¹¹.

2. THE RIGHT TO PRIVACY AND E-PRIVACY

2.1. The concept of privacy

The right to decide on the disclosure or confidentiality of information about oneself - including personal data - falls within the limits of the individual's right to privacy. The very concept of privacy and the ideas that build them reveal considerable diversity, which is noticeable in individual fields investigating it. In legal terms, privacy is associated with the sphere of human freedom¹². It contains "freedoms" in the form of, inter alia, freedom of personal life with emphasis on the limited access to the individual and information about the individual.¹³, the right to be left alone¹⁴, intimacy¹⁵, the freedom to decide on his

¹⁰ M. Barta, Ochrona danych osobowych, Komentarz 2015, komentarz do art. 6, pkt 12, Lex w. el.

¹¹ Ustawa z dnia 23.04.1964. Kodeks cywilny, t. j. Dz.U.2018.1025.

¹² F. Volio, Legal personality, Privacy and the Family, w: L. Henkin (red.), The International Bill of Rights; The Convent of Civil and Political Rights, New York 1981 r., s. 190.

¹³ As emphasised by A. F. Westin, "Privacy is the heart of freedom in the modern country." quote from J. Sieńczyło-Chlabcicz, Naruszenie, s. 81.

¹⁴ This aspect of privacy was noticed by its trailblazers, S. D. Warren i L. D. Brandeis, showing that protection of thoughts, feelings and emotions of the individual which lies in prevention from disclosing, is carried out within the general right of a person to be left alone quote for J. Sieńczyło-Chlabcicz, Naruszenie, s. 80.

¹⁵ The concept of intimacy in foreign literature was amplified especially by I. Frieda, who indicated that, "intimacy is a resource of information applying to human actions, beliefs or emotions that an individual has the right not to share with others", C. Friend, An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice, Cambridge, Harvard University Press 1970, s. 142; on the contrary, T. Gerety pointed out that intimacy is a fundamental element limiting the area of privacy, T. Gerety, Redefining privacy, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review 1977, vol. 12, s. 263, cyt. za J. Sieńczyło-Chlabcicz, Naruszenie, s. 90-91.

or her own life and health, freedom of personal life with emphasis on the limited access to the individual and information about the individual¹⁶. Their common feature is seen in the assumption that for their implementation each of them requires the existence of a certain scope of the individual's discretionary freedom, and remain under his or her control¹⁷. Diversified ways of capturing privacy point to the necessity of distinguishing certain areas (spheres) that fill it and individual, building privacy of elements. Basis for the distinction is recognized as the degree to which an individual has the opportunity to be separated from society in the area of his or her private life¹⁸ while being able to control openness and accessibility for others¹⁹. Among the numerous concepts of privacy that deserve attention the autonomous trend and information trend can be found. The first of these identifies privacy with autonomy or the closeness of personal identity²⁰. In information terms, privacy is the right of the individual to control information about his or her personal life. In this approach, privacy is perceived as the individual's entitlement to set time limits, scope, and the circle of entities to which information about the individual can be disclosed²¹.

In literature and jurisprudence, it is explicitly emphasized that privacy is a personal good of a human being. Even though art. 23 of the Civil Code does not mention privacy, the design of an open catalogue adopted by the Polish legislator gives the possibility of recognizing this particular value as a personal good. There is no unanimity, however, whether personal data should be treated as a separate personal good or as a special form of privacy²². In the opinion of the Constitutional Tribunal, privacy refers to protect information about a person and guarantee a certain state of independence, within which a person can decide on the scope of sharing and communicating to others information about their lives²³. Privacy perceived in this way is directed more towards personal good in the form of personal data. The recognition of privacy and personal data as an independent value - independent personal rights seems correct. The obligation to apply to the claims for violation of the provisions on the protection of personal data provided for in the Civil

¹⁶ One of the first to point to such approach to privacy was A. F. Westin, emphasising that „privacy is a demand for individuals, social groups or institutions to determine what scope of information about them is passed to third parties”, an individual is deprived of privacy when he or she loses control over possibility of deciding how and how much information about him or her is shared”, J. Sieńczyło-Chlabcz, Naruszenie, s. 85.

¹⁷ L. Kański, Prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania i tajemnicy korespondencji, w: R. Wieruszewski (red.), Prawa Człowieka - Model Prawny, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 329. An interesting definition of privacy was suggested by R. B. Parker, indicating that „privacy is control over when and by whom the various parts of us can be sensed by others”, R. B. Parker, A Definition of Privacy, Rutgers Law Review 1974, s. 281.

¹⁸ Tak, J. Sieńczyło-Chlabcz, Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna, Kraków 2006, s. 105.

¹⁹ K. Michałowska, Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym, Warszawa 2017, s. 303-304.

²⁰ A. Sakowicz, Prywatność jako samoistne dobro prawne (per se), PiP 2006, Nr 1, s. 25.

²¹ J. Braciak, Prawo do prywatności, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, Warszawa 2002, s. 296.

²² M. Pazdan, w: Kodeks cywilny, Komentarz do art. 1 – 449¹⁰, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 146 i cytowana tam literatura.

²³ Wyrok TK z 18.5.1998 r., U 5/79, OTK 1998, Nr 4, poz. 46.

Code pleads in favour of categorisation of personal data mentioned above, as indicated in art. 92 of the Act on the Protection of Personal Data²⁴.

2.2. Consent as a condition for the processing of personal data

Guaranteeing the individual's right to self-determination of information serves to ensure the protection of personal data and the privacy of the individual²⁵. His or her sole decision is to decide on the subjective, objective and temporal scope of providing information about him or her. The implementation of this right takes place through the requirement to obtain "informed" consent for the processing of personal data and the repeal of the privacy sphere. According to art. 4 point 11 of the Regulation 'consent' of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her; The regulation does not specify the legal nature of consent for the processing of personal data. Due to the lack of conformity in the doctrine and case law, for the purposes of this study it was assumed that it is a unilateral, revocable legal action, being a manifestation of will similar to a declaration of will. Its essence amounts to subject's disposition of free decision on defined private good which in the analysed scope will be personal data. The condition of effectiveness of the consent to process personal data is information provided to the person who has to consent. Depending on the source of personal data, the scope of pre-consent information and its effectiveness is regulated by art. 13 and 14 of the Regulation. The legal effects of the action taken on the basis of informed consent are defined by specific provisions²⁶.

In accordance with para 32 of the Regulation consent should be given by a clear affirmative act establishing a freely given²⁷, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's agreement to the processing of personal data relating to him or her, such as by a written statement, including by electronic means, or an oral statement. Consent should cover all processing activities carried out for the same purpose or purposes. When the processing has multiple purposes, consent should be given for all of them. If the data subject's consent is to be given following a request by electronic means, the request must be clear, concise and not unnecessarily disruptive to the use of the service for which it is provided. The conditions for giving consent, in particular

²⁴ Ustawa z dnia 10.05.2018r., o ochronie danych osobowych, Dz. U. 2018, poz. 1000.

²⁵ B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2012, s. 309.

²⁶ K. Michałowska, Charakter prawný i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny, Warszawa 2014, s. 223.

²⁷ Voluntary consent is confirmed by para 43 as well as art. 7 para 4 of the Regulation, indicating that in order to ensure that consent is freely given, consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data in a specific case where there is a clear imbalance between the data subject and the controller, in particular where the controller is a public authority and it is therefore unlikely that consent was freely given in all the circumstances of that specific situation. Consent is presumed not to be freely given if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case, or if the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance.

confirmation and showing its granting, rest in the controller or joint controller. Due to the above-mentioned nature of consent, it is in principle revocable until the action is taken, hence the regulation introduced the possibility of withdrawal of consent (art. 7 para 3). In addition, the person who the data concerns has the right to rectify incorrect data and to supplement it in a situation where personal data is incomplete (art. 16). A special right is provided in art. 17; the right to be forgotten, which means requesting the immediate deletion of personal data, if any of the circumstances indicated in paragraph 1 of this provision occur.

3. E-PRIVACY AND WAYS TO PROTECT IT IN THE LIGHT OF THE REGULATION OF PERSONAL DATA PROTECTION

The above information about the individual mostly falls within one of the spheres of privacy, hence due to their digital nature and the manner of collecting, using, processing and storing, they constitute the personal good of the individual in the form of e-privacy. One of the fundamental threats to the personal sphere of the subject is the profiling of personal data.

3.1. Profiling of personal data

The legal nature of personal data indicated above requires that the activities referred to are known to the subject of this data. Most often these activities are undertaken by the personal data controller and generally they consist in obtaining, processing, sharing, storing and securing personal data. Therefore, the provisions of the Regulation and the Act on personal data refer to procedures related to each personal data referred to and intrusive in the sphere of e-privacy. Due to the limitations of the framework of this publication, further considerations will be limited to the issue of the special way of processing personal data that carries the most threats to the area of e-privacy or profiling. According to Art 4 para 4 ‘profiling’ means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person’s performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements;

The essence of profiling amounts to the analysis of a large amount of information and personal factors contained therein. The profiling mechanism is usually based on a specific algorithm, the use of which permits the processing of existing data and the extraction of additional information from such data. It takes place when the controller evaluates information about an individual (usually personal factors), both in relation to the current and future situation²⁸. Depending on the purpose of obtaining information, it is most often used in the area of so-called big data and business intelligence, especially in the online sales sector, direct marketing, services offered, in particular financial and insurance, and

²⁸ M. Cichomska, Prawne aspekty profilowania oraz podejmowania zautomatyzowanych decyzji w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych, EPS 2017, Nr 5, s. 38.

the healthcare sector²⁹. While in the situation of the regulation of personal data acquired for a specific purpose what is most often defined is their scope and method of use, in the situation of profiling certain information is the result of processing other information obtained earlier. This status means that the method of obtaining information will not always be in line with the principles set out in the Regulation, the Act on the Protection of Personal Data and other legal regulations.

3.2. Special protection related to profiling of personal data

A necessary condition for the qualification of a specific activity in the category of profiling is the elicitation of legal effects or, as the regulation indicates, causing a similar effect. Due to the risks associated with it, the Regulation gives the subject of personal data subjected to profiling a special right in the form provided in Article 21 of the Regulation - right of objection. An objection results in a ban on further data processing, and the conditions and presumption of opposition objection depend on the purpose for which the data was processed. Situations are more stringent when processing (including profiling) is made for direct marketing purposes.

Raised in point 3.2. doubts regarding the possible risk of discrimination of the entity in the situation of automatic decisions were specifically noticed in art. 22 of the regulation. Due to the possible violation of the rights and freedoms of the entity in such a situation, the regulation explicitly indicates that The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her. The reason for granting such a right is the intrusive nature of profiling activities that cause or may cause a threat or violation of e-privacy.

3.3. Threats related to profiling of personal data

The basic doubts related to profiling concern the method of obtaining data. Situations when the Internet user receives various types of offers to purchase products or services are not usually a result of a coincidence but the result of a thorough analysis of potential user's needs, often made without his knowledge and consent. Another concern regards the results of the profiling process which is based on incorrect information and therefore may raise doubts as to their truthfulness and timeliness of the outcome. Here there is an additional doubt concerning the possible limitation or even exclusion of the possibility to use the offer to purchase a product or service due to the incorrect result of profiling. This state has further consequences in the form of a risk of possible restriction of access to a particular category of goods or services and the possibility of raising discrimination charges. In addition, profiling undermines the information autonomy of an individual due

²⁹ It is widely accepted that big data is large, variable and diverse set of data, the processing and analysis of which is difficult, but at the same time valuable, because it can lead to new information, J. Haddat, How to construct a big data strategy, /www.techradar.com/news/world-of-tech/, dostęp 21.08.2018.

to the inability to distinguish which data is used for profiling, what conclusions are drawn on this basis and what the effects may be.³⁰

In connection with the indicated threats, the EU legislator defined in the regulation obligations of the controller to use appropriate mathematical or statistical procedures for the profiling, implement technical and organisational measures appropriate to ensure, in particular, that factors which result in inaccuracies in personal data are corrected and the risk of errors is minimised, secure personal data in a manner that takes account of the potential risks involved for the interests and rights of the data subject and that prevents, *inter alia*, discriminatory effects on natural persons on the basis of racial or ethnic origin, political opinion, religion or beliefs, trade union membership, genetic or health status or sexual orientation, or that result in measures having such an effect.

CONCLUSION

The basic pillar of personal data security is the statutory right to respect the will to disclose or conceal information about yourself. The enforcement of security rules, the flow of information, including the protection of personal data is the foundation for the development of most interpersonal relationships in the area of e-privacy. The requirement to obtain the consent of the data subject is a guarantee of respecting both national and international protection for the flow of personal data. A condition for the effectiveness of consent is the information provided to the entity, which, in addition to many elements specified in the Regulation, indicates the purpose of obtaining and processing personal data. As emphasized, the experience of the past period indicates an increasingly common phenomenon of further processing of personal data, going beyond the originally designated information given to the entity, the purpose of obtaining them. Not only does this state make profiling a threat to the e-privacy area but it also carries with it a real risk of discrimination against the subject, despite the protective mechanisms preventing profiling indicated in the regulation on data protection. Contrary to the tendency of simplification and availability of protective procedures dominating in the regulation, the scale and multiplicity of data areas threatened with profiling is so wide that in most situations profiling will be very difficult to prove. The recent introductions of the new regulations will undoubtedly induce the EU legislator to tighten this regulatory area.

REFERENCES

1. Banaszak B., Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2012.
2. Barta M., Ochrona danych osobowych, Komentarz 2015, Lex w. el.
3. Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., Ochrona danych osobowych, Komentarz, Warszawa 2015.
4. Braciak J., Prawo do prywatności, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, Warszawa 2002.
5. Cichomska M., Prawne aspekty profilowania oraz podejmowania zautomatyzowanych decyzji w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych, EPS 2017, Nr 5.

³⁰ D. Lubasz, RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, komentarz do art. 4 pkt 4, Lex w. el.

6. Friend C., An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice, Cambridge, Harvard University Press 1970.
7. Gerety T., Redefinicing privacy, Harvard Civil Rights – Civil Liberties, Law Review, 1977, vol. 12.
8. Lubasz D., w: E. Bielak-Jomaa, (red.), D. Lubasz (red.), W. Chomiczewski, M. Czerniawski, P. Drobek, U. Góral, M. Kuba, J. Łuczak, P. Makowski, K. Witkowska-Nowakowska, N. Zawadzka, RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, Lex w. el.
9. Kański L., Prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania i tajemnicy korespondencji, w: R. Wieruszewski (red.), Prawa Człowieka - Model Prawny, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991.
10. Michałowska K., Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym, Warszawa 2017.
11. Michałowska K., Charakter prawný i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny, Warszawa 2014.
12. Parker R. B., A Definition of Privacy, Rutgers Law Review 1974.
13. Pazdan M., w: Kodeks cywilny, Komentarz do art. 1 – 449¹⁰, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 6, Warszawa 2011.
14. Sakowicz A., Prywatność jako samoistne dobro prawne (per se), PiP 2006, Nr 1.
15. Sieńczyło -Chlabcz J., Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna, Kraków 2006.
16. Volio F., Legal personality, Privacy and the Family, w: L. Henkin (red.), The International Bill of Rights; The Convent of Civil and Political Rights, New York 1981

CONTACT INFORMATION

kinga.michalowska@uek.krakow.pl
Cracow University of Economic
Faculty of Finance and Law
Rakowicka 27, 31-510 Kraków
Poland

Intellectual property in the insurance distribution. Remarks on the background of Polish Law

Abstract

On the EU market, the significance of the protection of intellectual property cannot be underestimated. At the same time, after the implementation of the IDD directive in EU countries, including Poland, the insurance distribution model significantly changed. However, due to the strong market competition the problem of protection of intellectual property in insurance activity is gaining importance, in literature is rarely presented. The aim of the article is to discuss the most important problems with the protection of intellectual property of agents and brokers, against the background of the insurance distribution model in Poland.

Key words: intellectual property, copyright, trademarks, insurance distribution, IDD directive

JEL Classification: D40, O340

INTRODUCTION

The adoption of the Directive of the European Parliament and of the Council (EU) 2016/97 of 20 January 2016 on insurance distribution (recast) (IDD)¹ introduced many changes on the business insurance market in the European Union. The purpose of this directive is, inter alia, protection of the insurance service client and harmonization of national insurance and reinsurance distribution regulations. In Poland, the effect of implementing the IDD directive is the Act of December 15, 2017 on insurance distribution². The member countries were initially small in time to implement the IDD directive by February 23, 2018, but the deadline was extended to October 1, 2018. The Directive has the character of minimum harmonization, which means that individual Member States may establish measures further to protect the customer of the insurance service than those provided for in the IDD. It should also be emphasized that insurance intermediaries stopped being treated by the EU legislator as a separate regulatory element

¹ Dz. U. L 26/19 from February 2, 2016.

² Dz. U. 2017, item 2486, as amended, hereinafter referred to as *u.d.u*. The Act of January 26, 2018 amending the Act on Insurance Distribution (Dz. U. of 2018, item 378) amended the date of entry into force of *u.d.u* of 23/02/2018 on 1/10/2018.

of the insurance market and became participants in the broadly understood insurance distribution process. The principle of equal treatment of all distribution channels in terms of their commitment to customers was adopted³. Distribution of insurance and reinsurance products according to IDD can be performed by three categories of entities such as: insurance companies, reinsurance companies and their employees, insurance and reinsurance intermediaries and intermediaries offering supplementary insurance. They have the status of an entrepreneur. In the Polish legal system there has always been a dichotomous division of insurance intermediaries into insurance agents, acting for and in the interest of an insurance company and insurance and reinsurance brokers. Thus, in Polish law, there are two basic types of intermediaries, they are: an agent as a representative of a company or insurance companies and an insurance broker representing the interests of the policyholder. Both the insurance agent and the broker are interested in the widest possible ways of reaching customers, as well as gaining a market advantage. There is strong competition on today's developed market in insurance products, and therefore the growing importance of intellectual property protection in the activity of insurance distributors is noticeable. Nevertheless, despite the increase of legal awareness in this area, the subject of protection of intellectual property of agents and brokers is rarely discussed in the literature. Therefore, the aim of the article is to investigate possible strategies to protect the intellectual property of insurance distributors in order to identify effective solutions in this area. In particular, the article on the background of the insurance distribution model in Poland after the implementation of the IDD Directive raised the problem of copyright protection of insurance products, as well as possible trademark protection strategies in insurance distribution. At the end, attention was paid to the need to build strategies to protect intellectual property while respecting the rules of fair competition.

1. DEFINITION OF INSURANCE DISTRIBUTION IN THE POLISH ACT ON INSURANCE DISTRIBUTION

The Act on insurance distribution, modeled on the IDD directive, introduced the concept of insurance distribution into Polish legislation. The legislator has so far regulated only insurance intermediation (performed by insurance agents and insurance brokers) - at the national level, this regulation was included in the act on insurance mediation, and at the EU level - in Directive 2002/92 / EC. Insurance distribution has a broader meaning than insurance intermediation, but the concept introduced did not eliminate the previously existing term from the legal system. On the contrary, they were preserved, making it fall

³ See Recital 6 of IDD, according to which Consumers should benefit from the same level of protection despite the differences between distribution channels. In order to guarantee that the same level of protection applies and that the consumer can benefit from comparable standards, in particular in the area of the disclosure of information, a level playing field between distributors is essential.

under the wider term "distribution of insurance"⁴. The term 'insurance distribution' was previously used especially in economic sciences, but it was not a legal language⁵.

The scope of the concept of insurance distribution is wide. According to art. 4 par. 1 u.d.u. insurance distribution means activities carried out exclusively by an insurance distributor consisting of:

1. advising, proposing or performing other preparatory activities aimed at concluding insurance contracts or insurance guarantee contracts,
2. concluding insurance contracts or insurance guarantee contracts on behalf of an insurance company, on behalf of or for a client or directly by an insurance company,
3. to provide assistance through an insurance intermediary in the administration of insurance contracts or contracts for insurance guarantees and their performance, including in matters of damages.

In comparison with the provisions of the Act on insurance mediation, a significant change is the explicit inclusion in the Act on the distribution of insurance to the scope of meaningful distribution of activities related to the conclusion or performance of insurance guarantee contracts. The definition of insurance mediation in the Act on insurance mediation did not mention insurance guarantees, which gave rise to certain doubts regarding the admissibility of, for example, insurance brokers to negotiate contracts for ordering such guarantees or to cover this type of activity with mandatory insurance of an insurance broker. Currently, these doubts have been eliminated. The concept of insurance distribution has also been clarified from the negative side in Art. 6 u.d.u. According to this provision, neither the distribution of insurance nor the distribution of reinsurance is recognized:

1. occasional delivery of information to the client in relation to the business activity conducted by the entrepreneur other than the insurance distribution or reinsurance distribution business, in the case when: the entrepreneur does not take additional actions to help in conclusion or performance of the insurance guarantee contract or the purpose of this activity is not in concluding or executing a reinsurance contract;
2. handling claims addressed to an insurance or reinsurance undertaking, valuation of claims and preparation of expert opinions related to such damages;
3. provide insurance agents, insurance brokers, reinsurance brokers, insurance companies or reinsurance companies with data and information on potential clients, if the entrepreneur does not take additional actions to help in concluding the insurance contract, insurance guarantee agreement or reinsurance contract;

⁴ J. Pokrzywniak (w:) Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń, red. J. Pokrzywniak, Warszawa 2018, s. 19.

⁵ See A. Kufel-Siemińska, *Właściwości kanałów dystrybucji usług ubezpieczeniowych*, Poznań 2005, s. 13; M. Ratajczak, *Dystrybucja ubezpieczeń przez Internet*, Warszawa 2001; A. Czubała, *Dystrybucja produktów*, Warszawa 2001, s. 15; B. Nowotarska- -Romaniak, *System dystrybucji jako istotny element w funkcjonowaniu polskich firm ubezpieczeniowych*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2000, nr 3–4.

4. provide potential clients with information on insurance or reinsurance products, insurance agent, insurance broker, reinsurance broker, insurance company or reinsurance undertaking, if the entrepreneur does not undertake additional actions to help conclude the insurance contract, insurance guarantee agreement or reinsurance contract.

The aforementioned broad scope of the definition of insurance distribution is the result of the implementation of the IDD directive, which deliberately extended the scope of its application so as to also cover insurance companies. As indicated in Recital 16, the Directive should ensure an equal level of consumer protection and the use of comparable standards by all consumers. The aim of the EU legislator was therefore to provide the same level of protection for the client (not only the consumer) regardless of the channel through which the distribution channel concludes the contract.

2. THE INSURANCE DISTRIBUTION MODEL IN POLAND FOLLOWING THE IMPLEMENTATION OF THE IDD DIRECTIVE

The insurance distributor in Polish law is an insurance company, insurance agent, agent offering supplementary insurance or an insurance broker. The insurance can be distributed directly as an insurance company (as the creator of an insurance product) or through an intermediary.

In the Polish legal system there has always been a dichotomous, subjective division of insurance intermediaries into insurance agents (subsidiaries), acting for and in the interest of an insurance company and insurance and reinsurance brokers. Thus, in Polish law there are two basic types of intermediaries, ie an agent as a representative of the company or insurance companies and an insurance broker representing the interests of the policyholder.

The EU legislator in the IDD directive will determine that each insurance intermediary can now provide consultancy services, but the decision on the insurance mediation model in this respect will belong to the national legislator. In the Polish Act on insurance distribution, the obligation to provide advice essentially applies only to insurance brokers. The content of the IDD directive clearly shows that in the case of advising before the conclusion of each specific insurance contract, the insurance distributor provides the client with an individualized recommendation, explaining why the product best meets the client's requirements and needs. The Polish legislator was able to give advice in this area only to the broker⁶. The remaining distributors (except for the broker) do not perform the distribution activity related to advising⁷.

It is worth emphasizing that the broker may perform both factual and legal activities as part of distribution activities. Mediation consisting in only performing factual acts may include on: participation of an agent in negotiations aimed at concluding a contract, inducing a third party (customer) to accept an offer or offer, inciting mutual concessions

⁶ Art. 32 ust. 1 pkt 4 u.d.u.

⁷ See M. Szaraniec, „Usluga doradztwa wykonywana przez pośrednika ubezpieczeniowego względem klienta wynikającą z dyrektywy 2016/97 z 20.1.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń” (w:) „Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych”, red. E. Rutkowska-Tomaszewska, Warszawa 2017, s. 331-343.

or changes in the offer, preparing a proposal for a contract or offer, submitting a proposal to the client. If the intermediary performs legal transactions, he shall conclude an insurance contract on behalf of the principal and on his behalf in such a way that the effects of the contract are carried out directly in the legal sphere of the principal. Acting on behalf of the principal is possible after obtaining the power of attorney from the principal. In the case of an agent, the employer will be the insurance company, and in the case of the broker - the client.

Distribution activities of an insurance company and insurance intermediaries may only be carried out by natural persons who meet the statutory conditions⁸. This means that an insurance intermediary carrying out a business activity as a natural person may perform these distribution activities personally or through natural persons who meet statutory conditions, while an institutional insurance intermediary (eg a company) only through natural persons who meet statutory conditions. The insurance company will perform distribution activities only by an employee who meets the statutory conditions.

It is also worth considering the problem related to the status of an insurance distributor in the case of multiple entities involved in one transaction (conclusion of an insurance contract). As previously highlighted, insurance intermediaries can perform both factual and legal activities, and insurance contracts in complex subject constellations are often concluded in the course of trade. It is important to point out the lack of precision of the provisions of the Act on insurance distribution and the problems associated with the attribution of the distributor's attribute, also in the aspect of the fulfillment of information obligations towards the client in the above situation. It should be acknowledged that if the insurance contract is concluded through an insurance intermediary, the distributor is the intermediary, not the insurance company, also when the intermediary's participation in concluding the insurance contract consists in the fact that he performs only factual activities. Conclusion of an insurance contract by an insurance company is a distribution activity when it concludes this contract "directly", that is with the participation of an employee authorized by this insurance company, but without the participation of an insurance intermediary⁹.

3. INTELLECTUAL PROPERTY IN INSURANCE DISTRIBUTION

The term "intellectual property" appears in international conventions and in the name of the World Intellectual Property Organization (WIPO), where this term, as well as the term "intellectual property right" are not defined normatively, but belong to the language of law. The concept of intellectual property is used not only in relation to the intellectual objects of civil law relations, but also in relation to the subjective rights relating to these subjects. Using the term "intellectual property rights", we refer to the rights of the entitled person to intangible products of the human mind. However, it should be noted, that in the doctrine there are also views that give intellectual property rights the widest possible content, extending beyond the traditionally understood rights on intangible goods¹⁰. Within the framework of intellectual property law, it was common to distinguish two basic

⁸ See art. 19 u.d.u. oraz art. 29 u.d.u.

⁹ See J. Pokrzywniak (w:) Nowe zasady ..., s. 19.

¹⁰ See M. Czajkowska-Dąbrowska, *Własność czy własności (intelektualne?)*, w: *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, red. A. Kidyba, R. Skubisz, Kraków 2007, s. 47 i n.

regimes: copyright and industrial property law. As part of copyright law, works and related rights are protected. The subject of protection in industrial property law are: inventions, utility models, industrial designs, trademarks, geographical indications and topographies of integrated circuits. The content of property rights in the field of intellectual property law consists in the possibility of using the subject of law, usually in a profitable or professional way, therefore these rights are closely related to the possibility of economic exploitation of intangible goods.

Issues related to the protection of intellectual property are an extremely extensive subject and it is impossible to present it in one study. For this reason, due to the volume of the text, a selective approach is necessary, limited to the most important topics. Therefore, it seems that the specificity of insurance distribution described above requires discussion of two issues: the problem of copyright protection of the insurance product and the protection of the trademark in the insurance business.

4. INSURANCE DISTRIBUTION AND COPYRIGHT LAW. DILEMMAS AND CHALLENGES

Judgments handed down recently by Polish courts, which have been the subject of disputes over copyright infringement, seem to extend the catalog of copyrighted objects for products, such as, for example, insurance package, insurance design or specification of essential terms of the contract. These objects can be part of the so-called insurance product (in the broad sense of the term). Therefore, the question arises whether in the future we will be able to talk about a new category of objects protected by copyright, such as insurance works, and what is the significance for the development of insurance distribution?

According to art. 1 point 1 of 4 February 1994 on copyright and related rights¹¹, the object of copyright protection is a work understood as 'any manifestation of creative activity of an individual nature, determined in any form, regardless of the value, purpose and manner of expression'. In the light of Art. 1 point 2 pr. cars. the subject of copyright are, in particular, works: works expressed in words, mathematical symbols, graphic signs (literary, journalistic, scientific and cartographic works and computer programs); artistic works; photographic works; string musical instruments; industrial design works; architectural works, architectural and urban planning works as well as urban planning works; musical works as well as musical and lyrical works; theatrical works, theatrical and musical works as well as choreographic and pantomime works; audiovisual (including film) works.

Indicated in Art. 1 item 1 pr. aut. the synthetic definition of the work complements paragraph 2¹ of the provision cited, according to which 'protection may only be granted to the expression; they are not covered by the protection of discoveries, ideas, procedures, methods and principles of operation and mathematical concepts. The work is subject to copyright from the moment it is determined, even if it has an incomplete form, and the creator is protected regardless of any formalities (Art. 1 (3) and (4)). In Art. 4 pr. aut. we find exemptions from protection related to specific products of the human intellect. According to the aforementioned provision, they are not subject to copyright: normative

¹¹ Dz.U. of 2017, item 880, as amended, hereinafter referred to as *pr. aut.*

acts or their official projects; official documents, materials, signs and symbols; published patent or protection descriptions; simple press information.

The doctrine generally conforms to indicating the following (necessary) features that allow a given product of the intellect to be considered a work within the meaning of copyright law:

1. a manifestation of creative activity;
2. individual character;
3. establishing in any form¹².

In the literature on copyrights, the problem of defining the subject of protection resounds with time and again. For example, it is pointed out that "the concept of a work has been blurred, devaluation of copyright law, limitation of not only creative freedom, but also the freedom of economic activity by creating numerous copyright monopolies"¹³.

While developing the problem of protection of the insurance product in copyright, it should be emphasized that for this purpose an analysis should be carried out that takes into account different aspects and layers of this product, in particular in the context of the creation of this type of product¹⁴.

In the judgment of February 3, 2017 (II CSK 400/16), the Supreme Court stated that the development in the form of a draft insurance package (instructions for this package) may be a work within the meaning of art. 1 point 1 pr. aut., if it has been preserved, exhibits creative elements and has individual features. The creative (original) nature of this study, the task of the court, manifests itself in a creative combination of insurance products, which are their specific selection and compilation, creating a special, simplified and completely new tariff for them and giving the package.

On the other hand, the Szczecin Court of Appeal in the judgment of 11 February 2016 (I ACa 722/15) recognized that the innovative idea of combining two different types of insurance into one package with a new method of pricing and service (final draft insurance package) is a work in meaning of art. 1 of the above-mentioned Act. The justification of the verdict indicated, among other things, the innovative idea of combining two different types of insurance into one package with a new method of pricing and service, which in the period covered by the dispute was quite a new proposal, although the technical combination of insurance in packages was previously known.

The decisions referred to seem to broaden the catalog of works protected by copyright, such as the insurance package, the insurance project, which, in the broad sense of the term, may be a component of the so-called insurance product. However, it should be noted, that a liberal approach to the broad range of recognition of the characteristics of individual creativity is present not only in the jurisprudence of Polish courts, but also in other countries. It can also be seen in the approach of the EU Court of Justice. J. Barta, R. Markiewicz indicate that the reason for this state of affairs may be the sense of justice of persons applying the law, which suggests that some results of human work should be

¹² See W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2012, s. 121.

¹³ K.Jasińska, *Glosa do wyroku SN z 27.2. 2009 r.*, Lex /el. 2009.

¹⁴ D. Sokołowska, "*Produkt ubezpieczeniowy*" jako przedmiot prawa autorskiego, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 3/2013, s. 84 i n.

protected due to the effort put in, in particular when other legal instruments of such protection in a manner sufficient do not provide¹⁵.

At this point, it is worth considering briefly the consequences of such an approach for the development of insurance distribution. Lowering the level of creativity required by courts for including a given product of the human mind with copyright protection results in the fact that private benefits for the copyright holder (and often it will not be the creator himself) do not correspond to social benefits. The so-called privatization of knowledge can lead to serious distortions of freedom of competition. In the case of works with a negligible level of creativity and individuality, the cost of legal protection significantly outweighs the benefits of its implementation, which is why the recently observed trend of extending copyright protection towards information protection should be considered an economically inefficient solution that in a wider perspective may limit the development of the insurance market and seriously impede the free flow of insurance brokerage services. For this reason, such an approach to the copyright protection of insurance products should be assessed negatively as not conducive to the development of insurance distribution.

5. THE ROLE OF THE TRADEMARK IN INSURANCE DISTRIBUTION

Information has become a strategic resource that seriously affects the process of market communication. Changes in the economic reality, in particular emerging with the development of technology, new forms of communication determine that the trademarks start to operate differently on the market, and therefore also begin to perform new functions in the market. In the light of the need to protect information, a trademark appears as a tool of market communication protected by a subjective exclusive right, which law is the most complete form of authority over good. In the field of marketing communication, the entrepreneurs, along with the classic promotion tools, are increasingly focusing on instruments that enable the transmission of information about features that significantly differentiate their offer from the competition. Among them, the trademark plays a special role as an important element of visual communication creating the image of the company. In the case of insurance activity, a trademark may act as a kind of "packaging" for services. For this reason, it is worth paying some attention to this subject.

In the light of the Polish Industrial Property Law¹⁶, a trademark can be any sign that can be represented graphically if the sign is suitable for distinguishing the goods of one company from the goods of another company. The trademark may be, in particular, word, drawing, ornament, color composition, spatial form, including the form of the good or packaging, as well as a melody or other sound signal (Art. 120 p.w.p.)

A trademark is a sign capable of distinguishing the goods or services of one enterprise from those of other enterprises. Its origin dates back to ancient times when craftsmen reproduced their signatures, or "marks", on their artistic works or products of a functional or practical nature. Over the years, these marks have evolved into today's system of trademark registration and protection. Trademark may be a word, letter, symbol (logo),

¹⁵ J. Barta, R. Markiewicz, w: *System prawa prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, Warszawa 2007, s. 18.

¹⁶ The Act of 30.06. 2000, Text of the unit Dz. U. of 2013, item 1410, hereinafter abbreviated to *p.w.p.*

number, colour, shape or, where the legislation of the country so allows, sound or smell, or a combination of one or more of these elements.

A word mark is represented using words, letters, numbers or any other characters that can be typed. A figurative mark is represented using pictures, graphics or images. A figurative mark may also consist of verbal elements in a non-standard font or in colour. A three-dimensional mark is represented using a three-dimensional shape, such as the actual product or its packaging. Colour *per se* marks offer protection to one or more colours, regardless of any specific shape or configuration. What is protected is the shade of the colour or colours and, if there is more than one colour, the ratio in which the colours are arranged. If the representation contains other matter, such as words or images, it is a figurative mark rather than a colour *per se* mark. Sound marks can consist of any sound, music or jingle. Movement or animated marks consist of different sequences and contain animation. These marks can be represented graphically by showing the different sequences of the movement, accompanied by a detailed description explaining the animation. Other marks include holograms, position marks and tracer marks. Holograms are particularly difficult to represent graphically, as a paper representation does not allow the image to change as it would naturally on holographic paper. Position marks are signs positioned on a particular part of a product. The aim is to protect the placement of the mark on the product, so a description detailing the positioning is essential. Tracer marks consist of coloured lines or threads applied to certain products.

From a marketing perspective, a well-designed trademark should be inherently distinctive, be easy to memorize and pronounce, fit the product or image of the business, have no legal restrictions, and have a positive connotation.

A trademark must be distinctive instead of descriptive, affixed to the item sold, and registered with the appropriate authority to obtain legal ownership and protection rights. The requirement, that a mark must be distinctive, addresses a trademark's capacity for identifying and distinguishing particular goods as emanating from one producer or source and not another. The distinctiveness should be assessed according to the perception of the average consumer of the goods or services in question.

Trademark protection ensures that the owners of marks have the exclusive right to use them to identify goods or services, or to authorize others to use them in return for payment. The period of protection varies, but a trademark can be renewed indefinitely upon payment of the corresponding fees. Trademark protection is legally enforced by courts that, in most systems, have the authority to stop trademark infringement. In a larger sense, trademarks promote initiative and enterprise worldwide by rewarding their owners with recognition and financial profit. Trademark protection also hinders the efforts of unfair competitors, such as counterfeiters, to use similar distinctive signs to market inferior or different products or services¹⁷. The traditional and most important function of trademarks is the individualization of the origin of goods and services. In carrying out this function, the mark indicates to customers that all goods bearing the trademark come from a specific company. At the same time the mark distinguishes traded goods from each other. Protecting the functions distinguishing the goods is of fundamental importance from the point of view of eliminating the possibility of misleading the public as to the origin of goods, including their quality. The differentiating derivative function is a function guaranteeing the mark which consists in the fact that it shall provide information to

¹⁷ http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf, pp. 10.

customers that all goods bearing the mark have the same quality. The trademark also serves as a very important function of advertising, encouraging customers to purchase specific goods (services) of the designated mark, thus it affects the business decisions of customers, who are often willing to pay more for a product just because it is marked with a specific, usually renowned trademark. As an instrument of communication with customers and key marketing and advertising tool, the trademark may be essential from the point of view of the goods which are popular among customers and which is reflected in the income of the company, its value and competitive position in the market.

Performing these functions affects the interests of the following entities: businesses using the trademark, consumers and the state. The entrepreneur uses the mark to convey information to potential consumers that all equally marked goods come from his business undertaking. Thanks to the mark, consumers can find the same type of products with the expected properties among the many goods. From the point of view of the state, as a spokesman for the interests of society, the use of the trademark is a stimulator of economic development¹⁸.

From the point of view of the subject taken in the article, it should be pointed out that for the protection of insurance activities using signage for which an exclusive subjective right is granted, the best service is the institution of the service mark, designated for signing services listed in Class 36 of the Nice Classification. In the classification text, these services are referred to as insurance, possibly as insurance consultancy or insurance information. In the classification explanations that provide guidance to users, insurance services are referred to as: "services related to insurance, such as services provided by agents or brokers dealing in insurance, services provided to insured persons and services related to the conclusion of contracts"¹⁹.

The trade mark (service mark) is therefore a tool for market communication between the seller and the buyer of the goods (services). Trademark (service mark) is more and more often identified with the image of goods or services, understood as the image of the buyer about what they can gain by deciding to buy goods (services) covered by the sign. There is a clear relationship between the sign and the buyer, based on trust, reducing the risk of purchase, simplifying the selection process, saving time.

The need to protect service marks comes from the Paris Convention, although the Convention leaves Member States free to choose a protection model. According to the regulation of the Industrial Property Law, in accordance with art. 120 par. 3 point 1 p.w.p., whenever the Act refers to trademarks, they also mean service marks. In the light of the aforementioned provision, it seems that the legislator strives to equate the protection of the service mark with the protection of the trademark. However, it should be noted that there are differences between these categories of designations, which in the first place are conditioned by the different nature of the object of protection. The basic difference is due to the fact that in the case of a service mark, we do not have a sign substrate, because the service, unlike the goods, is an intangible being.

¹⁸ R. Skubisz, *Znaki towarowe. Ewolucja przedmiotu ochrony prawnej*, s. 7 (eng: *Trademarks. The evolution of the subject of legal protections*. 7, available on line http://www.uprp.pl/uprp/_gAllery/15/50/15507/Znaki_towarowe._Ewolucja_przedmiotu_ochrony_prawnej_-prof._dr_hab._Ryszard_Skubisz_UMCS.pdf

¹⁹ http://www.uprp.pl/uprp/_gAllery/25/30/25306/klasyfikacja_9_edycja_wskazowki.pdf.

Therefore it can be concluded that the insurer communicates with the insured by providing him with relevant information regarding insurance services. It should be added that the communication process itself is actively involved in the subconsciousness of buyers who make the selection decision, as a result of which the perceived features of the service are not necessarily objective. The trade mark (service) communicates with the recipient through the features found in the mark itself as well as through specific market activities and marketing activities undertaken by the authorized entity. It is worth noting that in the financial services sector, including insurance, serious, and often spectacularly, entire visual identity systems are used that are meant to serve as a "packaging" for services. In these systems, trademarks play a strategic role.

CONCLUSION

The success on the insurance market in today's information society is primarily determined by information and the right strategy to protect it. The protection of intellectual property also plays an increasingly important role in the development of the insurance market. The article shows that while copyright protection of insurance packages contributes to excessive monopolisation, trademark protection may prove to be an effective tool for the policyholder to communicate with the insured.

The course of this communication is shaped by the person authorized to the trademark primarily through specific marketing interactions that evoke specific ideas about the commodity, service and enterprise. The object of this message contained in the trademark is information about the source of origin of the good or service, its quality, other types of imaginations and associations. In the case of insurance services in the process of communication with the recipient, the activities undertaken by the authorized entity to perpetuate the sign in the recipients' awareness become extremely important. Complicated and costly marketing strategies from a legal perspective deserve protection, and this indirectly can be achieved through the right to a trademark. The content of the trademark right defines the area of possible interference of a third party authorized to use the mark in certain legal forms.

In the light of economic analyzes, it can be simply stated that a trademark, as a signal of quality, reduces the costs of seeking by a customer the goods (services) he desires. Thus, it makes it easier for him to make a purchase decision in a situation where the buyer does not have full market information. Therefore we can conclude that the trademark allows the insurer to build a reputation, which means that its assurances, especially in advertising and other promotional activities, become credible. In addition, it enables distinguishing the service, consolidating a positive image, which also facilitates launching new services on the market.

The use of trademarks by the insurer is helpful in the production of a special value called "reputation" (source of value added) on the one hand, and on the other hand, the phenomenon of "clientele".

REFERENCES

1. Barta J., Markiewicz R., (w:) *System prawa prywatnego, t. 13, Prawo autorskie*, Warszawa 2007
2. Czajkowska-Dąbrowska M., *Własność czy własności (intelektualne?)*, w: *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, red. A. Kidyba, R. Skubisz, Kraków 2007
3. Czubała A., *Dystrybucja produktów*, Warszawa 2001
4. Jasińska K., *Glosa do wyroku SN z 27.2. 2009 r.*, Lex /el. 2009.
5. Kufel-Siemińska A., *Właściwości kanałów dystrybucji usług ubezpieczeniowych*, Poznań 2005
6. Machała W., *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2012
7. Nowotarska-Romaniak B., *System dystrybucji jako istotny element w funkcjonowaniu polskich firm ubezpieczeniowych*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2000, nr 3–4
8. Pokrzywniak J., (w:) *Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń*, red. J. Pokrzywniak, Warszawa 2018
9. Ratajczak M., *Dystrybucja ubezpieczeń przez Internet*, Warszawa 2001
10. Skubisz R., *Znaki towarowe. Ewolucja przedmiotu ochrony prawnej*, s. 7(eng: *Trademarks. The evolution of the subject of legalprotections*. 7, available on line http://www.uprp.pl/uprp/_gAllery/15/50/15507/Znaki_towarowe._Ewolucja_przedmiotu_ochrony_prawnej_-_prof._dr_hab._Ryszard_Skubisz_UMCS.pdf
11. Sokołowska D., *"Produkt ubezpieczeniowy" jako przedmiot prawa autorskiego*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 3/2013
12. Szaraniec M., *Usługa doradztwa wykonywana przez pośrednika ubezpieczeniowego względem klienta wynikająca z dyrektywy 2016/97 z 20.1.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (w:) Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych*, red. E. Rutkowska-Tomaszewska, Warszawa 2017

CONTACT INFORMATION

alexandra.nowak@interia.pl
monika.szaraniec@uek.krakow.pl
Cracow University of Economics
Faculty of Finance and Law
Rakowicka 27, 31-510 Kraków
Poland

Mgr. Laura Rózenfeldová

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Zmluva o dodávaní digitálneho obsahu alebo služieb¹

Contract for the Supply of Digital Content and Services

Abstrakt

Technologický vývoj a postupná digitalizácia čoraz širšieho spektra činností zapríčinili potrebu vytvorenia jednotného digitálneho trhu a jeho zahrnutia do existujúceho systému vnútorného trhu EÚ. Osobitosti spojené s pôsobením jednotlivých zložiek digitálneho trhu však vyžadujú osobitný prístup zákonomodarcu pri prijímaní právnej úpravy. Jednou z oblastí, ktorú Komisia považuje za potrebné legislatívne upraviť, sú určité aspekty zmluvy o dodávaní digitálneho obsahu alebo služieb, a to najmä vo vzťahu k povinnostiam a zodpovednosti jednej zo zmluvných strán – dodávateľa, ktorých preskúmanie je predmetom tohto príspevku.

Kľúčové slová: zmluva, digitálny obsah, digitálna služba, spotrebiteľ

Abstract

Technological development and continuing digitalization of the wide spectrum of activities resulted in the need to create a digital single market and to incorporate it into the existing internal market of the EU. The specificities of the different elements of the digital market require individual approach of the legislator in adopting the necessary legislation. One of the issues that need to be regulated according to the Commission are the relevant aspects of the contract for the supply of digital content or services, particularly with regard to obligations and liability of one of the parties to the contract – supplier, examination of which is the subject of this paper.

Key words: contract, digital content, digital service, consumer

JEL Classification: K24

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy APVV-14-0598 “Elektronizácia v podnikaní s akcentom na právne a technické aspekty”.

ÚVOD

Vytvorenie podmienok pre úspešné fungovanie cezhraničného elektronického obchodu je jednou z hlavných priorít Komisie vymedzenej v I. pilieri Stratégie pre jednotný digitálny trh v Európe (*COM/2015/0192 final*). Jedným z hlavných problémov, ktoré Komisia identifikovala v tejto oblasti, sú rozdiely vo vnútrostátnych právnych úpravách spotrebiteľského zmluvného práva a absencia jednoznačných pravidiel vzťahujúcich sa na úpravu zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb. V dôsledku uvedeného podniky znášajú dodatočné náklady vyplývajúce z potreby prispôsobenia sa jednotlivým vnútrostátnym úpravám, resp. čelia právej neistote v prípade absencie relevantnej úpravy.

Odstránenie uvedených prekážok by mala zabezpečiť harmonizácia určitých aspektov zmlúv na dodávanie digitálneho obsahu alebo služieb na európskej úrovni, ktorou by sa malo predísť právej fragmentácii vznikajúcej v dôsledku prijímania osobitných vnútrostátnych pravidiel v každom členskom štáte. Navrhovaná úprava v tejto oblasti bola Komisiou zhrnutá do Návrhu *Smernice Európskeho parlamentu a Rady o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu (COM(2015) 634 final)* (ďalej len „Návrh“). Na úvod považujeme za potrebné poukázať na nevýhodu zvolenej formy právneho aktu, ktorá spočíva v jej záväznosti len vo vzťahu k výsledku, ktorý sa nou má dosiahnuť. Vzniku prípadných implementačných problémov z toho vyplývajúcich by však vo vzťahu k spotrebiteľovi malo zamedzit navrhované ustanovenie tejto smernice upravujúce úroveň harmonizácie, podľa ktorého „*členské štáty neponechajú v platnosti ani nezavedú ustanovenia, ktoré sa odchyľujú od ustanovení tejto smernice, vrátane prísnejších či menej prísnych ustanovení, ktoré zabezpečujú odlišnú úroveň ochrany spotrebiteľa*“ (Čl. 4 Návrhu). Komisia uvedeným sleduje dosiahnutie maximálnej harmonizácie, ktorá sa však bude vzťahovať výlučne na konkrétné otázky upravené v predloženom návrhu, ktorého cieľom nie je komplexne upraviť všetky aspekty zmluvy. Rozhodnutie o prijatí osobitnej úpravy alebo analogické aplikovanie relevantných ustanovení vnútrostátného práva vo vzťahu k aspektom zmluvy Návrhom neupraveným, ktorými sú najmä otázky všeobecného zmluvného práva, sú prenechané na jednotlivé členské štáty. Bližšie sa sledovanej úrovni harmonizácie nebudem venovať z dôvodu povoleného rozsahu príspevku.

Predmetom tohto príspevku je vymedzenie zmluvy o dodávaní digitálneho obsahu alebo služieb a preskúmanie relevantných aspektov Návrhu, a to konkrétnie povinností a zodpovednosti dodávateľa a nadväzne prostriedkov nápravy, ktoré má spotrebiteľ k dispozícii v prípade nesplnenia povinností dodávateľa, s ich súčasným porovnaním s existujúcou vnútrostátnou úpravou omeškania dlžníka a zodpovednosti za vady.

Podrobnej právnu analýzu Návrhu spracovala Výskumná služba Európskeho parlamentu², ktorá sa zaoberala jednotlivými aspektmi návrhu, a to najmä vo vzťahu ku kritériu súladu ako aj jednotlivým prostriedkom nápravy, ktoré má spotrebiteľ k dispozícii. Nadväzne bola táto téma spracovaná aj v publikácii EU Internet Law (Giliker P., Regulatin Contracts for the Supply of Digital Content: The EU and UK Response, 2017, Springer).

² Dostupné tu: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2786966

1. STRUČNÁ CHARAKTERISTIKA ZMLUVY

Zmluva o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnej služby (ďalej len „Zmluva“) nie je súčasťou katalógu osobitných zmluvných typov vymedzených v právnych poriadkoch jednotlivých členských štátov (s výnimkou Veľkej Británie). Tieto zmluvy sú preto spravidla uzatvárané ako tzv. nepomenované (inominátne) zmluvy. Napriek absencii legálnej definície možno zmluvu charakterizovať ako zmluvu, ktorou sa dodávateľ zaväzuje dodat' spotrebiteľovi digitálny obsah alebo digitálnu službu, a spotrebiteľ sa zaväzuje poskytnúť dodávateľovi protiplnenie. Predmetné protiplnenie môže spočívať v uhradení dohodnutej ceny (peňažné protiplnenie), alebo vo forme poskytnutia osobných údajov spotrebiteľa (nepeňažné protiplnenie). Návrh teda smeruje výlučne k úprave vzťahov medzi dodávateľom a spotrebiteľom – tzv. business to consumer transactions (B2C).

Jedným zo spôsobov, ako môže zákonodarca reagovať na neustály technologický vývoj s cieľom zabezpečiť aplikatelnosť priatej legislatívy aj na skutočnosti, ktoré nastanú až v budúcnosti, je priať technologicky neutrálne definície pojmov. V zmysle uvedeného boli pojmy digitálny obsah a digitálna služba vymedzené v Návrhu veľmi všeobecne tak, aby boli obsahovo čo najširšie. Digitálny obsah tvoria v zmysle Návrhu akékoľvek dátá vytvárané a dodávané v digitálnej forme, napr. audiovizuálne diela, hudobné diela, hry, e-knihy alebo iné elektronické publikácie. Predmetné vymedzenie zodpovedá čl. 2 (11) Smernice 2011/83/EU o právach spotrebiteľov, avšak v zmysle Preambulu (11) Návrhu by mal byť tento pojem chápaný širšie. Ak je však digitálny obsah neoddeliteľnou súčasťou tovaru a jeho funkcie sú podriadené hlavným funkciám tovaru, je aplikácia Návrhu vylúčená (tzv. „smart goods“). Je zaujímavé, že takáto významná limitácia nie je obsiahnutá v samotnom legislatívnom teste Návrhu, ale v jeho Preamble (11). Obdobne sú z pôsobenia Návrhu vylúčené otázky zodpovednosti súvisiace s internetom vecí.

Digitálnou službou sa rozumie: „a) služba umožňujúca spotrebiteľovi vytváranie, spracovanie alebo uchovávanie dát v digitálnej forme, alebo prístup k takýmto dátam; alebo b) služba umožňujúca výmenu dát v digitálnej forme alebo akúkoľvek inú interakciu s dátami v digitálnej forme, ktoré uploaduje alebo vytvára spotrebiteľ a iní používateelia tejto služby“ (Čl. 2 (1a) Návrhu smernice o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu (prvé čítanie) – všeobecné smerovanie, 2017) (2015/0287 COD). Príkladom digitálnej služby je poskytovanie softvéru ako služby, napr. v prostredí cloud computingu. Nadväzne je potrebné uviesť, že médium použité na prenos alebo sprístupnenie digitálneho obsahu alebo služby nie je rozhodujúcim kritériom pre určenie aplikatelnosti právnej úpravy.

Vo vzťahu k protiplneniu spotrebiteľa navrhovaná úprava smeruje k tomu, aby zaplatenie ceny za dodanie predmetu zmluvy nebolo výlučnou podmienkou pre uplatnenie príslušných ustanovení upravujúcich tento typ zmluvy. Ustanovenie nepeňažnej formy odplaty vyplýva zo súčasnej praxe subjektov pôsobiacich na digitálnom trhu, ktoré v čoraz väčšej miere vnímajú osobné údaje ako hodnoty porovnatelné s hodnotou peňazí, s ktorými môžu nakladat' a využívať ich na obchodné účely po splnení príslušných právnych požiadaviek vymedzených najmä v právnej úprave ochrany osobných údajov (Nariadenie (EÚ) 2016/679) a súkromia (Smernica 2002/58/ES).

Predmetná právna úprava by sa však v prípade poskytnutia nepeňažného protiplnenia mala vzťahovať výlučne na zmluvy, na základe ktorých dodávateľ žiada a spotrebiteľ

aktívne poskytuje dodávateľovi osobné údaje. Osobné údaje, ktorých spracovanie je nevyhnutné na plnenie zmluvy (napr. pri poskytnutí údajov o geografickej polohe užívateľa za účelom zabezpečenia fungovania mobilnej aplikácie, ktorej účelom je zobrazenie mapy trasy vyhľadanej užívateľom) alebo iných právnych požiadaviek (napr. na identifikačné účely), bez ich ďalšieho spracovania spôsobom nezlučiteľným s uvedeným účelom nemožno považovať za protiplnenie v zmysle Návrhu. Obdobne poskytnutie *iných údajov* nevyhnutných na zabezpečenie súladu digitálneho obsahu so zmluvou alebo na splnenie právnych požiadaviek, ktoré dodávateľ nepoužije na komerčné účely, nie je protiplnením.

2. POVINNOSTI DODÁVATEĽA³

Významným prínosom Návrhu je konkrétnе vymedzenie hlavných povinností dodávateľa pri dodaní digitálneho obsahu alebo služby spotrebiteľovi a ich špecifikácia. Máme za to, že osobitný charakter digitálneho obsahu a služieb vylučuje prípadnú analogickú aplikáciu ustanovení vnútrostátného práva upravujúcich vzťahy obsahom a účelom najbližšie danej problematike.

2.1. Povinnosť dodať digitálny obsah alebo službu

Základnou povinnosťou dodávateľa ustanovenou Návrhom je *povinnosť dodať digitálny obsah alebo digitálnu službu spotrebiteľovi bezodkladne po uzatvorení zmluvy, ak sa zmluvné strany nedohodli inak.* Návrh odlišne špecifikuje spôsob splnenia dodávateľovej povinnosti pri digitálnom obsahu a pri digitálnej službe. Dodávateľ si splní svoju povinnosť dodať digitálny obsah v prípade, ak sa samotný digitálny obsah alebo prostriedky, ktoré umožňujú prístup k nemu alebo jeho stiahnutie, doručia priamo spotrebiteľovi alebo do fyzického alebo virtuálneho priestoru, ktorý si na tento účel spotrebiteľ zvolil. Povinnosť dodávateľa dodať digitálnu službu je splnená, ak je služba sprístupnená do fyzického alebo virtuálneho priestoru, ktorý si spotrebiteľ na tento účel zvolil. Návrh súčasne upresňuje, kedy nemožno považovať fyzický alebo virtuálny priestor za priestor, ktorý si spotrebiteľ zvolil, a to ak dodávateľ má tento priestor pod svojou kontrolou, ak je tento priestor s dodávateľom zmluvne prepojený alebo ak si spotrebiteľ predmetný priestor zvolil, avšak išlo o jedinú ponúknutú možnosť dodania zo strany dodávateľa. Máme za to, že prínos uvedenej úpravy spočíva najmä v jednoznačnom vymedzení spôsobu splnenia povinnosti dodávateľom, ktorý je v prípade digitálneho obsahu a služieb špecifický a preto môže v praxi spôsobovať problémy. Dôraz je pritom kladený na volbu relevantného fyzického alebo virtuálneho priestoru spotrebiteľom podľa jeho preferencií.

³ Čl. 2 ods. 3 Návrhu pod pojmom dodávateľ rozumie „*každú fyzickú alebo právnickú osobu bez ohľadu na to, či je v súkromnom alebo verejnom vlastníctve, ktorá vo vzťahu k zmluvám, na ktoré sa vzťahuje táto smernica, koná na účely súvisiace so svojou obchodnou, podnikateľskou, remeselnou alebo profesijnou činnosťou*“.

2.2. Povinnosť dodať digitálny obsah alebo službu v súlade so zmluvou

Nadväzne je *povinnosťou dodávateľa dodať digitalny obsah alebo službu v súlade so zmluvou*. Súlad so zmluvou možno určiť *primárne* s prihliadnutím na obsah samotnej zmluvy, vo vzťahu ku ktorému Návrh demonštratívne vymedzuje *subjektívne požiadavky na súlad*, v zmysle ktorých digitálny obsah alebo služba musia podľa konkrétnych okolností najmä:

- a) zodpovedať technickým vlastnostiam dohodnutým v zmluve (opis, množstvo, kvalita, funkčnosť, kompatibilita, interoperabilita, vrátane predzmluvných informácií, ktoré v súlade so smernicou 2011/83/EÚ tvoria neoddeliteľnú súčasť zmluvy);
- b) zodpovedať účelu požadovaného spotrebiteľom, s ktorým bol dodávateľ oboznámený v čase uzavretia zmluvy a ktorý tento akceptoval;
- c) byť dodané so všetkým príslušenstvom, pokynmi na použitie a asistenčnými službami zákazníkom, ak to ustanovuje zmluva; a
- d) byť aktualizované, ak to ustanovuje zmluva.

Uvedené subjektívne požiadavky vychádzajú zo znenia samotnej zmluvy uzavretej medzi dodávateľom a spotrebiteľom, pričom sa na ne prihliada *prednostne*, zohľadňujúc pritom najmä zmluvnú slobodu strán. V prípade, ak zmluva neustanovuje dostatočne jasné a zrozumiteľné kritériá, prihliadne sa na *objektívne požiadavky na súlad*, ktoré musia byť splnené súčasne, a ktoré všeobecne vymedzujú náležitosť dodávaného digitálneho obsahu alebo služby. Posledná verzia Návrhu požaduje, aby digitálny obsah alebo služba:

- a) boli vhodné na účely, na aké by sa rovnaký typ digitálneho obsahu alebo služby používal za bežných okolností, a to podľa potreby (zohľadňujúc predpisy vnútroštátneho ako aj európskeho práva, technické normy, a pri absencii technických noriem kódexy správania platné pre dané konkrétné odvetvie);
- b) boli poskytnuté s technickými charakteristikami (množstvo, kvalita, funkčnosť, kompatibilita, výkonnosť a pod.) bežnými pre používanie digitálneho obsahu alebo služby rovnakého typu, ktoré môže spotrebiteľ odôvodnenie očakávať;
- c) boli dodané so všetkým príslušenstvom a návodmi na použitie, ktoré môže spotrebiteľ odôvodnenie očakávať;
- d) zodpovedali akejkoľvek skúšobnej verzii alebo ukážke, ku ktorej bol spotrebiteľovi poskytnutý prístup pred uzavorením zmluvy;
- e) boli aktualizované podľa potreby na zabezpečenie ich fungovania.

Osobitne upravenou požiadavkou na súlad je *požiadavka na zabezpečenie integrácie digitálneho obsahu alebo služby do digitálneho prostredia spotrebiteľa*. Nesprávna integrácia bude mať za následok nesúlad so zmluvou so vznikom zodpovednosti na strane dodávateľa, ak digitálny obsah alebo služba boli integrované samotným dodávateľom alebo v rámci jeho zodpovednosti, alebo ak súčasne došlo k integrácii zo strany spotrebiteľa, avšak nesprávnu integráciu zapríčinili nedostatky v pokynoch poskytnutých dodávateľom, pričom za takéto nedostatky sa budú považovať neúplné alebo nejasné pokyny na inštaláciu, ktoré by priemerný spotrebiteľ mohol považovať za klamlivé.

Ďalšou špecifickou požiadavkou je *povinnosť dodávateľa zabezpečiť, aby digitálny obsah alebo služba neporušovali žiadne právo tretej strany*, a to najmä vo vzťahu k právam duševného vlastníctva, ktoré bránia vo využívaní predmetu zmluvy. Uvedená požiadavka vychádza zo skutočnosti, že súlad by sa nemal vzťahovať len na vecné, ale aj na právne nedostatky, napríklad „*práva tretej strany môžu spotrebiteľom účinne zabraňovať vo využívaní digitálneho obsahu alebo niektorých jeho prvkov podľa zmluvy*,“ keďže „*právne nedostatky sú obzvlášť dôležité pre digitálny obsah, ktorý už svojím charakterom podlieha právam duševného vlastníctva*“ (Preambula (31) Návrhu).

Je potrebné konštatovať, že takto vymedzený súbor povinností dodávateľa zabezpečuje právnu istotu jednako pre spotrebiteľov, čo by malo viesť k zvýšeniu ich dôvery pri objednávaní digitálneho obsahu alebo služby online, ako aj pre dodávateľov, ktorým bude v zmysle týchto povinností zrejmé, ako majú postupovať pri dodávaní digitálneho obsahu alebo služby a na čo majú prihliadať, aby bol zabezpečený súlad predmetu dodania so zmluvou. Máme za to, že v porovnaní so súčasnou neexistujúcou, resp. nejasnou právnou úpravou, konkrétnie ustanovenie povinností dodávateľa jednoznačne uľahčí uskutočnenie dodania predmetu zmluvy spotrebiteľovi.

3. ZODPOVEDNOSŤ DODÁVATEĽA A PROSTRIEDKY NÁPRAVY

Zodpovednosť dodávateľa vyplýva z jeho vyššie vymedzených základných povinností a spočíva v zodpovednosti za nedodanie digitálneho obsahu alebo služby, ako aj v zodpovednosti za akýkoľvek nesúlad dodaného digitálneho obsahu alebo služby so zmluvou. Podľa okamihu dodania bude dodávateľ v zmysle Návrhu zodpovedný za nesúlad, ktorý:

- a) existuje v čase dodania, ak zmluva ustanovuje jediné dodanie alebo sériu niekoľkých dodaní (napr. jednorazové stiahnutie zakúpenej elektronickej knihy);
- b) vznikne počas trvania zmluvy, ak zmluva ustanovuje nepretržité dodávanie počas určitého obdobia, a to za akýkoľvek nesúlad, ktorý sa prejaví počas trvania zmluvy (napr. pri poskytovaní prístupu k databáze, pri poskytovaní antivírusového softvéru na určitú dobu a pod.).

3.1. Porušenie povinnosti dodať digitálny obsah alebo službu

Porušenie povinnosti dodať digitálny obsah alebo službu spotrebiteľovi je závažným zlyhaním dodávateľa, v prípade ktorého by mala byť spotrebiteľovi poskytnutá adekvátna ochrana a prostriedky na dosiahnutie nápravy. Návrh v tomto prípade ustanovuje jediný prostriedok nápravy, ktorý má spotrebiteľ k dispozícii, a to *právo ukončiť zmluvu*. K ukončeniu zmluvy dochádza *vyhlásením spotrebiteľa, v ktorom dodávateľovi oznamuje svoje rozhodnutie ukončiť zmluvu*. Spotrebiteľ je v zmysle Návrhu oprávnený ukončiť zmluvu okamžite v dvoch prípadoch, a to ak:

- a) došlo k dohode alebo z okolností uzavorenia zmluvy jednoznačne vyplýva, že spotrebiteľ má záujem o dodanie v konkrétnom čase, pričom do tohto času nedošlo k dodaniu; alebo
- b) z vyhlásenia dodávateľa alebo z okolností je zrejmé, že dodávateľ digitálny obsah alebo službu nedodá.

V ostatných prípadoch bude spotrebiteľ oprávnený ukončiť zmluvu až po predchádzajúcej výzve dodávateľa na dodanie predmetu zmluvy. Spotrebiteľ sa môže s dodávateľom dohodnúť na dodatočnej lehote pre dodanie predmetu zmluvy, no v určitých situáciach bude spotrebiteľ oprávnený požadovať bezodkladné dodanie. Uvedené vyplýva zo skutočnosti, že digitálny obsah alebo služby sa dodávajú v digitálnej forme, dodanie ktorej spravidla nevyžaduje určenie dodatočného času, ale je možné okamžite.

Uvedené riešenie možno prirovnáť k úprave omeškania dlžníka podľa príslušných ustanovení zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník. Vzhľadom na skutočnosť, že dodávateľ nedodal digitálny obsah alebo službu, tzn. neposkytol plnenie riadne a včas, je v omeškaní. Spotrebiteľ (v pozícii veriteľa) poskytne dodávateľovi primeranú lehotu na splnenie, pričom ak tento „nesplní ani v dodatočnej primeranej lehote poskytnutej mi veriteľom, má veriteľ právo od zmluvy odstúpiť“ (§ 517 ods. 2 OZ). Obdobne ako Návrh, § 518 OZ ustanovuje prípad zrušenia zmluvy od začiatku v prípade, ak bol zmluvne určený presný čas plnenia a zo zmluvy alebo z povahy veci vyplýva, že na oneskorenom plnení nemôže mať veriteľ záujem. Napriek určitým odlišnostiam možno navrhovanú úpravu charakterizovať ako takmer totožnú s vnútroštátnou úpravou omeškania dlžníka podľa OZ, kde odlišnosti vyplývajú z potreby jej prispôsobenia vo vzťahu k predmetu zmluvy, tzn. vo vzťahu k dodaniu digitálneho obsahu alebo služby.

3.2. Porušenie povinnosti dodat' digitálny obsah alebo služby v súlade so zmluvou

Zodpovednosť dodávateľa za dodanie digitálneho obsahu alebo služby v súlade so zmluvou možno prirovnáť k úprave zodpovednosti za vady podľa § 499 a nasl. OZ. Podstata zodpovednosti za vady spočíva v zodpovednosti toho, kto prenechal inému vec za odplatu (dodávateľ, ktorý prenechal digitálny obsah alebo služby za úhradu ceny alebo za poskytnutie osobných údajov), za to, že vec má v čase plnenia vlastnosti výslovne vymienené alebo obvyklé, že ju možno použiť podľa povahy a účelu zmluvy alebo podľa toho, čo účastníci dojednali, a že vec nemá právne vady (subjektívne a objektívne požiadavky na súlad). OZ rozlišuje prostriedky nápravy pri zodpovednosti za vady podľa charakteru samotnej vady. Ak ide o neodstrániteľnú vadu, pre ktorú nemožno vec používať dohodnutým spôsobom alebo riadne, je nadobúdateľ oprávnený domáhať sa zrušenia zmluvy. V opačnom prípade bude nadobúdateľ oprávnený požadovať bud' primeranú zľavu z ceny, výmenu, alebo opravu alebo doplnenie toho, čo chýba. Návrh rozlišuje pri zodpovednosti za nesúlad tri podobné alternatívne prostriedky nápravy, ktoré má spotrebiteľ k dispozícii, a to uvedenie digitálneho obsahu alebo služby do súladu (obdobne ako oprava alebo doplnenie toho, čo chýba), primerané zníženie ceny a ukončenie zmluvy, ktoré môže spotrebiteľ využiť za podmienok ustanovených Návrhom.

Nárok na uvedenie digitálneho obsahu alebo služby do súladu je prvou možnosťou, ktorú by mal spotrebiteľ prednostne využiť. Spotrebiteľovi toto právo nepatrí len v dvoch prípadoch, a to ak uvedenie do súladu neprichádza do úvahy z dôvodu existencie faktických alebo právnych prekážok, alebo ak by to dodávateľovi spôsobilo neprimerané náklady vzhľadom na okolnosti situácie (s prihliadnutím na závažnosť nesúladu a na hodnotu digitálneho obsahu alebo služby pri absencii nesúladu). V prípade, ak sa spotrebiteľ rozhodne tento prostriedok nápravy využiť, dodávateľ bude povinný uviesť digitálny obsah alebo službu do súladu, a to v primeranej lehote potom, ako bol

o rozhodnutí spotrebiteľa informovaný, bezodplatne a bez spôsobenia závažných ťažkostí spotrebiteľovi pri zohľadnení povahy a účelu digitálneho obsahu alebo služby.

Druhá možnosť spotrebiteľa spočíva v dvoch jeho právach, a to v *práve na zníženie ceny* alebo v *práve na ukončenie zmluvy*. Spotrebiteľ je oprávnený požadovať náležité zníženie ceny, avšak len v prípade, ak bol digitálny obsah alebo služba dodaná za protiplnenie spočívajúce v zaplatení ceny. Súčasne Návrh ustanovuje *požiadavku úmernosti*, podľa ktorej zníženie ceny musí byť úmerné zníženej hodnote dodaného digitálneho obsahu alebo služby, v porovnaní s hodnotou, ktorú by digitálny obsah alebo služby mali, ak by boli v súlade so zmluvou.

Podmienkou pre využitie práva na ukončenie zmluvy v prípade dodania digitálneho obsahu alebo služby za protiplnenie spočívajúce v zaplatení ceny je skutočnosť, že *zistený nesúlad nie je zanedbateľný*; zanedbateľnosť nesúladu bude povinný preukázať samotný dodávateľ, na ktorom spočíva dôkazné bremeno.

Právo na zníženie ceny a právo na ukončenie zmluvy prislúchajú spotrebiteľovi v zmysle Návrhu v ktoromkoľvek z uvedených prípadov:

- a) uvedenie digitálneho obsahu alebo služby do súladu nie je možné alebo primerané;
- b) dodávateľ neuviedol digitálny obsah alebo službu do súladu v súlade s vyššie spomenutými požiadavkami;
- c) nesúlad sa prejaví napriek snahe dodávateľa zabezpečiť súlad so zmluvou;
- d) nesúlad má taký závažný charakter, že odôvodňuje okamžité zníženie ceny alebo ukončenie zmluvy;
- e) dodávateľ vyhlásil alebo je to zrejmé vzhľadom na okolnosti, že digitálny obsah alebo služby nebudú uvedené do súladu v primeranej lehote alebo bez spôsobenia závažných ťažkostí spotrebiteľovi.

V prípade, ak bol digitálny obsah alebo služby poskytované počas určitého časového obdobia a nie jednorazovo, spotrebiteľ by mal byť oprávnený vypovedať iba časť zmluvy, ktorá zodpovedá času, v rámci ktorého neboli digitálny obsah alebo služby poskytované v súlade so zmluvou. Takéto čiastočné ukončenie zmluvy však nebude prichádzať do úvahy v prípade, ak spotrebiteľ poskytoval dodávateľovi ako protiplnenie vlastné osobné údaje, nakoľko nepeňažné protiplnenie nemožno týmto spôsobom rozdeliť. Obdobne, v prípade využitia práva na zníženie ceny, bude sa zníženie ceny uplatňovať výlučne na obdobie, počas ktorého neboli dodané digitálny obsah alebo služby v súlade.

Máme za to, že navrhovaná právna úprava prostriedkov nápravy v prípade nesúladu zodpovedá všeobecnej právnej úprave zodpovednosti za vady. Vzhľadom však na potrebu prihliadnuť na špecifický charakter digitálneho obsahu a služieb je takáto všeobecná úprava nedostačujúca a na odstránenie právnej neistoty je potrebné túto úpravu podrobnejšie rozpracovať a špecifikovať oprávnenia a povinnosti dotknutých subjektov tak, ako to ustanovuje predložený Návrh.

3.3. Zodpovednosť za škodu

Napriek pôvodným úvahám o potrebe upraviť zodpovednosť dodávateľa za hospodárske škody spôsobené spotrebiteľovi v jeho digitálnom prostredí, sa od tejto myšlienky v súčasnosti upustilo. Právna úprava nároku spotrebiteľa na náhradu škody sa ponecháva na vnútroštátne právo jednotlivých členských štátov, ktorých úlohou bude

ponechať si alebo nanovo upraviť zodpovednosť dodávateľa za škodu, s prihliadnutím na špecifická vyplývajúce zo zodpovednosti za nedodanie digitálneho obsahu alebo služby a zo zodpovednosti za ich nedodanie v súlade so zmluvou.

ZÁVER

Predmetom príspevku bolo preskúmanie navrhovanej právnej úpravy vo vzťahu k zmluve o dodávaní digitálneho obsahu alebo služieb. Vzhľadom na skutočnosť, že Návrh predložený Komisiou nemožno považovať za finálny a príslušná úprava v nom obsiahnutá bude podrobenná ďalšiemu preskúmaniu, čo môže vyústiť do jej prípadných zmien, považujeme za potrebné uviesť, že pri spracovaní tejto problematiky sme vychádzali z poslednej verejnnej verzie Návrhu z 1. júna 2017. Práca sa zameriavala najmä na preskúmanie zodpovednosti dodávateľa za nedodanie predmetu zmluvy alebo za dodanie predmetu zmluvy v rozpore so zmluvou, a to najmä vo vzťahu k ustanoveným prostriedkom nápravy prislúchajúcim spotrebiteľovi, ktoré boli následne porovnané s relevantnou úpravou, ktorá by mala byť podľa nášho názoru v súčasnosti aplikovaná vo vzťahu k týmto inštitútom. Máme za to, že prijatie osobitnej právnej úpravy vo vzťahu k tejto problematike je nevyhnutné vzhľadom na problémy, ktoré vznikajú pri uzatváraní takýchto zmlúv v praxi, ako aj na odstránenie právnej neistoty podnikov a spotrebiteľov spôsobenej absenciou relevantnej právnej úpravy, ktorá bráni ďalšiemu rozvoju elektronického obchodu a tým aj digitálneho hospodárstva Európskej únie. Je preto nevyhnutné, aby bol celý proces prijmania navrhovanej úpravy urýchlený, keďže prvý návrh smernice bol predstavený už v roku 2015, a doposiaľ nedošlo k dohode o jeho finálnej verzii.

POUŽITÉ PRAMENE

1. Contracts for supply of digital content. A legal analysis of Commission's proposal for a new directive. Manko, R. European Parliamentary Research Service. 2016.
2. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 679/2016 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov). *Ú. v. L 119, 4.5.2016, p. 1-88*
3. Návrh Smernice Európskeho parlamentu a Rady o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu (prvé čítanie) – všeobecné smerovanie 2015/0287 (COD)
4. Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov. Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe. *COM/2015/0192 final*
5. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002, týkajúca sa spracovávania osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (smernica o súkromí a elektronických komunikáciách). *Ú. v. L 201, 31.7.2002, p. 37-47.*
6. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/83/EÚ z 25. októbra 2011 o právach spotrebiteľov. *Ú. v. L 304, 22.11.2011, p. 64-88.*
7. zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník

KONTAKT NA AUTORA

laura.rozenfeldova@student.upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

doc. JUDr. Ing. Otakar Schlossberger, Ph.D.¹

Ing. Josef Budík, CSc.²

Vysoká škola finanční a správní, a.s. v Praze, Fakulta ekonomických studií

Audit digitálních finančních služeb³

Audit of digital financial services

Abstrakt

Cílem příspěvku je zjistit, zda může audit digitálních služeb podporovaný softwarovými moduly využívajícími prvky umělé inteligence napomoci lepší detekci rizik. Digitalizace procesů ve finančních službách postupuje paralelně se změnami v zákonné úpravě regulace. Příspěvek analyzuje právní úpravu spojenou s požadavky na audit, především na interní audit, na výbory pro audit a na externí audit digitálních technologií ve finančních službách. Ve druhé části analýzy autoři s využitím dostupných publikací charakterizují vybrané technologické trendy. Jako výzkumná metoda byla zvolena komparace právních požadavků a publikovaných charakteristik softwarových řešení. Autoři v závěru uvádějí, že jejich poznatky korespondují s analýzami, které pozitivně hodnotí přínos digitalizace služeb.

Klíčová slova: Audit, interní audit, digitální technologie, finanční služby, Fin-Tech

Abstract

The aim of the paper is to find out if a digital service audit supported by software modules using artificial intelligence can help to better detect of risks. Digitization of processes in financial services proceeds in parallel with changes in the statutory regulations. The paper analyzes the legal regulations relating to audit requirements, in particular internal audit, audit committees, and external auditing of digital technologies in financial services.

¹ doc. JUDr. Ing. Otakar Schlossberger, Ph.D. je proděkanem pro výzkum a publikační činnosti Fakulty ekonomických studií Vysoké školy finanční a správní, a.s., Praha a vedoucím Katedry finance.

² Ing. Josef Budík, CSc. je odborným asistentem Katedry finance Fakulty ekonomických studií Vysoké školy finanční a správní, a.s. Praha.

³ Tento příspěvek by vytvořen v rámci projektu GAČR "Nové zdroje systémového rizika na finančních trzích", číslo projektu 16-21506S. Příjemcem podpory a řešitelem je Vysoká škola finanční a správní.

In the second part, the authors use the available publications to characterize selected technological trends. As a research method, a comparison of legal requirements and published characteristics of software solutions was chosen. The authors conclude that their findings correspond to analyzes that positively assess the benefits of service digitization.

Key words: Audit, Internal Audit, Digital Technology, Financial Services, Fin-Tech

JEL Classification: M42, K20, O30

ÚVOD

Řízení rizik ve finančních službách prochází v průběhu let vývojem. Od rizik chápáných vysloveně negativně, k současnemu pojetí, že k úspěšnému podnikání je nutné podstupovat určitou míru rizika. A stejně jako podnikatelské příležitosti je také nutné zvládat rizika a pochybení. Pro dosažení tohoto cíle musí procesy auditu dosahovat vysokého stupně objektivity ve svých nálezech a reportech. To předpokládá provedení nezávislých průzkumů různých činností manažerů, nejen kontroly finančních výkazů. Součástí prověřování je zjišťování shody se závazně definovanými procedurami, politikami, a legislativou. Další součástí auditu, především interního auditu jsou doporučení pro zlepšení, identifikace ztrátových míst, neefektivností a také kontrola, zda aktiva organizace jsou zajištěna proti krádeži, zpronevěře a dalším operačním rizikům.

V současné době různé finanční instituce vč. bank hledají stále nové produkty či služby, které jsou založeny na digitalizaci či elektronizaci. Za pomocí vybraných evropských právních dokumentů (např. PSD 2) vznikají nové, tzv. Fin-Tech společnosti, které se snaží prosadit novými, sofistikovanými službami založenými na využití elektronických nebo digitálních technologií.

Diskuse v předkládaném příspěvku zdůrazňuje nutnost respektovat v interním auditu informačních a komunikačních systémů postupy podle doporučení Institutu interních auditorů a zakotvit je také a v regulačních pravidlech.

1. VÝCHODISKA A METODY

Za významnou práci týkající se teorie auditu lze považovat publikaci Mautze a Sharafa (Mautz, Sharf, 1961). Autoři ale v této práci pojmenovávají, je audit profesí, jejímž základem je především praxe. Diskutují ale také jednotlivé koncepty činnosti auditu, porozumění důkazům z průběhu auditního procesu i komunikaci a výsledků směrem k zadavatelům auditu. Věnují ale pozornost jen finančnímu auditu. Filozofií auditu se zabývá Flint (Flint, 1988) a mimo jiné definuje základní stavební kameny pro budování báze teorie auditu. Teorii auditu se věnoval Angling (Angling, 2006) a používá pojem teoretický systém, který lze rozdělit na teoretickou bázi, základní teoretický systém, aplikovanou auditní teorii a teorii managementu auditu. Obdobně jako převládající odborná literatura se bude i předkládaná příspěvek týkat aplikované auditní teorie, konkrétně na audit digitálních finančních služeb.

Efektem ze zavedení nové regulace platebních služeb se věnoval Schossberger (Schlossberger, 2017), protože při realizaci plateb může docházet k situacím, které by měl

analyzovat interní audit. Červenka (Červenka, 2017) se ze stejného důvodu zaměřil na novu právní úpravu poskytování a zprostředkování spotřebitelského úvěru. Legierská (Legierská, 2017) diskutovala problém zdaňování služeb finančních institucí. Problematicou digitalizace ve vybraných oblastech se věnovali samotní autoři tohoto příspěvku (Schlossberger, 2016), (Schlossberger, Budík, 2017). Jednalo se např. o postavení elektronických a digitálních peněz nebo problematiku digitalizace v platebním styku. Problematicce digitalizace a Fin-Techu vůbec se věnuje např. Staszkiewiczová (Staszkiewiczová, 2018) a další.

Tradiční způsob operací finančních institucí narušila digitalizace. Od poslední dekády minulého století si zvykáme na digitální hudbu a digitální fotografii. Na začátku tohoto století se objevila v komerční nabídce a prosadila mezi uživateli digitální televize. Trendům digitalizace přizpůsobily automobilky výbavu aut a jejich dealeři akceptují fakt, že zákazníci hledají auto nejdřív online.

Jak uvádí firma Oracle (Oracle, 2016, s. 12), jestliže banka nechce vyvinout nový digitální proces, musí stále zůstat konkurenceschopná v dnešní době vysoké konkurence na finančních trzích. To znamená vytvoření souboru digitálních služeb zahrnující atraktivní webovou stránku, jejímž prostřednictvím budou lidé zadávat své údaje, které pak mohou být vytiskny a podepsány podle závazných postupů. Celý proces musí být digitalizován tak, aby ho banka mohla sledovat prostřednictvím různých částí původního procesu.

Banky se proto sladují se současnými technologiemi a koncepcemi. Zákazníci jsou již velmi „zkažení“ zkušenostmi ze stránek jako je Facebook a jejich očekávání se zvýšila. Pokud navštíví bankovní pobočku, na které jsou zavaleni spoustou papírových dokumentů, potom to pravděpodobně považují za služby z minulého století.

2. REGULACE AUDITU

Činnost auditu, a to jak externího, tak interního, není dána volně na úvaze samotných finančních institucí, ale je právně regulována jak vnitrostátními předpisy, tak předpisy evropskými. Následující část provede analýzu této právní úpravy.

2.1. Právní úprava externího auditu

Základním právním předpisem v České republice pro právní úpravu externího auditu je zákon č. 93/2009 Sb., o auditorech, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoA“). Výkon auditu dále upravují některé evropské právní dokumenty. Jedná se zejména o:

- Nařízení EP a RADY EU č. 537/2014 o specifických požadavcích na povinný audit subjektů veřejného zájmu,
- Směrnice EP A RADY 2006/43/ES o povinném auditu ročních a konsolidovaných účetních závěrek,
- Směrnice EP A RADY 2008/30/ES, kterou se mění směrnice 2006/43/ES o povinném auditu ročních a konsolidovaných účetních závěrek, pokud jde o prováděcí pravomoci svěřené Komisi,
- Směrnice EP A RADY 2013/34/EU o ročních účetních závěrkách, konsolidovaných účetních závěrkách a souvisejících zprávách některých forem

- podniků, o změně směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/43/ES a o zrušení směrnic Rady 78/660 EHS a 83/349/EHS,
- Směrnice EP A RADY 2014/95/EU, kterou se mění směrnice 2013/34/EU, pokud jde o uvádění nefinančních informací a informací týkajících se rozmanitosti některými velkými podniky a skupinami,
 - Směrnice EP a RADY 2014/102/EU o úpravě směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/34/EU o ročních účetních závěrkách, konsolidovaných účetních závěrkách a souvisejících zprávách některých forem podniků v důsledku přistoupení Chorvatské republiky,
 - Směrnice EP A RADY 2014/56/EU, kterou se mění směrnice 2006/43/ES o povinném auditu ročních a konsolidovaných účetních závěrek.

Všechny uvedené směrnice byly postupně transponovány právě do ZoA, zatímco výše uvedené nařízení je uplatňováno přímo členskými státy s tím, že se týká pouze subjektů veřejného zájmu. Kdo je považován za subjekt veřejného zájmu, je uvedeno v zákoně č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoÚ“). V jeho § 1a je subjekt veřejného zájmu definován jako:

„....účetní jednotka se sídlem v České republice, která je

- a) uvedena v § 19a odst. 1, (pozn. tj. např. účetní jednotka, která je obchodní společností a je emitentem investičních cenných papírů přijatých k obchodování evropském regulovaném trhu)
- b) bankou podle zákona upravujícího činnost bank nebo spořitelním a úvěrním družstvem podle zákona upravujícího činnost spořitelních a úvěrních družstev,
- c) pojišťovnou nebo zajišťovnou podle zákona upravujícího činnost pojišťoven a zajišťoven,
- d) penzijní společností podle zákona upravujícího důchodové spoření nebo doplňkové penzijní spoření, nebo
- c) zdravotní pojišťovnou.“ (ZoÚ).

Evropské právo charakterizuje subjekty veřejného zájmu nikoliv v Nařízení EP a RADY EU č. 537/2014 o specifických požadavcích na povinný audit subjektů veřejného zájmu, jak bychom očekávali, ale ve svém ustanovení čl. 3 – Definice odkazuje na definice uvedené ve Směrnici EP A RADY 2006/43/ES o povinném auditu ročních a konsolidovaných účetních závěrek, konkrétně na čl. 2 – Definice odst. 13. Toto ustanovení charakterizuje subjekt veřejného zájmu takto:

„... jsou subjekty, které se řídí právem členského státu a jejichž převoditelné cenné papíry jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu kteréhokoli členského státu ve smyslu čl. 4 odst. 1 bodu 14 směrnice 2004/39/ES, úvěrové instituce ve smyslu čl. 1 bodu 1 směrnice EP a Rady 2000/12/ES ze dne 20. března 2000 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu (1) a pojišťovny ve smyslu čl. 2 odst. 1 směrnice 91/674/EHS. Členské státy mohou za subjekty veřejného zájmu označit další subjekty, například ty, které jsou důležité z hlediska veřejného zájmu vzhledem k povaze své činnosti, své velikosti nebo počtu svých zaměstnanců“.

Z uvedeného právního vymezení lze dovodit, že kromě taxativně vymezených institucí v ZoÚ by mohl členský stát prohlásit za subjekty veřejného zájmu i další společnosti, i když jimi emitované cenné papíry nejsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu kteréhokoliv členského státu. Česká republika prozatím subjekty veřejného zájmu nerozšířila např. na platební instituce nebo vydavatele elektronických peněz, tedy na společnosti, které se samy označují jako Fin-Tech společnosti aplikující. Z tohoto důvodu lze oprávněně dovodit, že Fin-Tech společnosti nepodléhají tak přísnému externímu ověřování ze strany externího auditu.

Stejná situace nastává z pohledu povinnosti zřídit výbor pro audit. Tato povinnost je ZoA dána opět zejména pro subjekty veřejného zájmu (ZoA, § 44 an), příp. pro další subjekty splňující zvláštní požadavky (ZoA, § 44c). Výbor pro audit má celou řadu kompetencí a povinností, mezi které náleží např.:

- sledovat účinnost vnitřní kontroly a systému řízení rizik,
- sledovat účinnost vnitřního auditu a jeho funkční nezávislost, pokud je funkce vnitřního auditu zřízena,
- sledovat postup sestavování účetní závěrky a konsolidované účetní závěrky a předkládat řídicímu nebo kontrolnímu orgánu doporučení k zajištění integrity systému účetnictví a finančního výkaznictví,
- doporučovat auditora kontrolnímu orgánu s tím, že toto doporučení, nestanoví-li přímo použitelný předpis Evropské unie upravující specifické požadavky na povinný audit subjektů veřejného zájmu jinak, rádně odůvodní,
- posuzovat nezávislost statutárního auditora a auditorské společnosti a poskytování neauditorských služeb subjektu veřejného zájmu statutárním auditorem a auditorskou společností,
- projednat s auditorem rizika ohrožující jeho nezávislost a ochranná opatření, která byla auditorem přijata s cílem tato rizika zmírnit, nebo
- sleduje proces povinného auditu; přitom vychází ze souhrnné zprávy o systému zajištění kvality,
- a další povinnosti (ZoA, § 44a).

Z uvedeného je zřejmé, že výbor pro audit u finančních institucí jako banky, pojišťovny a některé další, sehrávají klíčovou kontrolní či dozorovou roli, a to kromě zákonem vyžadovaného dozorového orgánu dané společnosti (např. dozorčí rada). Fin-Tech společnosti jsou této skutečnosti oproštěny.

2.2. Právní úprava interního auditu

Povinnosti interního auditu u finančních institucí jsou dány především obecně závaznými právními předpisy pro jednotlivé typy finančních institucí, tzn. např. banky, pojišťovny, platební instituce apod. Např. zákon č. 277/2009 Sb., o pojistovnictví požaduje v § 7 zajištění náležitého řídicího a kontrolního systému, který v sobě obsahuje mj. také požadavek, aby obsahoval i vnitřní audit (zákon 277/2009, § 7 odst. 1 písm. c). Obdobně je tomu u bank (viz zákon č. 21/19692 Sb., o bankách, § 4 odst. 5 písm. f nebo zákon č. 370/2017 Sb., o platebním styku, § 19 an).

Basilejský výbor pro bankovní dohled vydal finální verzi dokumentu "The internal audit function in banks" (BIS, 2012). Jedná se o materiál, který není sice obecně závazný, ale pokud se příslušný orgán dozoru a dohledu rozhodne, tak jeho principy a obsah může vyžadovat na základě udělování licencí či povolení podnikat jako daná finanční instituce. Tento materiál je určen především bankám jako největším hráčům na finančním trhu.

Prováděcí právní předpisy, ve kterých jsou obsaženy požadavky na vnitřní kontrolní a řídící systém vč. interního auditu, jsou např.:

- Vyhláška č. 163/2014 Sb., o výkonu činnosti bank, spořitelních a úvěrních družstev a obchodníků s cennými papíry,
- Vyhláška č. 306/2016 Sb., kterou se provádí některá ustanovení zákona o pojišťovnictví nebo
- Vyhláška č. 7/2018 Sb., o některých podmínkách výkonu činnosti platební instituce, správce informací o platebním účtu, poskytovatele platebních služeb malého rozsahu, instituce elektronických peněz a vydavatele elektronických peněz malého rozsahu.

Každý z uvedených prováděcích přepisů pak stanoví základní požadavky na provádění vnitřního auditu v danych finančních společnostech, v tomto případě Fin-Tech společnosti nevyjímaje. Obecně závazné právní normy však o vnitřním auditu těchto společností nic dalšího speciálního nehovoří.

3. DIGITÁLNI VS. ELEKTRONICKÉ

Na tomto místě je více než vhodné si přiblížit, zda pojmy „digitální“ a „elektronický“ jsou synonyma nebo zda vyjadřují rozdílné skutečnosti. Pro tuto analýzu je potřeba zjistit, při jaké příležitosti jsou tyto pojmy používány. Pokud bychom se podívali např. na oblast elektronických peněz a peněz digitálních, tak bychom zjistili, jak uvádí Schlossberger (Schlossberger, 2017), že jistý rozdíl mezi těmito kategoriemi je. Stručně lze shrnou závěry ze studie, která byla provedena z hlediska jak právního, tak ekonomického. Elektronické peníze jsou kategorií ze zákona o platebním styku (zákon 370, 2017), kdežto digitální peníze nikoliv. Digitální měny se emitují (téži), kdežto elektronické peníze se zásadně vydávají oproti bezhotovostním nebo hotovostním penězům.

Pokud se podíváme např. do oblasti digitálního nebo elektronického podpisu, také zjistíme, že jsou tam rozdíly. Za elektronický podpis lze považovat jakákoliv identifikace nebo mechanismus identifikace autora. Elektronickým podpisem může být například naskenovaný ruční podpis, razítko, logo nebo kterýkoliv jiný vizuální i nevizuální prvek vložený do dokumentu, resp. e-mailu. Elektronický podpis je tedy velmi široký pojem. Digitální podpis je užší pojem. Jde o typ elektronického podpisu. Digitální podpis je generován počítačem za účelem spolehlivého a ověřitelného podpisu. Například v asymetrické kryptografii (šifrování) může být privátní klíč použit k podpisu hashe dokumentu, který může kdokoliv ověřit. Takový digitální podpis pak mj. zaručuje, že obsah dokumentu nebyl pozměněn (SSLS, 2018).

Na druhé straně se lze běžně v praxi setkávat s tvrzením, že pojem „digitální“ je shodný či totožný s pojmem „elektronický“. Zejména tyto názory lze vysledovat v podmínkách bank nabízejících služby elektronického (digitálního) bankovnictví. Naše úvaha pro aplikaci auditu, a to jak vnitřního, tak vnějšího (externího) vychází

z předpokladu, že jsou tyto pojmy zaměnitelné. Nakonec bylo výše uvedeno, že „digitální“ může být součástí „elektronického“, tedy že se jedná o podmnožinu např. elektronických služeb.

4. DISKUSE

Samostatnou kapitolou je audit informačních technologií, který se opět týká pouze subjektů veřejného zájmu v vazbě na externí audit. Audit informačních technologií je zpravidla popisován jako proces vyvinutý pro identifikaci rizik, pro porozumění procesům počítačové podpory a pro jejich ovládání. Je to komplexní aktivita, která vyžaduje plánování, řízení a má vyvolávat udržitelné změny ve firemních procesech. Potřeba auditu procesů podporovaných či plně zajišťovaných počítačovými systémy se s růstem jejich složitosti a komplexnosti zvyšuje ve finančních i nefinančních institucích.

Realizace strategického přístupu k zavádění a rozšiřování informačních technologií pomáhá podle (Auditing, 2018) organizaci reagovat na stále rychlejší technologický pokrok. Efektivní správa systému informačních a komunikačních technologií ve firmě (tedy i ve finanční instituci) přispívá k realizaci vyšších finančních výnosů a lepší nefinanční pozice. Ale slabý nebo neefektivní management může prostě jen brát na vědomí špatně navržené nebo nedostatečné interní audity. Interní audit je v organizaci jednoznačně zřízen proto, aby posuzoval, zda informační technologie využívané v organizaci podporují její strategii a cíle. Podle potřeby potom interní auditori zpracovávají a předávají doporučení managementu.

Informační a technologické komponenty, tedy počítače a jejich síťové propojení, patří k nejvýznamnějším aktivům organizace. Nedostatečná kontrola informací uchovávaných, zpracovávaných nebo produkovaných informačními systémy může mít značný negativní dopad na organizaci, od pokut a penalizace až po poškozenou reputaci, která může potřebovat čas, energii a peníze na obnovu. Kvalita počítačových systémů finanční instituce může ovlivnit celou organizaci, nejen IT.

Při studiu procesů založených na počítačových operacích musí interní audit dělat více než jen určit problémy. Musí identifikovat základní příčiny a vytvořit konstruktivní doporučení, pokud jsou zjištěny nedostatky. Identifikace zdroje problému ale může ukázat jeho různé vrstvy (nevzhodný algoritmus, problémy v software, zastaralá technologie, nedostatečná údržba a další, třeba nedostatečné či nekvalitní školení zaměstnanců). Činnost interního auditu tedy přidává hodnotu, když identifikuje základní příčiny problémů a spolupracuje s vedením s cílem optimálního řešení problému. K tomu interním auditorům napomáhají doporučené standardy, např. Standard 2200 zaměřený na plánování nebo implementační průvodci, např. Implementation Guide 2110.

K příkladům dokumentace, o kterou by měl interní auditor požádat při plánování interního auditu počítačového systému, patří zprávy o minulých auditech, strategické plány (poslání a vize organizace), politika zabezpečení informací, architektura IT, zprávy o řízení podnikových rizik, zprávy o výkonu IT a další. Nástrojem, který běžně používají interní auditori k identifikaci a hodnocení rizik, je riziková kontrolní matice. Je jedním z účinných způsobů, jak provést a zdokumentovat předběžné posouzení rizika, protože vzhledem k časovým omezením zpravidla nelze ověřit všechna rizika.

Rozhovor s příslušnými zúčastněnými stranami (tedy s lidmi zainteresovanými na kvalitním fungování technologií) zpravidla bývá kritickým krokem. Pomáhá interním auditorům lépe porozumět cílům, designu, provozu a kontrolnímu prostředí oblasti nebo

procesu, který je předmětem kontroly. Organizační schémata mohou často pomoci interním auditorům při identifikaci příslušných zúčastněných stran. Rozhovory s vedoucími oddělení mohou odhalit, které procesy vedly ke strategickým a operačním rozhodnutím, zjistit, zda úsilí organizace vede k dostatečnému povědomí o jejích etických postojích a to, zda zaměstnanci jasně chápou své povinnosti v oblasti řízení rizik včetně jejich dopadu na organizaci.

Obecnější přístup k otázce auditu technologických systémů publikovali (Björklund, Joelsson, 2014). Zaměřili se na problematiku technologického dluhu. Ten je definován jako minulé anebo současné rozhodnutí v oblasti informačních technologií omezující budoucí rozhodnutí. Technologický dluh je prodloužením technického dluhu a je založen na skutečnosti, že dnešní společnosti mají velkou část svých technologií pro zpracování informací propojených a nainstalovaných. Jde o všechny dříve vyvinuté a získané systémy, aplikace, sítě, servery a úložiště, uživatelské komunity a podpůrné funkce. Ty jsou dědictvím, které v současnosti vytváří hodnotu, a jsou efektivní. V budoucnosti ale velmi pravděpodobně omezí schopnost společnosti přijmout nové postupy vyžívající jiné technologie.

Technologický dluh zahrnuje technologii instalovanou v instituci jen zčásti. Při úvahách o jeho překonání je potřeba, aby interní auditori zahrnuli do svých úvah a následně do svých doporučení také pohled zaměstnanců a kvalitu servisu pro uživatele.

Audit digitálních finančních služeb, by podle názoru autorů, měl probíhat u všech společností, které je poskytuje, obdobně, ne-li stejně. Jenže jak jsme si ukázali v analýze právní úpravy jak vnitřního, tak vnějšího (externího) auditu, není tomu tak vždy. Některé typy finančních společností, které lze zařadit mezi tzv. Fin-Tech společnosti⁴ jako jsou např. platební instituce nebo instituce elektronických peněz, nejsou zařazeny mezi subjekty veřejného zájmu. Jejich aktivita nenaplňuje ustanovení ZoU. Přitom také klasifit poskytovatelé finančních služeb, kterými jsou banky, poskytují elektronické (chcete-li digitální) služby. Jedná se např. o elektronické aplikace internetového bankovnictví, generování elektronických (v podstatě digitálních podpisů), poskytování informačních služeb klientovi na bázi elektronizace, vydávání elektronických peněz apod.

ZÁVĚR

Finanční instituce mohou rozvíjet efektivní digitalizaci cestou klíčových strategií. Jde o digitalizaci procesů, zprostředkování „digitálního zážitku“ klientům, spuštění nových digitálních funkcí.

Tyto strategie však přinášejí i své vlastní výzvy a také požadavky na audit těchto nových digitálních procesů. Zvláštní kapitolou je provádění auditu informačních technologií.

Některé banky se stávají frustrovanými, protože mají pocit, že Fin-Tech společnosti nemusejí zajistovat stejnou úroveň regulací, kterým čelí banky. Mají jinou správní

⁴ FinTech je označení pro obor Financial Technology - "finanční technologie". FinTech představuje různé "inovace ve finančních službách". Označuje se tak pomyslné propojení moderních technologií se světem financí. Respektive způsoby, jak moderní technologie zefektivňují přístup k financím. Příkladem jsou například online bankovnictví, crowdfundingové portály, peer to peer půjčky, kryptoměny, Bitcoin Zdroj: https://itslovník.cz/pojem/fintech/?utm_source=cp&utm_medium=link&utm_campaign=cp

strukturu, takže nejsou v rovnocenném postavení z hlediska hospodářské soutěže. Proto by bylo potřeba „vzdělávat“ regulátory tak, aby se z hlediska předpisů mohly začít užívat digitalizované služby na vyšší úrovni. Navzdory problému regulace potřebují finanční instituce získat z různých zdrojů co nejvíce informací o zákaznících, aby dokázaly nabídnout lepší služby a také poskytovat lepší rady a zároveň dokonale chránit klientské informace a data o nich.

POUŽITÉ PRAMENY

1. ANLING, Ch. *Structural Analysis of Audit Theoretical Syste*. [online]. SAI-China, 2006 [cit. 1. 8. 2018]. Available from: http://www.asosai.org/journal_2006_April/articles_5.htm.
2. AUDITING IT GOVERNANCE. *Supplemental Guidance*. In Global Technology Audit Guide. [online]. The Institute of Internal Auditors, Inc., Global Headquaters, USA, 2018 [cit. 21. 8. 2018]. Available from: <http://www.theiia.org>
3. BIS. *The internal audit function in banks*. [online]. Basel Committee on Banking Supervision 2012 [cit. 23. 8.2018]. Available from: <file:///C:/Users/Otakar%20Schlossberger/Documents/Štrbské%20pleso%202018/Basilejský%20výbor%20-%20interní%20audit.%20.pdf>
4. BJÖRKLUND, J. and Richard JOELSSON. *A New Approach for IT Audit?* In Testing the Theory of Technology Debt in an IT Audit Setting. [online]. University of Gothenburg, Sweden. 2014. [cit. 20. 8. 2018]. Available from: <https://gupea.ub.gu.se/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Bj%C3%BCrklund%2C+Joachim>
5. BUDÍK, J. a Otakar SCHLOSSBERGER. *Digitalization in payment services*. In Jozef Suchoža, Ján Husár, Regina Hučková. Právo - obchod - ekonomika. První. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2017. s. 281 - 289, 521 s. ISBN 978-80-8152-528-5.
6. ČERVENKA, M. *Spolufinancování dotací z pohledů obcí jako žadatelů o podporu*. In Moderní obec. ISSN 1211-0507, Vol. 23, 2017, no. 10, pp. 18-19.
7. ORACLE.. *Digital Transformation*. [online]. 2016 [cit. 23. 8.2018]. Available from: <http://www.oracle.com/us/industries/financial-services/efma-digital-transformation-wp-2904165.pdf>
8. FLINT, D. *Philosophy And Principles Of Auditing: An Introduction*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1988. ISBN: 978-03-3331-116-5
9. IT Slovník.cz. *Výraz Fin-Tech*. [online]. 2018 [cit. 23. 8.2018]. Available form: https://itslovnik.cz/pojem/fintech/?utm_source=cp&utm_medium=link&utm_campaign=cp
10. LEGIERSKÁ, Y. *Finanční instituce a zdaňování jejich služeb*. In Acta Sting. ISSN 1805-6873. Brno: Akademie Sting, 2017, no. 3, pp. 59-69.
11. MAUTZ, R. K. and Amer Hussein SHARAF.. *The philosophy of auditing*. Sarasota: American Accounting Association, 1961. ISBN 978-0865390027.
12. SCHLOSSBERGER, O. *Effect PSD II implementation for the realization of the payment service*. In Schlossberger Otakar, Pavlát Vladislav. Proceedings of the 8th International Conference on “Financial Markets: Current State & Future Perspectives. ISBN 978-80-7408-160-6. Praha: VŠFS, a. s., 2017, pp. 10-20.

13. SCHLOSSBERGER, O. *Elektronické peníze a bezhotovostní peníze v právním kontextu*. In Suchoža, J., Husár, J., Hučková, R.. Právo, obchod, ekonomika VI. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2016. s. 450-460, 647 s. ISBN 978-80-8152-443-1.
14. SCHLOSSBERGER, Otakar. Economic and Legal Aspects of Electronic Money. *ACTA VŠFS*, Praha: Vysoká škola finanční a správní, z.ú, 2016, Vol. 10, 1/2016, s. 47-65. ISSN 1802-792X
15. SSLS. *Elektronický a digitální podpis*. [online]. 2018 [cit. 23. 8.2018]. Available from: <https://www.ssls.cz/elektronicky-digitalni-podpis.html>
16. STASZKIEWICZOVÁ, M. *Zádrhely digitálního odbavování*. In Bakovnictví. ISSN1212-4273, Vol. XXV, no. 6, pp. 20 -21.
17. Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2006/43/ES o povinném auditu ročních a konsolidovaných účetních závěrek
18. Zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů
19. Zákon č. 93/2009 Sb., o auditorech, ve znění pozdějších předpisů
20. Zákon č. 370/2017 Sb., o platebním styku

KONTAKT NA AUTORA

Otakar.Schlossberger@vsfs.cz

Josef.Budik@mail.vsfs.cz

Vysoká škola finanční a správní, a.s.

Fakulta ekonomických studií

Estonská 500

101 00 Praha 10

Česká republika

Digitalizace civilního soudního řízení

Digitalization of civil proceedings

Abstrakt

Příspěvek stručně mapuje změny právní úpravy civilního soudního řízení související s jeho elektronizací. S ohledem na omezený rozsah příspěvku se pak podrobněji zaměřuje pouze na určité problematické aspekty spojené s doručováním prostřednictvím veřejné datové sítě. Cílem příspěvku je zhodnotit, jak se tyto změny fakticky projevily v efektivitě civilního soudního.

Klíčová slova: Civilní soudní řízení, digitalizace, právo na spravedlivý proces, doručování.

Abstract

The paper briefly maps changes within legal regulation of civil procedure related to its electronization. Because of the limited scope of the article, it focuses in more detail only on certain problematic aspects related to delivering through the public data network. The aim of the paper is to evaluate how these changes have effectively manifested in the effectiveness of civil procedure.

Key words: Civil procedure, digitization, right to a fair trial, delivery.

JEL Classification: K41

ÚVOD

Civilní soudní řízení v České republice dosud neprošlo, na rozdíl od Slovenska, komplexní rekodifikací jeho právní úpravy². Jeho základním pramenem na zákonné úrovni je proto stále zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále jen „OSŘ“),

¹ Odborné asistentky Katedry soukromého práva a civilního procesu, Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci.

² Byť nutno podotknout, v současné době se na této rekodifikaci již intenzivně pracuje, je k dispozici návrh věcného záměru civilního řádu soudního, srov. crs.justice.cz [cit. dne 25. 8. 2018] [online].

poznamenaný nejen okolnostmi jeho vzniku (období šedesátých let minulého století), ale i postupnou úpravou českého právního rádu po společensko-politických událostech roku 1989. Svůj vliv na jeho znění postupně zvyšuje i technologický rozvoj přinášející s sebou postupný tlak na využití moderních technologií a uchovávání dat v elektronické podobě. Cílem tohoto příspěvku je stručně zmapovat změny právní úpravy civilního soudního řízení, v nichž si zákonodárce klade za cíl právě modernizaci civilního soudního řízení v souvislosti s jeho elektronizací, jakož i zhodnotit, jak se dle našeho názoru tyto změny v efektivitě civilního soudního řízení skutečně projevily. Jako základní hypotézu našeho příspěvku si stanovujeme ověření názoru, že i přes snahy zákonodárce o elektronizaci civilního soudního řízení s cílem jeho zrychlení, prozatím moderní technologie na efektivitu ochrany soukromých práv v České republice nemají zásadnějšího vlivu. Pro vyvrácení nebo potvrzení námi stanovené hypotézy využijeme zejména analýzy právních norem (metody právní interpretace). Současně, s ohledem na to, že námi stanovená výzkumná otázka vyžaduje i posouzení praktických souvislostí, tj. využití empirických metod uvádíme, že jsme nevyužily žádného dotazníkového šetření, ale vycházíme z vlastních praktických zkušeností získaných našim působením v oblasti justice a advokacie.

Soudobá literatura se přitom k otázkám využití moderních technologií vyjadřuje především v oblasti odborných článků, které se zaměřují na dílčí aspekty elektronizace civilního soudního řízení (např. Forejt, Korbel: 2008, Dávid: 2009, Lavický: 2009 apod.).

1. K ELEKTRONIZACI JUSTICE OBECNĚ

V České republice se v souvislosti s využitím moderních technologií v rámci civilního soudního řízení hovoří o elektronizaci justice, respektive o vytváření tzv. *ejustice*. Ministerstvo spravedlnosti ve svém materiálu věnovaném resortní strategii elektronizaci justice charakterizovalo jako „*využití informačních a komunikačních technologií a informačních systémů v justici s cílem podpořit spravedlivé, zákonné a rychlé rozhodování organizačních složek resortu justice a jejich efektivní, hospodárné a transparentní fungování*.“ (srov. www.mvcr.cz/soubor/projektovy-okruh-3-9-eo-ejustice-pdf.aspx).

S ohledem na přijatá opatření je pak možné zhodnotit, že nejpatrnější zásahy v souvislosti s moderními technologiemi v civilním soudním řízení shledáváme v oblasti doručování, dokazování a vedení soudních spisů. V rámci doručování se především prosazuje doručování prostřednictvím veřejné datové sítě. Za stěžejní je přitom třeba považovat novelizaci OSŘ provedenou zákonem č. 7/2009 Sb. zavádějící s účinností od 1. 7. 2009 do českého právního rádu v rámci civilního soudního řízení doručování do tzv. datové schránky. Touto novelizací byla reflektována tehdy nová právní úprava v zákonu č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů.³ V rámci dokazování se prosadilo využití moderních technologií především v souvislosti s nedávnou novelizací OSŘ provedenou zákonem č. 296/2017 Sb., kdy bylo pro zjištění rozhodných skutečností s účinností od 29. 9. 2017 podpořeno využití videokonferenčního zařízení. U vedení soudních spisů se pak podpořilo jejich vedení v elektronické podobě

³ Podle této právní úpravy tvoří datová schránka elektronické úložiště, které je určeno k doručování orgány veřejné moci, provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci a k dodávání dokumentů fyzických osob, podnikajících fyzických osob a právnických osob (srov. § 2 zákona č. 300/2008 Sb.).

rovněž novelizací provedenou zákonem č. 7/2009 Sb. Jako další příklad snahy o posílení prvků moderních technologií je v rámci českého civilně procesního práva nezbytné uvést také zavedení tzv. elektronického platebního rozkazu.⁴ U všech těchto prvků modernizace civilního soudního řízení pak praxe shledává určité komplikace, s ohledem na omezený rozsah příspěvku se zaměříme pouze na určité problematické aspekty spojené s doručováním prostřednictvím veřejné datové sítě.⁵

2. PRAKTICKÉ PROBLÉMY SPOJENÉ S DORUČOVÁNÍM PROSTŘEDNICTVÍM VEŘEJNÉ DATOVÉ SÍTĚ

Je zjevné, že v soudobé době podporující rozvoj moderních technologií by neumožnění komunikace se soudem prostřednictvím veřejné datové sítě, znamenalo jasnou obstrukci. I přes nesporné výhody doručování jak prostřednictvím datových schránek, tak prostřednictvím e-mailové komunikace⁶, však můžeme nalézt určité problematické otázky, které průběh civilního soudního řízení mohou i přes cíl původně zcela opačný značně zkomplikovat.

2.1. Identifikace příjemce písemnosti

První z nich je samotná fakticita vyplývající z elektronické povahy doručování. V případě „klasického listinného doručování do vlastních rukou“ zjišťuje doručovatel totožnost toho, kdo doručovanou písemnost přebírá. V případě elektronické formy doručování je však zjištění toho, kdo se do příslušného datového uložiště skutečně přihlásil, nemožné. Identifikátorem charakterizujícím toho, kdo doručovanou písemnost přijal, jsou určité přihlašovací údaje, u nichž se předpokládá, že jimi disponuje pouze osoba, jíž je zásilka soudu určena, respektive osoba, jíž odpovídající elektronické úložiště dat „přináleží“. Po nabytí účinnosti novelizace č. 7/2009 Sb. se pak v praxi objevil nežádoucí postup, při kterém se do datové schránky právnické osoby přihlašovala jiná osoba, než statutární orgán právnické osoby a v případě, že bylo zjištěno dodání platebního rozkazu do datové schránky, statutární orgán se již do datové schránky nepřihlásil a následně argumentoval nedoručením platebního rozkazu, neboť on je osobou, jež v souladu s § 21 OSŘ za právnickou osobu jedná.

Výše naznačenou situaci vyřešil ve svém sjednocujícím stanovisku k doručování (sp. zn. Plsn 1/2015, ze dne 5. 1. 2017) Nejvyšší soud. V tomto rozhodnutí pak jednoznačně vymezil, že „procesní úkon, učiněný prostřednictvím datové schránky za podmínek uvedených v § 18 odst. 2 zák. č. 300/2008 Sb., ve znění pozdějších předpisů, osobou tam

⁴ Novelizací provedenou zákonem č 123/2008 Sb.

⁵ Výčtem výše uvedeným si v žádném případě nekladem za cíl postihnout všechny aspekty modernizace civilního soudního řízení, respektive jeho elektronizace, k nimž v praxi dochází. Našim cílem je se soustředit pouze na určité oblasti, které lze považovat za nejstěžejší. Z nedávné doby je možné z prvků elektronizace justice připomenout např. novinku v oblasti praxe Ústavního soudu, který nově zpřístupnil právním zástupcům své spisy v elektronické podobě. Srov. k tomu <https://www.usoud.cz/aktualne/ustavni-soud-spousti-internetovou-aplikaci-napsis-zpristupnujici-pravnim-zastupcum-ele/>.

⁶ Jejíž účinnost je v aktuální české právní úpravě podmíněna podpisem, s nímž jsou spojeny účinky vlastnoručního podpisu podle zákona č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce.

označenou, má stejné účinky jako procesní úkon učiněný písemně a podepsaný osobou, pro kterou byla zřízena datová schránka. Je-li osobou, pro kterou byla zřízena datová schránka, právnická osoba, má takový procesní úkon učiněný prostřednictvím datové schránky stejné účinky jako procesní úkon, který za právnickou osobu písemně učiní a podepře osoba oprávněná jednat za právnickou osobu podle příslušného procesního předpisu.“ Tento přístup Nejvyšší soudu považujeme za velmi rozumný a zabraňující obstrukcím, které by v souvislosti s vyšším množstvím osob mající přístup do datové schránky právnické osoby mohly nastat. Je logické vložit určitou míru odpovědnosti za to, kdo vstupuje do datové schránky, tj. odpovídá za přijetí do ní zaslaných zpráv a jejich případnou distribuci v rámci vnitřní struktury právnické osoby, právě na bedra této právnické osoby.

2.2. Identifikace odesílatele

Otzávka identifikace odesílatele však vyvolává v praxi také problém a to za situace, kdy je prostřednictvím datové schránky jedné osoby zaslána zpráva osoby druhé. Dle § 18 odst. 2 z. č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů platí, že úkon učiněný osobou uvedenou v § 8 odst. 1 až 4 tohoto zákona (tj. v případě fyzické osoby tou, pro niž byla datová schránka zřízena, nebo pověřenou osobou, pokud k tomu byla pověřena), prostřednictvím datové schránky má stejné účinky jako úkon učiněný písemně a podepsaný, ledaže jiný právní předpis nebo vnitřní předpis požaduje společný úkon více z uvedených osob.

Nejvyšší soud pak ve svém stanovisku mj. uvádí, že byl-li z datové schránky toho, kdo činí úkon nebo jeho právního zástupce odeslán do datové schránky soudu elektronický dokument, který obsahuje podání ve vči samé, považuje se za řádně podepsaný úkon ve smyslu § 18 odst. 2 zákona o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, i když takové podání neobsahuje uznávaný elektronický podpis (viz i např. nález ze dne 7. 3. 2016, sp. zn. II. ÚS 289/15). Proto již není třeba vyžadovat doplnění takto učiněného podání předložením jeho originálu v listinné formě podle § 42 odst. 2 o. s. ř. (viz § 42 odst. 3 o. s. ř.). Datová schránka totiž není anonymním úložištěm dat, ale je striktně individuálně přidělena. Podání u soudu však lze učinit nejen z datové schránky toho, o jehož procesní úkon jde, ale z jakékoliv datové schránky, do níž má jednající osoba přístup nebo do níž jí byl umožněn takový přístup, byť rozhodně nejde o primární účel datových schránek. Bylo-li však elektronické podání podepsáno osobou, pro kterou nebyla datová schránka zřízena, jen tzv. jednoduchým elektronickým podpisem, a nikoliv uznávaným elektronickým podpisem (§ 6 odst. 2 z. č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce), pak je takové podání nutno ve lhůtě doplnit (bod 41 stanoviska).

Z těchto závěrů NS vyplývá, že pokud byl z datové schránky osoby, která není právním zástupcem účastníka zaslán dokument, musí být tento kvalifikovaným elektronickým podpisem opatřen, jinak dochází k důsledkům předvídaným v ustanovení § 42 odst. 2 OSŘ, tj. takto zasláné podání musí být do tří dnů doplněno písemným podáním shodného znění, jinak se k němu nepřihlíží. Proto podle závěrů NS není možné použít ani postup podle § 43 OSŘ a vyzvat toho, kdo podání učinil k jeho doplnění (srov. stanovisko pléna NS, sp. zn. sp. zn. Plsn 1/2015, ze dne 5. 1. 2017). Jakkoli je datová schránka nebo i „elektronická pošta“ považována za určitou formu obálky, kontejneru, který v sobě obsahuje doručovanou zprávu představující soudu adresované podání, není doručování

v listinné obálce a v této formě obálky postaveno podle aktuálního výkladu nejvyšší soudní instance v České republice na roveň. Neboť doručím-li soudu podání osoby B neobsahující její podpis v obálce obsahující podpis či razítko osoby A, aniž by z podání jakkoli vyplýval vztah zastoupení mezi osobami A a B, postupuje soud podle § 43 OSŘ a k doplnění podání vyzve. Naproti tomu doručím-li podání osoby A soudu prostřednictvím datové schránky osoby B, aniž by z podání jakkoli vyplýval vztah zastoupení mezi těmito osobami, zůstává soud nečinný a není-li podání doplněno, nelze s ním spojovat žádné procentí účinky.

Z formálního hlediska, nutno podoktnout, nelze s ohledem na aktuální právní úpravu Nejvyššímu soudu ničeho vytknout. Je však dle našeho názoru ke zvázení, právě s ohledem na charakter datových schránek jako úložiště jednoznačně identifikující toho, kdo podání učinil, zda je takový postoj a výklad v současném „digitálním světě“ nadále udržitelný. Smyslem rozebíraných ustanovení je podpořit elektronický způsob komunikace mezi účastníky a soudem (kdy pro určité subjekty je zřízení datové schránky povinné), za co nejmenšího administrativního zatížení odesílatele podání, zároveň však zajistit, aby měl soud vždy postaveno najisto, kdo podání činí, a to prostřednictvím podpisu této osoby, jako jedné z podstatných náležitostí podání (§ 42 odst. 4 o. s. ř.).(srov. usnesení ÚS ze dne 25. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 3511/16). To v případě elektronického podání na základě fikce podpisu (§ 18 odst. 2 zákona o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů) nebo prostřednictvím uznávaného elektronického podpisu (§ 6 odst. 2 zákona o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce).

Je zjevné, že založit e-mailovou schránku pod smysleným či zkomoleným jménem není nikterak problematické. Datové schránky však fungují na principu odlišném a při doručování směrem k osobám, pro něž byly zřízeny, představují formu doručování do vlastních rukou. Máme proto za to, že je zřejmé, že určitá, jasně identifikovatelná osoba, učinila pokus se soudem komunikovat, její úkon by proto neměl být dle našeho názoru, a to i když obsahuje určité nejasnosti, soudem bez dalšího přehlédnut.

Lze si totiž představit i situaci, kdy žalobce použije vzor podání a omylem v tomto svou osobu nesprávně označí tak, že nebude jako žalobce identifikovatelný. Své podání sepsané podle vzoru zašle soudu datovou schránkou v dobré víře, že bylo rádně učiněno. Soudem není následně vyzván k jeho opravě, neboť soud nebyl schopen podání přiřadit účinky vlastnoručního podpisu a k podání pro jeho nedoplnění dále nepřihlídl. Ještě častější pak bude situace, kdy je podání učiněno z datové schránky advokáta, plná moc však není přiložena.

V případě, že je podání učiněno prostřednictvím právního zástupce, aniž by byla doložena plná moc opravňující k zastupování, jedná se o odstranitelný nedostatek podmínky řízení a na místě je postup soudu dle § 104 odst. 2 o. s. ř., tj. vyzvat advokáta k doplnění plné moci, a to i tehdy, pokud bylo podání soudu doručováno prostřednictvím veřejné datové sítě.⁷ S ohledem na to, že předmětem činnosti advokáta je poskytování

⁷ Jinak ale viz usnesení ÚS ze dne 25. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 3511/16, v němž Ústavní soud uvádí, že v případě, že bylo soudu zasláno podání, jež sice mělo být podle uvedeného jména a podpisu podáním účastníka řízení, ale bylo provedeno z datové schránky osoby-i když advokáta-, která neměla vůči účastníku jakýkoli procesní vztah, pak dost dobře nelze upřít obecnému soudu právní názor, že autenticita odesílatele dostatečně ověřena nebyla.

právních služeb, lze předpokládat, že advokát, z jehož datové schránky bylo podání učiněno, je právním zástupcem podatele.⁸

Jiný postup soudu než ten, který spočívá v pokusu o odstranění výše uvedených nedostatků, se nám jeví být nadbytečně formalistický a způsobilý zasáhnout do práva stěžovatelů na spravedlivý proces zaručeného čl. 36 Listiny a čl. 6 Úmluvy, jehož komponentem je i právo na přístup k soudu, jako nezbytný předpoklad realizace jednotlivých procesních práv z práva na spravedlivý proces vyplývajících. Přestože je zřejmé, že právo na spravedlivý proces není právem absolutním (viz i rozsudek ESLP ve věci Golder proti Spojenému království ze dne 21. 2. 1975 č. 4451/70, § 38), míra zásahu obecných soudů do práva na přístup k soudu by při výše uvedeném postupu dle našeho názoru ne plně odpovídala legitimnímu cíli sledovanému zákonem zakotveným požadavkem doplnění podání v případech stanovených v § 42 odst. 2 OSŘ. Soudy by proto při jakýchkoli pochybnostech o nemožnosti identifikace autora podání zaslaného datovou schránkou měly být velmi obezřetné.

2.3. Posouzení včasnosti podání učiněného prostřednictvím veřejné datové sítě

Konečně, posledním problémem, o kterém se chceme s v souvislostí s doručováním prostřednictvím veřejné datové sítě zmínit, jsou každému, kdo ji někdy využíval, tolík důvěrně známé „výpadky“. V civilním soudním řízení je v České republice pro zachování lhůty třeba, aby byl úkon učiněn u soudu nebo podání odevzdáno orgánu, který má povinnost je doručit (§ 57 odst. 3 OSŘ). V minulosti již bylo judikaturou řešeno, jak je to aplikací tohoto ustanovení v případě telefaxového podání a tato poměrně jednoznačně vymezila, že „*provozovatel telefaxového spojení není orgánem, který má povinnost podání doručit ve smyslu § 57 odst. 3 o.s.ř. Učiní-li účastník řízení podání telefaxe, je pro posouzení včasnosti takového podání rozhodné, kdy došlo soudu.*“ (srov. např. usnesení NS sp. zn. 26 Cdo 2378/99, ze dne 18. 12. 2000). Obdobně bychom tak mohli dovozovat, že veřejná datová síť není orgánem, který má povinnost podání doručit, a je proto primárně povinností účastníka prověřit si, respektive zajistit, aby jím zaslana zpráva byla soudu nejpozději poslední den lhůty rádně doručena.⁹ Do tohoto výkladu však zasáhl svým nálezem sp. zn. II. ÚS 2560/13 ze dne 20. 5. 2013 Ústavní soud, v němž se vyjádřil tak, že pokud dává soudní řád správní účastníku řízení možnost, aby procesní úkony činil v elektronické formě podepsané elektronicky podle zvláštního zákona, pak není materiálně myslitelné, aby systémové procesy zpracování takového datového přenosu v rámci tohoto doručovacího mechanizmu šly na jeho vrub. Účastník řízení je v každém případě povinen soudu údaj o odeslání takové e-mailové zprávy věrohodným způsobem prokázat, nevyplývá-li již ze samotné přijaté zprávy datum a čas jejího odeslání. S ohledem na stále se prohlubující elektronizaci justice, která se ponejvíce projevuje právě v oblasti doručování, je třeba akcentovat materiální prvek a vyzdvihnout smysl doručování jako

⁸ O to více v situaci, kdy je z podání zřejmé, že odesílatel je právním zástupcem účastníka. Domníváme se však, že by tomu mělo být i v situaci, kdy tento vztah není z podání zřejmý.

⁹ Ostatně stejně judikoval i dne 31. 5. 2011 Krajský soud v Praze ve svém rozhodnutí č. j. 28 Co 148/2011-119, kdy uvedl, že „*doručování e-mailem se děje přes veřejnou datovou komunikační síť, jejiž provozovatel, lze-li o provozovateli hovořit, není orgánem ve smyslu § 57 odst. 3 o.s.ř., který má povinnost podání doručit. V případě, že účastník podání učiní prostřednictvím e-mailu, je pro posouzení včasnosti takového podání rozhodné, kdy došlo adresátovi, nikoli kdy byl e-mail odesílatelem odeslán.*“

takový, a tím tedy i zachování lhůty v případech, kdy tato lhůta po formální a technické stránce již vypršela. Smysl tohoto materiálního rozměru doručování je přitom třeba chápat jako preferenci věcného, meritorního vyřízení (posouzení) věci před jejím ryze procesním skončením tam, kde tomu povaha věci vysloveně nebránila. Tato premisa je potom zpřítomněním ustanovení čl. 90 Ústavy, podle kterého jsou soudy primárně povolány k tomu, aby zákonem stanoveným způsobem poskytovaly ochranu právům, a současně tím v posledku sleduje cíl, aby se ze soudnictví nestalo pouhé „vyřizovačství“, tj. upřednostňuje snahu o pokud možno věcné zhodnocení problému po právní a/nebo faktické stránce, tak, aby bylo ochráněno práv (nejen základních) učiněno zadost.“ Reagoval přitom na případ, ve kterém stěžovatel zaslal soudu kasační stížnost elektronicky dne 3. 6. 2013 ve 23.38, soudu však byla doručena až 4. 6. 2013 v 00.26.56 hodin.

S uvedenými závěry Ústavního soudu se však justiční praxe ne zcela ztotožňuje. Ve svém nedávném usnesení sp. zn. 23 Cdo 3214/2017 ze dne 27. 2. 2018 se Nejvyšší soud zabýval situací, kdy bylo podání účastníka učiněné prostřednictvím e-mailu soudu doručeno 00.00.47 den následující po uplynutí lhůty. Účastník přitom tvrdil, že jej zaslal 23.58. Nejvyšší soud takové podání považoval za opožděné a vypořádal se přitom i s odkazy dovolatele na výše uvedenou judikaturu Ústavního soudu. Odkázal na jiná rozhodnutí Ústavního soudu (např. usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1903/16, ze dne 21. 6. 2016) a shodně s nimi zdůraznil, že *by byl dle jeho názoru popsaný účel lhůt (nejen pro doručování) popřen, pokud by se měl prosadit názor vyjádřený v nálezech sp. zn. II. ÚS 2560/13 a sp. zn. I. ÚS 892/14. Lhůta jako konkrétně vyjádřený časový úsek končí uplynutím okamžiku vymezujícího její konec. Uplynutí lhůty pro podání návrhu tedy nezávisí na následném jednání soudu - zda a kdy se bude tímto návrhem zabývat. Může samozřejmě dojít k situacím, kdy podání bude odesláno či doručeno těsně po uplynutí lhůty, tedy formálně pozdě, ale ještě v době, kdy se jím adresát nestihne zabývat. Ani to však není důvod zavádět materiální hledisko pro posuzování plynutí času, neboť jde o přirozený důsledek plynutí času (první okamžik po posledním včasnému okamžiku je z povahy věci okamžikem pozdním). Hlediskem pro hodnocení okolnosti rozhodných pro posouzení včasnosti podání nemůže být ani pokračující elektronizace justice, pokud se nijak neprojeví v zákonné vymezení rozhodných okolností. Jinými slovy: soud nemůže rozšiřovat zákonodárcem stanovený úplný výčet v § 57 odst. 3 občanského soudního řádu pouze s odkazem na skutečnost, že dochází k elektronizaci justice.“*

Obdobný formální přístup byl zpravidla volen i při stanovování okamžiku zahájení řízení v případě, že byl návrh na zahájení řízení učiněn prostřednictvím veřejné datové sítě a elektronické aplikace určené k podání takového návrhu. V takovém případě je totiž návrh elektronicky dodán nejprve do této elektronické aplikace a až poté na příslušný soud. I když by k tomu mělo docházet v těsné návaznosti na sebe, nejsou vyloučeny případy (ke kterým fakticky dochází), kdy mezi těmito dvěma okamžiky je větší časová prodleva (řádově i dnů). Přitom dle znění § 82 odst. 1 OSŘ (ve znění do novely provedené z. č. 404/2012) bez dalšího platilo, že řízení je zahájeno dnem kdy došel soudu návrh na jeho zahájení. Z toho obecné soudy dovozovaly, že *řízení zahajované na základě elektronického podání je u soudu zahájeno teprve dnem, kdy bylo elektronické podání doručeno na jeho elektronickou podatelnu, s doručením návrhu na elektronickou podatelnu Ministerstva spravedlnosti nejsou spojeny žádné právní účinky* (usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 24. 3. 2011, č. j. 18 Co 239/2010-44) Přitom takový výklad mohl mít pro žalobce značně nepříjemné důsledky spojené např. s možným promlčením či prekluzí práva. Uvedený problém však odstranila novela OSŘ provedená z. č. 404/2012

Sb., kdy do § 82 odst. 1 OSŘ bylo doplněno, že v případě, že je návrh podán prostřednictvím veřejné datové sítě do elektronické aplikace určené k podání návrhu, je řízení zahájeno okamžikem, kdy byl návrh dostupný informačnímu systému určenému k příjmu takového podání.

Dle § 57 OSŘ platí, že lhůta je zachována, je-li posledního dne lhůty učiněn úkon u soudu nebo podání odevzdáno orgánu, který má povinnost je doručit. Doručujícími orgány jsou pak zakotveny v § 48 OSŘ. Doručovacími orgány jsou zejm. soudní doručovatelé, orgány Justiční stráže, soudní exekutoři, provozovatelé poštovních služeb a další tam uvedené. Doručování prostřednictvím veřejné datové sítě není doručováním prostřednictvím doručovacího orgánu, ale zvláštním způsobem doručení (srov. § 45 OSŘ). (Srov. i např. usnesení ÚS ze dne 22. 1. 2009, sp. zn. III. ÚS 2361/08 nebo usnesení ÚS ze dne 20. 7. 2005, sp. zn. I. ÚS 250/05). Zachování lhůty dle § 57 OSŘ tedy není zákonem výslovně s tímto způsobem doručení spojeno. Proto v tomto směru, vycházíme-li z čistě jazykového výkladu daného ustanovení, měli bychom dojít ke stejněmu závěru. Jazykový výklad je však pro dosažení správné interpretace právní normy často nedostačující. Naopak, je třeba užít také teleologického výkladu a zabývat se především tím, jaký je účel analyzovaného ustanovení. Důvodem, proč není účastník civilního soudního řízení již odpovědný za případné průtahy při doručování, pokud písemnost rádně předal k přepravě, je především ochrana práv tohoto účastníka. Cílem zákonodárce bylo poskytnout účastníku jistotu ve věcech tak důležitých, jako je realizace procesních úkonů, aby si byl jist, že pokud poslední den lhůty učiní to, co je třeba, respektive toto předá orgánu, který je povinen jeho úkon soudu předat, učinil tím pro dodržení časového rámce k tomuto úkonu mu poskytnutého zadost. V případě absence veřejné datové sítě v ustanovení § 57 OSŘ, je pak také třeba vyřešit, zda jde o záměr zákonodárce nebo jde o mezeru v zákoně, tj. o jeho neúplnosti. Tj. je třeba zhodnotit, zda je záměrem zákonodárce, že ponechává aplikaci § 57 odst. 3 OSŘ pouze na orgány, které mají povinnost podání doručit, a nerozšířuje ji na veřejnou datovou síť, nebo zda jde spíše o nevědomou mezeru v zákoně, kdy zákonodárce při doplnění doručování prostřednictvím datových schránek zaslání prostřednictvím veřejné datové sítě do ustanovení § 57 nedoplnil. (Podrobněji k výkladu právních předpisů Melzer, 2011).¹⁰

Máme za to, že aktuální stav již spíše nasvědčuje tomu, že se o mezeru v zákoně jedná a je proto postupovat cestou dotváření práva. Tyto naše závěry vycházejí i znázoru, který vyslovil ve svém rozhodnutí Ústavní soud (sp. zn. II. ÚS 2560/13 ze dne 20. 5. 2013). *S ohledem na stále se prohlubující elektronizaci justice, která se ponejvíce projevuje právě v oblasti doručování, je třeba akcentovat materiální prvek a vyzdvihnout smysl doručování jako takový, a tím tedy i zachování lhůty v případech, kdy tato lhůta po formální a technické stránce již vypršela. Smysl tohoto materiálního rozměru doručování je přitom třeba chápát jako preferenci věcného, meritorního vyřízení (posouzení) věci před jejím ryze procesním skončením tam, kde tomu povaha věci vysloveně nebrání* (Shodně i Vacková. In Jirsa a kol., 2014: 422. Víceméně shodně i Jirsa, Pal'ko, Vančurová. In Jirsa a kol., 2014: 304).

Takový výklad je lépe schopen zajistit právní jistotu a legitimní očekávání účastníků řízení. Odesílatel může jen stěží předejít případným technickým problémům, které se při odesílání resp. doručování mohou vyskytnout a které mohou významně ovlivnit dobu, kdy bude písemnost doručena. I z judikatury Ústavního soudu vyplývá, že technické problémy

¹⁰ Podrobněji k výkladu právních předpisů

nemohou jít k tíži odesílatele. (Srov. nález ÚS ze dne 29. 3. 2011, sp. zn. II. ÚS 1911/11. V tomto případě se jednalo o doručení neúplného podání). Jen stěží pak bude soudy prokazováno, jakou dobu doručování ještě mohl odesílatel předpokládat a co už je oním technickým problémem. Nemá ani význam posuzovat, měl-li být odesílatel dostatečně odpovědný a odeslat podání raději deset minut před koncem lhůty namísto např. jedné minuty (jen těžko zde bude soud moci přihlédnout i k jiným okolnostem případu, judikatura soudů by se lišila soud od soudu). Nemá ani význam činit rozdíl mezi jednotlivými způsoby doručování.¹¹

Takový výklad, popř. změna právní úpravy námi uvedenou mezeru odstraňující také zajistí, že bude naplněn základní účel civilního soudního řízení, kterým je zajištění spravedlivé ochrany soukromých práv (§ 1 OSŘ). *Účel civilního procesu je základním východiskem nejen pro legislativní konstrukci civilního řádu soudního, ale také pro jeho interpretaci a aplikaci.* (Lavický, In Lavický, 2016: 5). Formalistický postup soudů nesleduje ani legitimní cíl sledovaný § 57 OSŘ, jímž je plně poskytnout účastníkům celou lhůtu stanovenou zákonem či soudem. Viz i Hromada, In Svoboda, Smolík, Levý, Šínová a kol., 2017: s. 280). Uvedené musí bezmezně platit pro doručování prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky. Stejně tak ale i pro jiné způsoby doručování prostřednictvím veřejné datové sítě, které zákon jako jeden ze způsobů doručování také umožňuje (tedy doručování emailem, ať už se jedná o podání podepsané uznávaným elektronickým podpisem, tj. kvalifikované elektronické podání či bez tohoto podpisu, tj. prosté elektronické podání). Nelze však přihlížet k případným technickým problémům na straně odesílatele. To ani v případě doručování prostřednictvím veřejné datové sítě do datové schránky. (Srov. usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 28. 4. 2011, č. j. 23 Co 162/2011-36: *Podání účastníka je včasné, pokud bylo včas odesláno, ale nebylo soudu doručeno; o takový případ však zásadně nejde v situaci, kdy není odesláno chybou v systému podatele. Technické problémy podatele týkající se funkčnosti systému datových schránek nemohou jít až na výjimky k tíži ostatních účastníků, neboť je odpovědností každého, jakým způsobem zajistí odsílání svých písemností, a doručení úkonu soudu prostřednictvím veřejné datové sítě není jediným možným způsobem podání.* Citováno dle Jirsá a kol., 2014: 422).

ZÁVĚR

Zvyšující se elektronizace justice, resp. civilního soudního řízení s sebou přináší nesporné výhody pro všechny zúčastněné subjekty. Nejmarkantněji se přitom elektronizace civilního soudního řízení projevuje v oblasti doručování, kdy jedním z možných způsobů doručování je i doručování prostřednictvím veřejné datové sítě. Elektronický způsob komunikace mezi soudem a ostatními subjekty zjednoduší průběh řízení a přispívá tak k jeho zefektivnění. Zároveň však s sebou přináší i určité problematické otázky, se kterými je třeba se v rámci judikatorní praxe vypořádat. V článku jsme upozornily pouze na některé z nich.

V některých případech je však postup soudu při řešení vznikajících praktických problémů spojených s doručováním prostřednictvím veřejné datové sítě příliš formalistický. Cíl zákonodárce vytyčený při zavádění prvků elektronizace do civilního

¹¹ I když i zde jsme si vědomy určitých omezení, spočívajících např. v omezení otevírací dobou provozovatele poštovních služeb nebo stanovenou hodinou vybírání schránek.

soudního řízení, kterým má být mj. i zefektivnění ochrany práv účastníků, tak v takových případech není beze zbytku naplněn a ve svém důsledku takový postup zasahuje do práva na spravedlivý proces daných účastníků řízení.

POUŽITÉ PRAMENY

1. FOREJT, A., KORBEL, F. Elektronický platební rozkaz je tu. In: *Bulletin advokacie*, ISSN: 1210-6348, roč. 2008, 2008, č. 7, s. 20-22.
2. DÁVID, R. Elektronizace procesních úkonů. In: *Právní fórum*, ISSN: 1214-7866, roč. 6, 2009, č. 2, s. 57-62.
3. LAVICKÝ, P. Elektronický platební rozkaz?. In: *Právní fórum*, ISSN: 1214-7866, roč. 6, 2009, č. 2, s. 62-71.
4. JIRSA, J. a kol. *Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha I.* Praha: HBT, 2014. 528 s. ISBN 978-80-7552-078-4.
5. LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský soudní řád. Řízení sporné. Praktický komentář.* Praha: Wolters Kluwer, 2016, 1116 s. ISBN 978-80-7478-986-1.
6. MELZER, F. Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, 296 s. ISBN 978-80-7400-382-0.
7. SVOBODA, K., SMOLÍK, P., LEVÝ, J., ŠÍNOVÁ, R. a kol. *Občanský soudní řád. Komentář. 2. vydání.* Praha: C. H. Beck 2017, 1632 s. ISBN 978-80-7400-673-9. Zákon. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.
8. Zákon. č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů.
9. Zákon č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce.
10. NS: Plsn 1/2015
11. ÚS: II. ÚS 3511/16
12. ÚS: II. ÚS 3511/16
13. ESLP ve věci Golder proti Spojenému království č. 4451/70
14. NS: 26 Cdo 2378/99,
15. ÚS: II. ÚS 2560/13
16. KS v Praze: 28 Co 148/2011-119
17. NS: 23 Cdo 3214/2017
18. ÚS: I. ÚS 1903/16,
19. KS soudu v Brně: 18 Co 239/2010-44
20. ÚS: III. ÚS 2361/08
21. ÚS: I. ÚS 250/05
22. ÚS: II. ÚS 1911/11
23. KS: 23 Co 162/2011-36

KONTAKT NA AUTORA

renata.sinova@upol.cz, klara.hamulakova@upol.cz
Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta
tř. 17. listopadu 8
771 11 Olomouc
Česká republika

doc. Olga Anatolevna Ternovaya, PhD.¹

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of
the Russian Federation

The development of competition in the digital economy and globalization².

Abstract

The article is devoted to the research of actual problems of competition development in the conditions of digital economy and globalization. Unfair trade with the use of computer technology, market manipulation, organization of digital cartels – urgent problems that require solutions not only at the national but also at the international level. Antitrust legislation should support and allow for the disclosure of the potential and effectiveness of information developments, while protecting the interests of third parties and consumers. That is why interesting experience of the European Union, which provides for the establishment of standard rules for online contracts for the purpose of simplification and intensification of cross-border e-Commerce, and is also implementing a reform of copyright with the aim of improving the protection of digital content of the participating countries of the EU.

Key words: competition development, antitrust legislation, online contracts, digital economy, Internet trade

JEL Classification: O31

One of the most important indicators of any developed state is its ability to provide a favorable business environment, and the formation of effective antitrust legislation is impossible without taking into account the economic, social and political situation, cultural and national traditions. The new challenges of the digital economy, globalization, the active exit of companies outside the national markets, make us pay attention to the trends of regulation of competitive relations not only at the national but also at the international level. The well-known Russian researcher Yuri A Tikhomirov, rightly notes that in modern conditions it is «international norms that act as a General measure of the

¹ Leading researcher of the department of civil legislation of foreign states, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

² The study was supported by RFBR within the framework of the scientific Project № 16-23-08001 "Criminal and administrative liability of legal entities for violation of competition rules".

assessment of national regulators, and the contractual relations of States involve the harmonization of their legislation where an agreement is fixed in the common interest»³.

In modern conditions, when the development of competition is influenced by the trend of strengthening the role of digital companies, the search for effective tools to regulate competitive relations becomes relevant at the national and international level. In addition, interest in the research topic is caused by the need to implement the task of improving competitiveness in the global market not only in certain sectors of the economy of the Russian Federation, but also in the economy as a whole.

In the strategy of competition development and antitrust regulation in the Russian Federation for the period 2013-2024⁴, competition is defined as the basis for the progressive development of the country, which provides a constant and dynamic introduction of innovative technologies, is the main driver of the evolutionary development of society, generates diversity and ensures the most efficient allocation of resources. At the same time, the protection and development of competition is one of the main directions of the Russian state policy.

On the one hand, these trends are of positive importance and contribute to the further economic and technological progress and the development of competition. Digital companies have a priority in international business, the information technology sector is increasing its share in global GDP, and the development of the digital economy is a key tool for the growth of Russia's competitiveness. To implement the domestic and foreign policy of the Russian Federation in the field of information technology, the Strategy for the development of the information society in the Russian Federation for 2017 - 2030⁵ and The program "Digital economy of the Russian Federation"⁶ were adopted.

On the other hand, the spread of electronic search engines, Internet platforms, etc. is a favorable environment for the Commission of various offenses,⁷ for example, to conduct unfair trade using computer technology, market manipulation, organization of digital cartels, etc. Russian researcher A. ya. Kapustin draws attention to the fact that «if economic entities from the more developed countries of the world penetrate the markets of less developed countries, they can become the bearers of fair competition in its destroyers, and the protectionist policies of underdeveloped countries will not look

³ Yuri A. Tikhomirov. Développement des recherches en droit comparé en Russie. Revue internationale de droit comparé, 2017. № 3, p. 513-524

⁴ "Strategy of development of competition and Antimonopoly regulation in the Russian Federation for the period 2013-2024" (app. The Presidium of the FAS of Russia 03.07.2013). Legal reference system "consultant Plus".

⁵ The decree of the President of the Russian Federation from 09.05.2017 N 203 "About Strategy of development of information society in the Russian Federation for 2017-2030" Official Internet portal of legal information <http://www.pravo.gov.ru>, 10.05.2017, "Meeting of the legislation of the Russian Federation", 15.05.2017, N 20, St. 2901

⁶ The decree of the RF Government from 28.07.2017 N 1632-p «About the approval of the program "Digital economy of the Russian Federation» the Official Internet portal of legal information <http://www.pravo.gov.ru>, 03.08.2017, «Meeting of the legislation of the Russian Federation», 07.08.2017, N 32, p. 5138

⁷ Read more: Hutchinson K. S. Big data and competition law. Right. Journal of Higher school of Economics. №1, 2017. P. 216-245

deviating from the relevant principles, and ensuring their action.⁸» Breaking the rules of competition, developed countries often try to create the most favorable conditions for their companies in the digital sector and to restrict competition to the local companies in third world countries. The situation is complicated by the fact that the «Internet giants» such as Facebook and Google and others concentrate a significant part of the global digital market, and often impose unfair contract terms on the Internet.

In the context of the globalization of international trade and financial markets, the development of the digital economy and the effective use of electronic means cannot be achieved in isolation from the entire world community. That is why the Russian program «Digital economy» pays close attention not only to the domestic mechanisms for the introduction of electronic means, but also to cooperation with partners in the European and Asian-Pacific areas, which are recognized as a priority - regional cooperation in the formats of the EAEU, SCO and BRICS.

Thus, the Russian researcher V. A. Vaypan notes that «among the priority measures that are necessary for the development of the digital economy, it is necessary to include the development of proposals for the formation of basic legal concepts and institutions that provide modern digital civil turnover and determine, including the principles of paperless interaction, the use of an electronic document, an electronic duplicate of the document, an electronic archive, etc. These basic legal concepts and institutions in the field of digital economy will be fixed in the regulatory legal acts.⁹» The United Nations Commission on international trade law (UNCITRAL) has prepared the following documents aimed at elimination of obstacles in using electronic means: the United Nations Convention on the use of electronic communications in international contracts 2005 (from January 6, 2014 at the Convention participates, and Russia), the United Nations Convention on carriage of goods by sea (Hamburg rules) 1978, (Russia does not participate in the Convention), UN Convention on contracts wholly or partly by sea international carriage of cargo (Rotterdam rules) 2008 (Convention not in force), Additional Protocol to the Convention on the contract for the international carriage of goods (CMR) concerning the electronic consignment note 2008, which provides for the possibility of issuing electronic bills of lading and the use of electronic transport records. Russia has acceded to the Additional Protocol to the Convention on the contract for the international carriage of goods by road (CMR), signed in Geneva on 20 February 2008, aimed at simplifying and speeding up the procedure for issuing a contract of carriage by introducing an electronic consignment note.

The development of competition is impossible without effective legislation regulating international trade, so the development of unified rules for the use of electronic means in international trade is an effective legal tool to counter the restrictions of international business. An important measure aimed at combating restrictions in the implementation of international trade and the development of fair competition is the accession of the Russian Federation to the Convention on the contract for the international carriage of goods by

⁸ Kapustin A. Ya. International legal regulation of competition on the universal level: status and prospects. Competition in market economy: limits of freedom and restrictions: monograph / A. A. Amangeldy, O. A. Belyaeva, A. N. Varlamov et al.; resp. edited by A. V. Gabov. M.: Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation, Jurisprudence, 2016. 384 p. legal-reference system Consultant Plus.

⁹ Vaypan V. A. Fundamentals of legal regulation of the digital economy // law and Economics. 2017. N 11. S. 5 - 18.

road (CMR) concerning the electronic consignment note¹⁰, which will help to harmonize the requirements of international road transport, reduce administrative procedures for carriers and create equal conditions for the activities of Russian road carriers in the international market.

The United Nations Commission on international trade law (UNCITRAL) is also constantly working on the preparation of model laws that serve as a model for the adoption of relevant legislation by States and promote the harmonization of legal norms. For example, in the field of «digital economy» were adopted model law on electronic Commerce with Guide to enactment (new York, 1999) and the model law on electronic signatures with Guide to enactment (new York, 2002), which aims to assist States in establishing a modern, consistent and balanced legal framework for effective solution of a question on the legal regime of electronic signatures and give certainty to their status.

Antitrust legislation should support and allow for the disclosure of the potential and effectiveness of information developments, while protecting the interests of third parties and consumers. Interesting experience of the European Union, which provides for the establishment of standard rules for online contracts for the purpose of simplification and intensification of cross-border e-Commerce, and is also implementing a reform of copyright with the aim of improving the protection of digital content of the participating countries of the EU.

A promising area of competition development of the member States of the Eurasian economic Union (EAEU) is the construction of a single digital market of the EAEU, in which the freedom of movement of goods, services, capital and labor is provided, as well as the conduct of a coordinated, coordinated or unified policy in the sectors of the economy. As noted by modern researchers, «the unity of the EU market is provided today by the interrelated effect of negative integration (levelling the barrier function of borders, which abolished many barriers of a different nature and increased competition) and positive integration (which harmonized national standards and norms and unified approaches to the implementation of national economic policy of member States in various fields)»¹¹. In addition, positive foreign experience in developing A strategy for the single digital market for Europe» (Communication A Digital Single Market Strategy for Europe) [4] can be taken into account in the preparation of new proposals for improving the supranational legislation of the EAEU.¹² In this Strategy, a Digital Single Market, DSM is defined as a market that, first, provides free movement of goods, labor, services, capital. Second, as a market in which individuals and businesses can equally access and operate the Internet in a fair competition, with a high level of consumer protection and personal data protection, and regardless of their nationality or location.

¹⁰ Decree of the Government of the Russian Federation of 30 January 2018 № 83 " on the accession of the Russian Federation to the Additional Protocol to the Convention on the contract for the international carriage of goods by road (CMR) concerning the electronic consignment note". ATP consultant Plus.

¹¹ Kondratieva N. B. Competition in the EU: economy, politics, law / N. B. Kondratieva; Institute of Europe RAS. – M.: Rus. souvenir, 2009. - 74 p. - (reports of the Institute of Europe. №248), p. 5

¹² Single digital market strategy for Europe " (Communication A Digital Single Market Strategy for Europe) Official website of the European Union legislation: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192> Brussels, 6.5.2015 COM (2015) 192 final

The main directions of the Strategy are aimed at ensuring better access of consumers and companies to Internet trade throughout Europe, creating fair conditions for the development of IR networks and content services, increasing the growth potential of the European digital economy.

To attract participants to e-Commerce, it is necessary to ensure their trust in each other by developing and applying clear and uniform rules for transactions that are independent of the location of the parties. Participating companies should be aware of the requirements of other EU States, and consumer protection should be provided at the legislative level. The national legislation of the member States of the EU on contracts and consumer protection in the future should be fully harmonized with the uniform rules. Currently, for example, in the EU subject to the General rules in respect of rendered to the consumer before the transaction information.

Protection of the rights of participants in the online trade in the EU is provided by the Directive of the European Parliament and of the Council of the European Union No. 2013/11/EU "On alternative dispute resolution with the participation of consumers" and Rules of the European Parliament and of the Council of the European Union No. 524/2013 "On the settlement of disputes involving consumers online," adopted may 21, 2013. Under the Rules 524/2013 from 21.05.2013 Internet platform for the resolution of disputes valid from 2016, which greatly simplifies the ability of users and entrepreneurs to national authorities competent to consider disputes in the field of Internet trading.

According to Russian researchers, the introduction of online dispute resolution on a special website of the platform deserves the most attention and study, as it opens up new opportunities for e-justice¹³.

Harmonization of the legal approaches of the participating countries of the EAEU was the best norms of the Antimonopoly legislation of the countries participating in the EEU and other foreign countries Model law on competition. It should be recognized that the EEU has managed to achieve significant success in the harmonization of antitrust legislation, as the territories of the EAEU member States have implemented common approaches to the protection of competition and the restriction of monopolistic activities. All this became possible, including, thanks to the adoption of the model law on competition, approved by the decision of the Supreme Eurasian economic Council of October 24, 2013 N 50.

When analyzing the ratio of national and supranational antitrust regulation in the EAEU, one should take into account the explanations of the Large Board of the Court of the Eurasian economic Union of April 4, 2017¹⁴. First, unification in the field of antitrust regulation in the EAEU space is made within the framework of article 76 of the Treaty, as well as the Protocol, which, according to paragraph 2 of article 74 of the Treaty, establish General rules of competition in cross-border markets. Secondly, the EAEU member States cannot change the criteria for the admissibility of vertical agreements established by the Union. Third, the Court established the principle of direct action of the EAEU law, defined the policies implemented within the Union and assessed how possible the term «any product market» is used in national legislation.

¹³ Ermakova E. P., Ivanovskaya N. In.. Online dispute resolution involving consumers in the European Union: documents 2013. Modern law. No. 8. 2014.p. 128-131

¹⁴ Advisory opinion on the statement of the Republic of Belarus on the clarification of the provisions of articles 74, 75, 76 Of the Treaty on the Eurasian economic Union of may 29, 2014.

The study suggests that the development of competition in the context of globalization and the digital economy is impossible without the development and application of unified rules of trade, international treaties, the use of effective legal instruments that operate not only at the national but also at the international level. The evolution of competitive relations forces us to constantly move forward, improving legislation that corresponds to the new economic realities. Analyzing new trends in regulation, Yu. A. Tikhomirov noted that «the crisis in Russia and other countries encourage the effective use of the resources of law. Complex processes in the legal sphere are pushing to study their trends and new vectors»¹⁵. [9] in the sphere of regulation of competitive relations, new national and international regulators are emerging, new laws are being adopted aimed at protecting the rights of consumers and entrepreneurs operating on the Internet.

It is advisable to continue the work on the formation of supranational legislation that will help to improve the competitiveness of companies in the digital space of the EAEU, as well as favorable conditions for access to the digital market of small and medium-sized businesses of the EAEU member States. For the effective functioning of the single market within the EAEU, it is important not only to eliminate barriers to the movement of goods, services, capital and labor, but also to ensure compliance with the General rules of competition in the member States.

CONTACT INFORMATION

ternovaya16@yandex.ru

Institute of Legislation and Comparative Law under
the Government of the Russian Federation
Russia

¹⁵ Tikhomirov Yu.A. Are the new regulation vectors - "other" right? // Journal of Russian law. 2016. N 4. C. 5 - 15.

prof. JUDr. Peter Vojčík, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Jednotný digitálny trh a ochrana duševného vlastníctva

Digital single market and the protection of intellectual property

Abstrakt

Autor sa v článku venuje otázkam jednotného digitálneho trhu vo vzťahu k právam duševného vlastníctva, ktoré významou mierou sa podielajú na realizácii zámerov jednotného digitálneho trhu. Poukazuje na normy v tejto oblasti a zmenám, ktoré v dôsledku európskej úpravy v právnej úprave autorského práva ako aj priemyselných práv v Slovenskej republike v poslednom období. Rozoberá aj zmeny, ktoré nastali v právnej úprave obchodného tajomstva v Obchodnom zákonníku v dôsledku prijatia smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 2016/943 a to aj zmeny ktoré sú procesného charakteru. Stručne poukazuje na podstatné zmeny v novom autorskom zákone a v zákone o ochranných známkach. Samostatná časť je venovaná aktuálnym otázkam prípravy legislatívy pre zavedenie jednotného patentu a jednotného patentového súdu, pričom poukazuje aj na ústavnoprávne otázky s tým spojené.

Kľúčové slová: digitálny trh, autorské právo, právo duševného vlastníctva

Abstract

The author focuses on the issues of a Digital single market in relation to Intellectual property law that contribute significantly to the realization of the goals of the Digital single market. Author points to the standards in this field and the changes that have been made since the European legislation on copyright law and industrial law in the Slovak Republic has recently been made. The author also discusses the changes that have occurred in the business confidentiality in the Commercial Code as result of the adoption of the European Parliament and Council (EU) No. 2016/943, including changes that are of a procedural nature. The author briefly points to a substantial change in the new copyright law and the trademark law. The separated part is devoted to the current issues of legislative preparation for the introduction of a unitary patent and a single patent court, while pointing to the constitutional issues associated with it.

Key words: digital market, copyright law, intellectual property law

JEL Classification: O34

ÚVODNÉ POZNÁMKY

Vytvorenie jednotného digitálneho trhu v Európe má za cieľ zabezpečiť rovnaký prístup k výrobkom a službám, vytvárať vhodné prostredie pre dynamické a bezpečné online inovačné systémy v Európe s cieľom zaistíť, aby mohol každý európsky občan, podnik a verejná správa dôverovať online službám a využívať prínosy digitálnej revolúcie.

EÚ sa usiluje o uskutočnenie jednotného trhu s výrobkami a službami na celom svojom území a logicky tak aj v rámci jednotného digitálneho trhu dochádza k realizácii rovnakého cieľa v digitálnej sfére, a to vďaka odstráneniu regulačných bariér. Odhliadnuc od súčasných 28 vnútrostátnych trhov EÚ, ide o harmonizovanú a integrovanú európsku oblasť bez prekážok, ktoré by bránili vo využívaní digitálnych a online technológií a služieb.

Jednotný digitálny trh, teda sektor zahŕňajúci digitálny marketing, elektronický obchod a telekomunikácie, je ucelený priestor, v ktorom môžu ľudia a podniky obchodovali, inovaovať a spolupracovať legálne, bezpečne a za priateľnú cenu, čo im ulahčuje život.¹

Táto krátka citácia z oficiálnych zdrojov postačuje na to, aby sme odôvodnili aktuálnosť problematiky, ktorá je predmetom nášho skúmania a poukázali na dôležitosť ochrany duševného vlastníctva a v tej súvislosti aj na nekalosúťažné nebezpečenstvo ktoré práve v dôsledku digitálnych prostriedkov nadobúda značné rozmary, je agresívne a má okamžitý dopad na celé územie EÚ.

Jednotný digitálny trh sa dotýka viacerých oblastí práva, ale veľmi úzko súvisí s právami duševného vlastníctva. Nie iba ochranné známky, označenia pôvodu výrobkov, ale aj legislatíva o autorských právach súvisí s jej kommerčnou stránkou.

Ľudia, firmy, spoločnosti, veľké korporácie sa od nepamäti pokúšali a pokúšajú získať si v rámci trhu a konkurencie dobré a výhodné postavenie. Snaha o prezentáciu výrobkov a služieb je základom úspechu a predajnosti, čo je v konečnom dôsledku základom pre zvyšovanie zisku.

Počítače a celkovo IT technológie otvorili obrovskú bránu pre komunikáciu a pre informatizáciu celej spoločnosti. Predovšetkým možnosť využívania internetu a iných komunikačných digitálnych technológií je základom pre celý elektronický obchod, ale hlavne pre propagáciu produktov a služieb súčasne na celom trhu v rámci EÚ.

Neustála konkurencia medzi výrobcami a ich výrobkami, boj o zákazníka a boj o čo najlepšie postavenie na trhu je priam živou pôdou aj pre nekalosúťažné praktiky a porušovanie pravidiel poctivého obchodného styku.

1. JEDNOTNÝ TRH – JEDNOTNÁ OCHRANA DUŠEVNÉHO VLASTNÍCTVA

Hlavným právnym nástrojom pre propagáciu, reklamu tovarov či služieb v rámci trhu ako takého, sú predovšetkým predmety duševného vlastníctva. Prostredníctvom ochranných známok, obchodných mien, označení pôvodu výrobkov, log či doménových mien, sa snažia účastníci hospodárskej súťaže získať na trhu svoje postavenie a získať si odberateľov (spotrebiteľov). V rámci jednotného trhu je dôležitá aj ochrana dizajnov,

¹ <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/digital/sk/#what-is-digital-single-market>

patentov či autorských diel, ale aj umeleckých výkonov, zvukových a zvukovoobrazových záznamov a vysielaných programov.

Z významnej funkcie práv duševného vlastníctva, a hlavne z jej ekonomickej, vyplýva aj veľká pozornosť zo strany EÚ prematike právam duševného vlastníctva. Je tu snaha o celoeurópsku reguláciu právnych predpisov. V oblasti práva duševného vlastníctva máme celý rad smerníc, ale aj nariadení, ktoré sú súčasťou nášho právneho poriadku.

V tejto súvislosti treba spomenúť, že v rámci EÚ nad rámec práv duševného vlastníctva platí aj Nariadenie Rady (ES) č. 509/2006 o **zaručených tradičných špecialitách**, ktoré upravuje vytvorenie osobitného registra zaručených tradičných špecialít poľnohospodárskych výrobkov a potravín, čo umožňuje, aby si mohli jednotlivé krajinu zapísť do registra názvy poľnohospodárskych výrobkov alebo potravín, ktoré sú pre danú krajinu typické. Prihlásiť na registráciu môžu spoločne aj viaceré krajinu. Takýmto príkladom je spoločné prihlásenie Českej republiky a Slovenska zaručenej tradičnej špeciality „špekačky“ alebo aj „Spišské párky“. Označenie "zaručená tradičná špecialita" sa nevzťahuje na konkrétné miesto výroby, ale poukazuje na charakteristické ingrediencie i spôsob výrobných procesov. Je preto potrebné odlišovať zaručené tradičné špeciality od ochranných známok či označenia pôvodu výrobkov a zemepisného označenia výrobkov.

O zápis do registra zaručených tradičných špecialít môže požiadať len združenie výrobcov alebo spracovateľov pracujúcich s tým istým poľnohospodárskym výrobkom alebo potravinou bez ohľadu na jej právnu formu alebo zloženie. Táto registrácia však nemá nič spoločné s právami na označenie.

Právna úprava duševného vlastníctva v Slovenskej republike je od vstupu do EÚ v súlade s normami EÚ a neustále dochádza k ďalšej implementácii smerníc, ale i naradení do právnych predpisov upravujúcich duševné vlastníctvo.

V poslednom období došlo k zásadným zmenám v oblasti práva duševného vlastníctva v Slovenskej republike. Nová úprava je zavedená dvomi rozsiahlymi normami. Je to predovšetkým **nový autorský zákon** – zákon č. 185/2015 Z.z., ktorý nadobudol účinnosť dňa 1.1.2016. Tento autorský zákon však bude musieť doplniť či zmeniť, a to v dôsledku pripravovanej novej smernici EÚ.

Pre oblasť priemyselného vlastníctva je významným zákon č. 242/2017 Z.z. ktorým sa zmenil zákon č. 435/2001 Z.z. o patentoch, dodatkových ochranných osvedčeniaciach (**patentový zákon**) a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Týmito zákonmi ktoré boli novelizované sú zákon č. 444/2002 Z.z. o **dizajnoch**, ďalej zákon č. 517/2007 Z.z. o **úžitkových vzoroch**, ďalej zákon č. 506/2009 Z.z. o **ochranných známkach**, a zákon č. 145/1995 Z.z. o správnych poplatkoch. Pre zjednodušenie budeme v texte používať pre označenie zákona č. 242/2017 Z.z.. Tento zákon nadobudol účinnosť dňa 1.1.2018, s tým že niektoré ustanovenia nadobúdajú účinnosť až od 1.1.2019.

1.1. Nová smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 2016/943 o ochrane nesprístupneného know-how a obchodných informácií (obchodného tajomstva)

V súvislosti s prijatím smernice **Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 2016/943 o ochrane nesprístupneného know-how a obchodných informácií (obchodného tajomstva)**, (ďalej v texte – smernica o obchodnom tajomstve) došlo k novelizácii Obchodného

zákoníka (zákon č. 513/1991 Zb. v znení neskorších predpisov- v texte aj OBZ) a to zákonom č. 264/2017 Z.z.

Názov uvedenej smernici, podľa nášho názoru, je dosť zmätočný a na prvý pohľad akoby nebol rozdiel medzi know-how² a obchodným tajomstvom. Obchodné tajomstvo v zmysle doterajšej úpravy, ale aj do budúcnosti treba vnímať ako jeden zo spôsobov ochrany duševného vlastníctva, pričom najčastejšie to bude know-how. Nemožno však vylúčiť, aby sa prostredníctvom obchodného tajomstva chránili aj iné predmety duševného vlastníctva ako napr. počítačové programy, na ktoré sa vzťahuje autorskoprávna ochrana, prípadne aj iné autorské diela. Ako obchodné tajomstvo možno chrániť aj databázy, a to ako autorské tak aj neautorské databázy (§ 135 a nasl. AZ). Obchodným tajomstvom teda môžu byť aj také nehmotné statky, ktoré nie sú know-how. Z tohto pohľadu je dôležitá veta v článku (4) úvodných ustanovení vyššie uvedenej smernice o obchodnom tajomstve : „Obchodné tajomstvo je jednou z najčastejších používaných foriem ochrany duševnej tvorby a inovačného know-how“. Tým sa deklaruje aj v smernici to, čo sme vyššie uviedli.

V dôsledku uvedenej smernice o obchodnom tajomstve, ako sme uviedli došlo v Slovenskej republike k novelizácii Obchodného zákonníka. Pojem obchodné tajomstvo vymedzený v § 17 ods. 1 OBZ sa nezmenil, iba namiesto pojmu podnikateľ sa zaviedol pojem majiteľ obchodného tajomstva.

Do § 17 OBZ sa doplnili nové ustanovenia a to ods. 2 až 4. V ods. 4 sa konstatouje, že „tovar porušujúci právo k obchodnému tajomstvu je tovar, ktorého návrh, vlastnosti, fungovanie, výrobný proces alebo uvedenie na trh má podstatné výhody z obchodného tajomstva, ktoré bolo porušené“. Problémom je tu použitie pojmu "podstatným spôsobom“. V smernici (Článok 2 ods. 4) je uvedené: ... „má významný prospech z obchodného tajomstva“. Pojem podsstatný dáva priestor na rôzne výklady. Ďalším problémom je to, že podstatné výhody nemá len tovar. Podstatné výhody získava ten, kto obchodné tajomstvo porušil, či zneužil. Okrem toho sa obchodné tajomstvo netýka iba výrobkov ale aj služieb. Ďalej problémom je to, že zákonodarca definuje výrobok porušujúci obchodné tajomstvo.

Podľa nášho názoru ak sa neoprávnene využilo obchodné tajomstvo v akejkoľvek súvislosti, musí niesť ten kto neoprávnene obchodné tajomstvo využil, zodpovednosť. Preto je ustanovenie § 17 ods. 4 OBZ akoby nadbytočným a zbytočne komplikovaným. Tu by úplne postačila úprava v § 20 OBZ . Tá sa však po novele z nepochopiteľných príčin zmenila a vynechala sa zásadný odkaz na ustanovenia o nekalej sút'aži. V platnom znení § 20 sa uvádzia: „Proti porušeniu alebo ohrozeniu práva na obchodné tajomstvo prislúcha majiteľovi obchodného tajomstva právna ochrana.“ Slová v pôvodnej vete „**ako pri nekalej sút'aži**“ sa vynechali. Avšak do úpravy o právnych prostriedkoch na ochranu nekalej sút'aže sa doplnilo nové ustanovenie § 55a OBZ, podľa ktorého sa všeobecne ustanovenia o právnych prostriedkoch ochrany proti nekalej sút'aži použijú sa na ochranu obchodného tajomstva .

Vo všetkých ustanoveniach v Obchodnom zákonníku sa pojem podnikateľ zmenil na majiteľ obchodného tajomstva. Z toho vyplýva aj záver, že obchodné tajomstvo sa nemusí týkať iba podnikateľského subjektu.

² K pojmovým znakom know-how pozri aj VOJČÍK, Peter et al. *Právo duševného vlastníctva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. s. 322 a nasl.

V novom ustanovení (§55b OBZ) sa pomerne podrobne zakotvili neodkladné opatrenia vo veciach obchodného tajomstva. V prvom rade treba uviesť, že táto úprava je v časti o právnych prostriedkoch o ochrane nekalej súťaže ale úprava neodkladných opatrení sa týka iba obchodného tajomstva. Okrem toho je podľa nášho názoru úprava zbytočne podrobňa a mnohé otázky sú upravené v CSP (§ 324 a nasl.).

Úplne novým inštitútom, ktorý patrí do procesného práva, je v § 55 c OBZ upravené „**nápravné opatrenie**“. Podľa nášho názoru každé súdne rozhodnutie v ktorom sa rozhodne o porušení akéhokoľvek práva a o následkoch z toho vyplývajúcich sleduje nápravu a sú to teda nápravné opatrenia. Každá žaloba sleduje nápravu ohrozených alebo porušených práv, čo musí žalobca preukázať. To čo je uvedené v § 55 c OBZ sú vlastne spôsoby rozhodovania súdu. Bolo potrebné citlivejšie implementovať uvedenú smernicu, a účel a obsah smernice dosiahnuť doplnením už existujúcej právnej úpravy.

1.2. Autorské právo

Aj v oblasti autorského práva bolo priyatých pomerne veľa smerníc, ktoré boli postupne implementované do nášho autorského zákona. Od 1.6.2016 platí autorský zákon č. 185/2015 Z.z. (v texte aj AZ).

Jedna z posledných bola prijatá **Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1564** z 13. septembra 2017 o určitých povolených spôsoboch použitia určitých diel a iných predmetov ochrany chránených autorským právom a s ním súvisiacimi právami v prospech osôb, ktoré sú nevidiaci, zrakovo postihnuté alebo postihnuté inou poruchou čítania, a o zmene smernice 2001/29/ES o zosúladení niektorých aspektov autorských práv a s nimi súvisiacich práv v informačnej spoločnosti (Ú.v. EÚ L 242, 20.9.2017)." ktorá sa premietla do novely Autorského zákona – zákon č. 215/2018 Z.z. ktorou sa doplnil Autorský zákon o ďalšiu záknonnú licenciu v § 46a, na použitie diela pre potreby osôb s poruchou čítania. Táto novela nadobúda účinnosť dňa 11.októbra 2018.

Poukážme aj na **nariadenie EP a Rady (EÚ) 2017/1128** zo 14. júna 2017 o cezhraničnej prenosnosti online obsahových služieb na vnútornom trhu EÚ, a ktoré v celej EÚ platí od 20.3.2018. V oblasti autorského práva ide o prvý nariadenie vôbec. Dopolnil bola táto oblasť harmonizovaná výlučne smernicami. Ide o prvú iniciatívu Európskej komisie v oblasti modernizácie a reformy režimu autorského práva Európskej únie. Prijatie uvedeného nariadenia vyplývajú zo Stratégie pre jednotný digitálny trh a z Oznámenia Európskej komisie Európskemu parlamentu, Rade, Hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov s názvom „Smerom k modernému, európskejšiemu rámciu autorského práva“.

Podľa tohto nariadenia spotrebiteľ ako užívateľ služby, ktorý získal prístup k online službe v členskom štáte svojho pobytu, by ju mal možnosť využívať aj v inom členskom štáte vtedy, keď tam dočasne vycestuje. Ide o služby ktoré sú v jednej krajine už zaplatené, poskytujúce informácie, ale aj filmy, hudbu, e-knihy a ktoré z inej krajiny už prístupné nie sú.

Vo všeobecnosti sa v rámci EU volá po zjednotení a reforme autorského práva. Je potrebné prispôsobiť autorské právo digitálnemu veku. Avšak **pripravovaná nová smernica o autorskom práve** vyvoláva protichodné reakcie.

Európsky parlament odložil hlasovanie o novej smernici pre politické nezhody už dvakrát. Nová legislatíva ich má zmodernizovať, prispôsobiť technologickému pokroku 21. storočia a ustanoviť pravidlá výnimiek a obmedzení ich ochrany.

K prebiehajúcemu procesu rámci Európskeho parlamentu zaznela požiadavka že pripravované návrhy na reformu autorských práv v EÚ, ktorej cieľom je prispôsobiť súčasné pravidlá digitálnemu veku, musia zaistiť spravodlivú rovnováhu medzi právami a záujmami tvorcov a spotrebiteľov. Okrem toho poslanci v ňom vyzvali na zlepšenie cezhraničného prístupu k dielam na internete, zároveň však žiadajú zohľadniť význam územných licencií, a to najmä v súvislosti s televíznou a filmovou produkciou. Podľa nášho názoru bude potrebné riešiť aj licencie na športové prenosy a iné.

Pôvodne v návrhu bola aj úprava, podľa ktorej by malo byť komerčné využívanie fotografií či videozáZNAMOV budov a umeleckých diel, ktoré sú trvalo umiestnené na verejných miestach, viazané na predchádzajúci súhlas autorov alebo nimi splnomocnených osôb, a podporili by tak zachovanie súčasného stavu. Podľa dnes platných pravidiel majú členské štáty možnosť zakotviť alebo nezakotviť do svojich vnútrostátnych predpisov klauzulu o tzv. slobode panorámy, ktorá umožňuje využívanie takýchto reprodukcií bez predchádzajúceho súhlasu autorov.

Ozývali sa aj hľasy, že smernica o autorských právach bude hrozbou pre online encyklopédie, spravodajské portály. Výbor Európskeho parlamentu pre právne záležitosti oponoval spravodlivosťou, aby každý umelec, interpret a autor dostal zaplatené za svoje dielo.

Vlnu nevôle vyvolávali aj požiadavky na prevádzkovateľov webových stránok, aby sledovali obsah chránený autorskými právami a pri linkovaní na cudzie stránky platili ich tvorcom za obsah. Smernica EÚ napokon nebola schválená a má byť predmetom rokovania na jeseň 2018.

Na záver tejto časti by sme radi upozornili na niektoré **zmeny** ktoré nastali **v autorskom práve** pro prijatí nového autorského zákona v porovnaní s predchádzajúcou úpravou.

- Do vymedzenia pojmu dielo (§ 3 ods. AZ) sa doplnilo, že musí ísiť o jedinečný výsledok tvorivej duševnej činnosti autora. Možno, že by vhodnejšie bolo uviesť, že je to originálny výsledok tvorivej duševnej činnosti autora.
- Rozšíril sa okruh diel, na ktoré sa nevzťahuje autorskoprávna ochrana (§5 písm.c./g/a h/). Za predmet autorského práva sa teda nepovažuje územnoplánovacia dokumentácia dielu tradičnej ľudovej kultúry a výsledok súdneho znalca, súdneho tlmočníka alebo súdneho prekladateľa (v zmysle zákona č. 382/2004 Z.z. v znení neskorších predpisov o znalcoch, tlmočníkoch a prekladateľoch).
- Pôvodne bolo medzi výhradnými osobnostnými právami uvedené aj právo na autorský dohľad a právo na autorskú korektúru. V platnom autorskom zákone sa to zazotvilo do § 75 AZ v ktorom je úprava licenčnej zmluvy na vydanie diela. Autorský dohľad je upravený v § 33 ods. 8 s tým, že zhотовiteľ stavby, ktorá je vyjadrením architektonického diela, je povinný umožniť autorovi tohto diela dohľad nad zhrozením stavby, ak o to autor požiada a nie je to v rozpore s oprávnenými záujmami zhотовiteľa stavby.
- V úprave vzťahu autorského práva a vecných práv je novým § 33 ods. 9 podľa ktorého vlastník veci alebo iný užívateľ veci, prostredníctvom ktoréj je dielo vyjadrené a ktorá je originálom diela umiestneným na verejnem priestranstve, je

povinný v primeranej lehote pred jej zničením alebo trvalým premiestnením informovať autora o zámere zničiť alebo trvalo premiestniť túto vec. Ak nie je autor známy, nemožno ho určiť alebo ho nemožno nájsť, vlastník veci alebo iný užívateľ veci informuje o tomto zámere príslušnú organizáciu kolektívnej správy.

- Z hľadiska postmortálnej ochrany by bolo vhodné do § 18 ods. 4 doplniť, úpravu aká je v Autorskom zákone v ČR (§ 11 ods. 5 zákona č. 121/2000 Sb. ktorý bol doplnený zákonom č. 102/2017 Sb.), že ochrany sa môže domáhať i po zániku majetkových práv osoba blízka autorovi, právnická osoba združujúca autorov alebo príslušný kolektívny správca. V našom autorskom zákone takáto úprava chýba.
- Zmenená je aj úprava zákonnej licencie na použíte diela formou citácie. V predchádzajúcim autorskem zákone č. 618/2003 Z.z. bola úprava v § 25 nasledovná :

„Bez súhlasu autora možno použiť krátku časť zverejneného diela vo forme citácie v inom diele len na účel recenzie alebo kritiky tohto zverejneného diela alebo na vyučovacie účely, vedeckovýskumné účely alebo umelecké účely. Takéto použitie musí byť v súlade so zvyklosťami a jeho rozsah nesmie presiahnuť rámec odôvodnený účelom citácie. Pri citácii sa musí uviesť meno autora alebo jeho pseudonym, ak nejde o anonymné dielo, alebo meno osoby, pod ktorej menom sa dielo uvádza na verejnosti, ako aj názov diela a prameň. Za takéto použitie nevzniká povinnosť uhradiť autorovi odmenu.“

V súčasnosti platný Autorský zákon upravuje citácie v § 37 takto : „*Do autorského práva nezasahuje osoba, ktorá bez súhlasu autora použije formou citácie zverejnené dielo alebo jeho časť **najmä** na účel recenzie alebo kritiky tohto diela. Použitie diela alebo časti diela musí byť v súlade so zvyklosťami a jeho rozsah nesmie presiahnuť rámec odôvodnený účelom citácie.*“
- Medzi zákonné licencie v § 38 AZ sa doplnila ďalšia podľa ktorej do autorského práva nezasahuje osoba, ktorá bez súhlasu autora použije dielo na účel karikatúry, parodie alebo pastiša (napodobenia), a to spôsobom, ktorý nevyvoláva nebezpečenstvo zámeny s pôvodným dielom.
- V § 76 je zakotvená verejná licencia, podľa ktorej autor môže ponúknut' udelenie licencie aj právnym úkonom smerujúcim voči neurčitým osobám. Konanie, z ktorého možno vyvodiť súhlas s podmienkami licencie, je prijatím takejto ponuky. Autor môže takto udeliť nadobúdateľovi licenciu výslovne aj na spôsob použitia diela, ktorý nie je v čase uzavretia licenčnej zmluvy známy. Verejnú licenciu možno udeliť len ako nevýhradnú a bezodplatiť a nemožno ju vypovedať. Takúto formu udeľovania licencie možno využiť najmä v on-line prostredí, predovšetkým na počítačové programy.
- V § 90 AZ došlo k precizovaniu a doplneniu úpravy zamestnaneckého diela. Dôležitým doplnením je právo zamestnávateľa na dokončenie, zmenu diela alebo iný zásah do diela. V zmysle § 90 ods. 9 ak zamestnávateľ nevykonáva majetkové práva k zamestnaneckému dielu vôbec alebo ich vykonáva nedostatočne, má autor

právo požadovať, aby mu zamestnávateľ udelil za obvyklých podmienok licenciu na použitie zamestnaneckého diela. Zamestnávateľ nie je povinný licenciu podľa prvej vety udeliť, ak je to v rozpore s jeho oprávnenými záujmami alebo je na strane zamestnávateľa iný závažný dôvod na odmietnutie udelenia takejto licencie.³

1.3. ZNÁMKOVÉ PRÁVO

Ochranné známky patria k najstarším predmetom práv na označenie. Právna regulácia známkového práva je zo strany EÚ pomerne intenzívna. Je to pochopiteľné, nakoľko ochranné známky sú významným právnym prostriedkom rozvoja obchodu a služieb, nástrojom rozlišovania výrobkov a služieb od rôznych subjektov, pričom voľný pohyb tovarov a služieb v rámci EÚ túto jeho funkciu ešte znásobuje.

Okrem národných ochranných známok a medzinárodných ochranných známok v rámci EÚ máme aj ochranné známky EÚ (predtým ochranné známky spoločenstva). Dňa 16. júna 2017 bolo v Úradnom vestníku EÚ publikované nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1001 zo 14. júna 2017 o ochrannej známke Európskej únie (kodifikované znenie).

Je teda daná možnosť získať v jednom konaní pred Úradom Európskej únie pre duševné vlastníctvo (EUIPO)⁴, ktorý má sídlo v Španielskom Alicante, ochrannú známku platnú na celom území EÚ.

V preambule tohto nariadenia sa uvádzá, že je žiaduce podporovať v celej Únii harmonický rozvoj hospodárskych aktivít a plynulé a vyvážené rozširovanie ustanovením vnútorného trhu, ktorý bude riadne fungovať a poskytovať podmienky, ktoré sú podobné podmienkam dosiahnutým na národnom trhu. V snahe vytvoriť trh takéhoto typu a pretvárať ho čoraz viac a viac na spoločný trh by sa mali nielenže odstrániť bariéry voľného pohybu tovaru a služieb a zaviesť opatrenia, ktoré zabezpečia, že nedôjde k deformácii hospodárskej súťaže, ale navyše by sa mali vytvoriť právne podmienky, ktoré umožnia podnikom prispôsobiť svoje aktivity rozsahu Únie, či už pri výrobe alebo distribúcii tovarov, alebo pri poskytovaní služieb. Na tieto účely musia ochranné známky, ktoré umožňujú rozlišovanie výrobkov a služieb podnikov identickým spôsobom v rámci celej Únie, bez ohľadu na hranice, figurovať medzi právnymi nástrojmi, ktoré budú mať podniky k dispozícii.

Novelizované nariadenie je aplikovateľné v celej EÚ od októbra 2017. Prináša viaceré a pomerne významné zmeny. Predovšetkým sa zmenilo vymedzenie označení, ktoré môžu tvoriť ochrannú známku EÚ.

V zmysle čl.4 : „Ochrannú známku EÚ môžu tvoriť akékoľvek označenia, najmä slová vrátane osobných mien, alebo kresby, písmená, čísllice, farby, tvar tovaru alebo obalu tovaru alebo **zvuky** za predpokladu, že tieto označenia sú spôsobilé:

- a) rozlíšiť tovary alebo služby jedného podniku od tovarov alebo služieb iných podnikov a
- b) byť vyjadrené v registri ochranných známok Európskej únie spôsobom, ktorý

³ K novej úprave zamestnaneckých vynálezov pozri : BAČÁROVÁ, Renáta. *Tvorivost zamestnancov a ich odmeňovanie z pohľadu zmien v Slovenskom patentovom práve*. IN : Revue pro právo a technologie. MU Brno 2017, ročník 8 číslo 16, s. 3 a nasl.

⁴ Do 22.3.2016 sa tento úrad nazýval Úrad pre harmonizáciu a rozvoj (OHIM).

príslušným orgánom a verejnosti umožňuje jednoznačne a presne určiť predmet ochrany poskytnejte majiteľovi ochranej známky⁵.

Podľa Čl. 5 majiteľom ochranej známky EÚ môže byť každá fyzická alebo právnická osoba vrátane subjektov verejného práva.

Úplnou novinkou je zavedenie Certifikačných ochranných známok (Čl. 83 a nasl.). Certifikačná známka EÚ je ochranná známka EÚ, ktorá sa za takú označí pri podaní prihlášky známky a ktorá je spôsobilá rozlísiť tovary a služby certifikované majiteľom známky v súvislosti s materiálom, spôsobom výroby tovarov alebo poskytovania služieb, kvalitou, presnosťou alebo inými vlastnosťami s výnimkou zemepisného pôvodu od tovarov a služieb, ktoré takto certifikované nie sú. Certifikačná ochranná známka EÚ sa v podstate týka záruky osobitných vlastností určitých tovarov a služieb.

Takouto ochrannou známkou sa potvrzuje, že tovary a služby označené touto ochrannou známkou vyhovujú danej norme stanovenej v pravidlach používania a kontrolované v rámci zodpovednosti majiteľa certifikačnej známky

Novelizácia nášho známkového zákona, ktorá sa uskutočnila zákonom č. 242/2017 Z.z. čiastočne implementovala Smernicu Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/2436 zo 16. decembra 2015 o aproximácii právnych predpisov členských štátov v oblasti ochranných známok (Ú. v. EÚ L 336, 23.12.2015).

S účinnosťou od 1.1.2018 nadobudla účinnosť novela zákona o ochranných známkach – zákon č. 506/2009 Z.z. (v texte aj ZOZ), ktorá bola vykonaná zákonom č. 242/2017 Z.z. v rámci, ako sme už vyšie uviedli, komplexnej novelizácie predpisov práv priemyselného vlastníctva. Niektoré ustanovenie zákona, na ktoré ďalej upozorníme, nadobúdajú účinnosť až 1.1.2019.

Poukážeme na niektoré podstatné zmeny :

- Doplnil sa § 7a, podľa ktorého sa za majiteľa ochranej známky považuje právnická osoba alebo fyzická osoba zapísaná ako majiteľ v registri, **ak súd nerozhodne inak**. Zákon teda zvýrazňuje už známu skutočnosť, že o majiteľovi môže rozhodnúť súd.

Dalej sa do § 7b ZOZ doplnila úprava o spolumajiteľovi ochranej známky. Zaviedli sa rovnaké pravidlá ako u spolumajiteľov patentu. To znamená, že každý zo spolumajiteľov môže používať ochrannú známku alebo podať žalobu na ochranu práv a môže disponovať so svojim podielom. Na uzavretie licenčnej zmluvy k ochranej známke je potrebný súhlas všetkých spolumajiteľov. Tak ako je tomu u spoluľastníkov patentu aj tu zákon rieši ak spolumajiteľ (fyzická alebo právnická osoba) nemá právneho nástupcu.

- Ak bola zásahom do práv majiteľa ochranej známky spôsobená škoda, majiteľ ochranej známky má právo na jej nahradu vrátane uslého zisku. Ak bola zásahom do jeho práv spôsobená nemajetková ujma, majiteľ ochranej známky má právo

⁵ Čl.4 NARIADENIA EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY (EÚ) 2017/1001 zo 14. júna 2017 o ochranej známke Európskej únie (kodifikované znenie)

na primerané zadostučinenie, ktorým môže byť aj peňažné plnenie. Rovnako môže uplatniť aj právo na vydanie bezdôvodného obohatenia. Všetky tieto nároky sa uplatňujú v zmysle podmienok, ktoré stanovuje Občiansky zákonník.

Ak by došlo k zásahu do práv prihlasovateľa, ktorý sa uskutočnil po zverejnení prihlášky, je možné domáhať sa práv až odo dňa, od ktorého nastávajú účinky zápisu ochrannej známky. Tým sa zvýraznila aj ochrana práv z prihlášok ochranných známok a zakotvenie doby, od ktorej sa možno domáhať náhrady majetkovej či nemajetkovej ujmy.

- Pre uplatnenie majetkových práv v dôsledku porušenia práv majiteľa ochrannej známky (resp. už aj prihlasovateľa) platia osobitné premlčacie lehoty. Právo na náhradu škody alebo právo na primerané zadostučinenie v peniazoch sa premlčí za **tri roky** odo dňa, keď sa majiteľ ochrannej známky dozvie o škode alebo o nemajetkovej ujme a o tom, kto za ňu zodpovedá (subjektívna lehota) s tým, že pri uplatnení práv podľa odseku 3 nedôjde k premlčaniu skôr ako za tri roky odo dňa, od ktorého nastávajú účinky zápisu ochrannej známky. Najneskôr sa právo na náhradu škody alebo právo na primerané zadostučinenie v peniazoch premlčí za päť rokov, a ak ide o škodu alebo o nemajetkovú ujmu spôsobenú úmyselne, za desať rokov odo dňa, keď došlo k zásahu do práv , alebo odo dňa, od ktorého nastávajú účinky zápisu ochrannej známky, podľa toho, ktorá z týchto skutočností nastane neskôr (objektívna lehota).
- V § 51 ods. 9 ZOZ sa upravuje inštitút prerusenia konania pred úradom z dôvodu konania o predbežnej otázke prebiehajúceho pred súdom alebo iným príslušným orgánom verejnej moci. Častou predbežnou otázkou môže byť platnosť právnych úkonov, ktoré sa zapisujú do registra ako je napr. zmluva o prevode ochrannej známky, licenčná zmluva, záložná zmluva alebo tiež určenie, kto je majiteľom či spolumajiteľom ochrannej známky. Úrad rozhodne o prerusení konania procesným rozhodnutím, proti ktorému nie je prípustný opravný prostriedok - rozklad.
- V súvislosti s ochranou práv môžeme spomenúť aj ochranu v súvislosti s prevodom ochrannej známky. V tejto súvislosti sa do právnej úpravy (§ 17 ods. 3 a § 18 ods. 3 ZOZ) dopĺňa možnosť nadobúdateľa ochrannej známky (nového majiteľa) podať žiadosť o obnovu zápisu ochrannej známky a to ešte predtým, ako podal žiadosť o zápis prevodu (prechodu) ochrannej známky do registra. A tak sa aj zmenilo ustanovenie § 22 ods. 2 ZOZ, ktoré vymedzuje okruh osôb oprávnených na podanie žiadosti o obnovu zápisu ochrannej známky. Je tam uvedený nie iba je majiteľ ochrannej známky ale aj záložný veriteľ a aj iná osoba, ktorá preukáže právny záujem. Takisto osobou je vždy nadobúdateľ (nový majiteľ), ktoréj právny záujem na obnovu ochrannej známky je nespochybniteľný. Právny dôsledok nepodania žiadosti o obnovu by bol totiž pre neho veľmi nepriaznivý a to zánik ochrannej známky v zmysle § 23 ods. 1 písm. a) ZOZ.

- Zábezpeka v sporoch o ochranné známky.
Civilný sporový poriadok upravuje neodkladné opatrenia a zabezpečovacie opatrenia (§ 324 a nasl.). Neodkladné opatrenia (bývalé predbežné opatrenia) možno využiť až vtedy ak nie je možné nariadiť zabezpečovacie opatrenie. Zabezpečovacím opatrením (§ 343 CSP) môže súd zriadíť záložné) právo na veciach, právach alebo na iných majetkových hodnotách dlžníka na zabezpečenie peňažnej pohľadávky veriteľa, ak je obava, že exekúcia bude ohrozená. Okrem všeobecnej úpravy neodkladných opatrení, CSP upravuje od § 341 aj neodkladné opatrenia vo veciach duševného vlastníctva.

Zábezpeka na strane žalovaného

Podľa § 342 CSP navrhovateľ neodkladného opatrenia môže navrhnúť, aby ten, kto ohrozuje alebo porušuje právo duševného vlastníctva, mohol namiesto zdržania sa takého konania zložiť zábezpeku do úschovy súdu na náhradu škody alebo inej ujmy vzniknutej ohrozovaním alebo porušovaním práva duševného vlastníctva. O výške zábezpeky rozhodne súd uznesením, v ktorom určí výšku zábezpeky, ako aj lehotu, v ktorej je potrebné zábezpeku zložiť.

V zákone o ochranných známkach došlo k doplneniu právnej úpravy neodkladných opatrení. Podmienky na nariadenie neodkladného opatrenia, ako sme uviedli, upravuje v Civilný sporový poriadok, pričom zákon o ochranných známkach v § 13 obsahuje navyše len úpravu inštitútu zábezpeky na strane navrhovateľa.

Zábezpeka na strane žalobcu

V uznesení, ktorým sa nariaduje neodkladné opatrenie, môže súd aj bez návrhu uložiť navrhovateľovi povinnosť zložiť peňažnú zábezpeku v primeranej výške alebo podmieniť vykonateľnosť neodkladného opatrenia zložením peňažnej zábezpeky. Pri rozhodovaní o výške peňažnej zábezpeky súd prihliadne na rozsah škody alebo inej ujmy, ktorá môže vzniknúť protistrane vykonaním neodkladného opatrenia, ako aj na majetkové pomery navrhovateľa; uloženie povinnosti zložiť zábezpeku nesmie byť podstatnou prekážkou účelného uplatnenia práva. Zo zloženej zábezpeky sa môže uspokojiť právoplatne priznaná náhrada škody alebo iná ujma. Povinnosť nahradí škodu alebo inú ujmu, ktorá nebola z tejto zábezpeky uspokojená, je potom následne vymáhatel'ná.

- **Licenčná zmluva** aj pre prípady ochranných známok bola doposiaľ upravená predovšetkým v Obchodnom zákonníku. Nová úprava v § 20 ZOZ precizuje a podrobnejšie ju upravuje. V ods. 3 a 4 sa upresňuje že majiteľ ochrannej známky môže udeliť licenčnou zmluvou výlučnú licenciu alebo nevýlučnú licenciu. Ak nie je v licenčnej zmluve dohodnuté, že majiteľ ochrannej známky udelil výlučnú licenciu, platí, že udelil nevýlučnú licenciu. Ak majiteľ ochrannej známky udelil výlučnú licenciu, nesmie udeliť tretej osobe licenciu a je povinný, ak nie je v licenčnej zmluve dohodnuté inak, sám sa zdržať používania ochrannej známky.

Nadobúdateľ výlučnej licencie je povinný ochrannú známku používať, ak nie je v licenčnej zmluve dohodnuté inak.

Vymedzenie výlučnej licencie v zásade zodpovedá autorskoprávnej výhradnej licencii (§ 70 ods. 2 AZ). Aj v oblasti priemyselného vlastníctva sa teda zaviedlo pravidlo, že udelením výlučnej licencie sa majiteľ sám obmedzuje v ďalšom využívaní jej predmetu, čím dochádza k odklonu od všeobecného režimu Obchodného zákonníka (§ 511 ods. 1) a pod sankciou absolútnej neplatnosti právneho úkonu, je povinný zdržať sa udelenia ďalšej licencie tretej osobe. Na druhej strane sa zavádzajú povinnosti nadobúdateľa výlučnej licencie požívať ochrannú známku v zmysle § 9 ZOZ, ako predpokladá aj úprava Obchodného zákonníka (§ 509 ods. 2), pretože nedostatok skutočného používania ochrannej známky môže mať za následok jej zrušenie.

Licenčnú zmluvu, podľa novej úpravy, možno udeliť aj na **predmet prihlášky ochrannej známky**. Ide o § 20 ods. 9 ZOZ, ktorý nadobúda účinnosť až **1.1.2019** a ktorý upravuje zápis licenčnej zmluvy, ktorou prihlasovateľ udeľuje oprávnenie na používanie označenia, ktoré je predmetom prihlášky (ďalej len "licencia na prihlášku"). Zápisom ochrannej známky nie je zápis licencie na prihlášku dotknutý a považuje sa za zápis licencie k ochrannej známke, ak v licenčnej zmluve nie je dohodnuté inak. Úpravou označenia, zúžením zoznamu tovarov alebo služieb alebo rozdelením prihlášky (§ 27 ZOZ) nie je zápis licencie na prihlášku dotknutý. V prípade ak ide o rozdelenie prihlášky (§ 27 ods. 3 ZOZ), úrad zapíše licenciu aj na vylúčenú prihlášku.

V Českej republike je úprava licenčných zmlúv aj na predmety duševného vlastníctva upravená v Občianskom zákonníku. Česká úprava rozlišuje *výhradní a nevýhradní licence*. Aj napriek doplneniu úpravy o licenčnej zmluve v zákone o ochranných známkach, treba konštatovať, že úprava v OZ ČR je širšia. Napríklad v § 2366 OZ ČR je podrobňá úprav o odmeňovaní :

„Je-li výše odmény ujednána v závislosti na výnosech z využití licence, umožní nabývateľ poskytovateli kontrolu příslušných účetních záznamů nebo jiné dokumentace ke zjištění skutečné výše odmény. Poskytne-li takto nabývateľ poskytovateli informace označené nabývatelem jako důvěrné, nesmí je poskytovateli prozradit třetí osobě ani je použít pro své potřeby v rozporu s účelem, ke kterému mu byly poskytnuty. Nabývateľ předloží poskytovateli pravidelná vyúčtování odmény v ujednaných časových obdobích, a není-li ujednáno jinak, je povinen tak učinit alespoň jednou ročně.“

- Pokiaľ ide o záložné právo doplnil sa do zákona § 21 ods. 4 ZOZ, ktorý upravuje zápis záložného práva k prihláške a na záložné právo k ochrannej známke, ktorá by bola zapísaná v budúcnosti. Zápisom ochrannej známky nie je zápis záložného práva k prihláške dotknutý a považuje sa za zápis záložného práva k ochrannej známke, ak v zmluve o zriadení záložného práva nie je dohodnuté inak alebo ak z rozhodnutia, ktorým bolo záložné právo zriadené, nevyplýva inak. Úpravou označenia, zúžením zoznamu tovarov alebo služieb alebo rozdelením prihlášky (§ 27 ZOZ) nie je zápis záložného práva k prihláške dotknutý. A v prípade, ak ide o

rozdelenie prihlášky (§ 27 ods. 3 ZOZ), úrad zapíše záložné právo aj na vylúčenú prihlášku. Toto ustanovenie nadobúda účinnosť **1.1.2019**.

- **Zápis exekúcie do registra.**

Povinnosť zabezpečiť zápis exekúcie do registra ochranných známok ukladá členským štátom EÚ čl. 24 ods. 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/2436 zo 16. decembra 2015 o approximácii právnych predpisov členských štátov v oblasti ochranných známok (čl. 24 ods. 2). Podľa dôvodovej správy k novele PZ, vzhladom na význam zápisu exekúcie vo verejných registroch, ktorou sa zvyšuje právna istota a ochrana dobromyseľných tretích osôb, sa zavádzajú možnosť zápisu exekúcie aj do registrov ostatných predmetov priemyselného vlastníctva. Z dôvodu náležitej úpravy informačných systémov úradu, predmetné novelizačné body nadobudnú neskôršiu účinnosť (1. január 2019).

V zmysle uvedeného upravuje § 41a ZOZ zápis exekúcie do registra ochranných známok. Na základe vydaného exekučného príkazu doloženého upovedomiením o začatí exekúcie a súpisom práv, ktorého súčasťou je aj konkrétna prihláška alebo konkrétna ochranná známka, úrad zapíše do registra skutočnosť, že táto prihláška alebo ochranná známka je postihnutá exekúciou podľa exekučného poriadku (zákon č. 233/1995 Z.z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti) s účinnosťou dňom doručenia exekučného príkazu na úrad. Zápisom ochrannej známky do registra nie je zápis exekúcie postihnutím práv z prihlášky dotknutý a považuje sa za zápis exekúcie postihnutím práv z ochrannej známky. Aj tu platí, že úpravou označenia, zúžením zoznamu tovarov alebo služieb alebo rozdelením prihlášky (§ 27 ZOZ) nie je zápis exekúcie postihnutím práv z prihlášky dotknutý a ak ide o rozdelenie prihlášky (§ 27 ods. 3 ZOZ), úrad zapíše exekúciu postihnutím práv z vylúčených prihlášok.

- Ak bola zásahom do práv majiteľa ochrannej známky spôsobená **škoda**, majiteľ ochrannej známky má právo na jej náhradu vrátane ušlého zisku. Ak bola zásahom do jeho práv spôsobená **nemajetková** ujma, majiteľ ochrannej známky má právo na primerané zadosťučinenie, ktorým môže byť aj peňažné plnenie. Rovnako môže uplatniť aj právo na vydanie bezdôvodného obohatenia. Všetky tieto nároky sa uplatňujú v zmysle podmienok, ktoré stanovuje Občiansky zákoník.

Ak by došlo k **zásahu do práv prihlasovateľa**, ktorý sa uskutočnil po zverejnení prihlášky, je možné domáhať sa práv až odo dňa, od ktorého nastávajú účinky zápisu ochrannej známky. Tým sa zvýraznila aj ochrana práv z prihlášok ochranných známok a zakotvenie doby, od ktorej sa možno domáhať náhrady majetkovej či nemajetkovej ujmy.

2. JEDNOTNÝ PATENT A JEDNOTNÝ PATENTOVÝ SÚD EÚ

Už dlhšiu dobu k aktivitám EÚ v oblasti práva duševného vlastníctva možno zaradiť povinnosť pre členské štáty EÚ vytvoriť jednotnú patentovú ochranu a k tomu prijať zodpovedajúce opatrenia vyplývajúce z nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 1257/2012 zo 17. decembra 2012, ktorým sa vykonáva posilnená spolupráca na účely

vytvorenia jednotnej patentovej ochrany a z nariadenia Rady (EÚ) č. 1260/2012 zo 17. decembra 2012, ktorým sa vykonáva posilnená spolupráca na účely vytvorenia jednotnej patentovej ochrany so zreteľom na platný režim prekladov.

Jednotný patentový súd (v texte aj „JPS“) by mal mať výlučnú kompetenciu vo veciach týkajúcich sa porušení a neplatnosti jednotného patentu a tiež vymáhania iných nárokov oprávneného majiteľa patentu s jednotným účinkom. Podrobne bola právomoc Jednotného patentového súdu stanovená v čl. 15 projektu zmluvy. Jednotný patentový súd by sa mal skladáť zo súdu 1. Inštancie, Apelačného súdu so sídlom v Luxemburgu, právneho výboru a sekretariátu.

Zásadnou otázkou je však súlad Dohody o Jednotnom patentovom súde s Ústavou SR. Ústavnoprávne otázky vznikajú v súvislosti s transferom suverenity či prenos právomoci na JPS. Rovnako je potrebné sa zaoberať aj garanciami dodržiavania ľudských práv v konaní pred JPS, ďalej zabezpečením práva na zákonného sudsca, otázky súladu s primárnym právom EÚ a otázka lojalnej spolupráce členských štátov EÚ. Najproblematickejší sa v rámci diskusie javí transfer suverenity (prenos právomoci z vnútroštátnych súdov na JPS) a s tým spojená otázka zákonného sudsca.

Vzniká teda otázka, či je v súlade s Ústavou SR, aby medzinárodnou zmluvou bola prenesená časť výkonu súdnej moci na súd osobitý (nie vnútroštátny).

Nie posledný možný nesúlad Dohody o JPS s Ústavou SR sa týka procesných pravidiel JPS. Dohoda o JPS stanovuje základní zásady konania a predpokladá prijatie rokovacieho poriadku. Rokovací poriadok by mal pripať Správny výbor na základe konzultácie zo zainteresovanými stranami. Rokovací poriadok sa však môže meniť na základe návrhu súdu, schválením Správneho výboru po súhlasnom stanovisku Európskej komisie. Procesné normy súdu tak nebudú pripíjané zákonodarnou mocou na základe návrhu výkonnej moci, ale úradníkmi jednotlivých členských štátov a neskôr sudsami a Správnym výborom súdu. Preto opodstatnenie možno mať voči takému postupu výhrady.

Možno, že táto otázka by mala byť predložená Ústavnému súdu SR podľa čl. 125a Ústavy SR. Túto otázkou je potrebné vyriešiť ešte pred začatím ratifikačného procesu. Ak by totiž Ústavný súd dospel k záveru že Dohoda o JPS nie je v súlade s Ústavou SR , bolo by možno Dohodu o JPS ratifikovať až po odstránení sporných ustanovení.

Vytvorenie jednotného patentového súdu naráža aj na finančné problémy. Predpokladajú sa pomerne vysoké súdne poplatky a ešte vyššie odmeny za zastupovanie pred Jednotným patentovým súdom. Vzhľadom na tento aspekt nebudú môcť viaceré menšie či stredné podniky uplatniť a hájiť svoje práva na tomto súde.

Podmienkou uplatňovania obidvoch nariadení je ratifikácia Dohody o Jednotnom patentovom súde, ktorá doposiaľ neprebehla. Ratifikovať ju musí najmenej 12 krajín vrátane Francúzka, Nemecka a Veľkej Británie.

To je len jedna z tisícich politicko-právnych otázok, ktoré Brexit vyvoláva. Bude potrebné upraviť napr. aj právne dôsledky Brexitu na ochranné známky EÚ, jednak vo

vzťahu k majiteľom ochranných známok EÚ z Veľkej Británie na teritórium ÉÚ, ale aj vo vzťahu majiteľov z ostatných krajín EÚ na územie Veľkej Británie.

POUŽITÉ PRAMENE

1. BAČÁROVÁ, Renáta. *Tvorivosť zamestnancov a ich odmeňovanie z pohľadu zmien v Slovenskom patentovom práve*. IN : Revue pro právo a technologie. MU Brno 2017, ročník 8 číslo 16, s. 3 a nasl.
2. KLINKA, Tomáš. „Veľká novela“ prinesie zásadné zmeny v práve priemyselného vlastníctva (1. časť). In *Duševné vlastníctvo*, 2017, roč. XXI, č. 1.
3. KLINKA, Tomáš. „Veľká novela“ prinesie zásadné zmeny v práve priemyselného vlastníctva (2. časť). In *Duševné vlastníctvo*, 2017, roč. XXI, č. 2.
4. BAČÁROVÁ, Renáta : „Právo na informácie a ochrana duševného vlastníctva“. In: Košické dni súkromného práva II : recenzovaný zborník vedeckých prác / editori Peter Vojčík, Peter Koromház, Erik Vadas. - 1. vyd. - Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018. s. 324-345 - ISBN 9788081290886 (brož.).
5. VOJCÍK, Peter et al. *Právo duševného vlastníctva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. 494 s. ISBN 978-80-7380-527-2

KONTAKT NA AUTORA

peter.vojcik@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta
Kováčska 26
04075 Košice

.

II. OBCHODNÉ, DAŇOVÉ A FINANČNÉ ASPEKTY FINANCOVANIA OBCHODNÝCH SPOLOČNOSTÍ

Ing. Mgr. Jaroslav Dolný, PhD.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Zákaz vrátenia vkladov¹

Ban on contributions repayment

Abstrakt

Hlavným cieľom skúmanej problematiky je poukázanie na teoretické a aplikačné problémy týkajúcich sa ustanovení o zákaze vrátenia vkladu v slovenskom právnom poriadku. Autor sa ďalej v práci zaobera jednotlivými kritériami, ktoré musia byť skúmané pri posudzovaní porušenia ustanovení o zákaze vrátenia vkladu pri právnych úkonoch medzi osobami, ktoré zákon vymedzuje za osoby „spriaznené“.

Kľúčové slová: vrátenie vkladu, kapitálová obchodná spoločnosť, ochrana veriteľov

Abstract

The central issue of the article is to point out the theoretical and application problems concerning the provisions on the prohibition of redemption of contribution in the Slovak legal order. The author discusses the various criteria that need to be considered when assessing the breach of the provisions on the redemption of contribution in legal acts between persons, which the law defines as "related" persons.

Key words: redemption of contribution, company, creditor protection

JEL Classification: K2

ÚVOD

Problematika tvorby a udržania kapitálu v spoločnosti nie je novou otázkou. Ekonomický rozvoj spoločnosti však prinášal postupne potrebu vytvorenia mechanizmov zabezpečujúcich efektívnejšiu ochranu veriteľov ako fiktívne vytváranie kapitálu spoločnosti. Na to, aby mohla obchodná spoločnosť reálne fungovať, musí disponovať určitým kapitáлом, najmä finančným. Článok sa venuje analýze ustanovení právnych predpisov chrániacich veriteľov pred odlievaním zdrojov zo spoločnosti vo forme zakázaného vrátenie vkladu spoločníkom obchodných spoločností.

¹ Príspevok vznikol s podporou VEGA MŠ SR a SAV pre projekt č. 1/0917/16 „Atypické a faktické vzťahy v obchodnom práve.“

V rámci skúmanej problematiky sú využité predovšetkým metódy analýzy a konkretizácie. Okrem analýzy normatívneho textu autor venuje pozornosť aj judikatúre, ktorá dopĺňa stav poznania spracovávanej problematiky.

Oblasti zákazu vrátenia vkladu ako ďalším prostriedkom ochrany veriteľov sa venuje na Slovensku predovšetkým monografia Vráblovej s názvom Ochrana majetku kapitálových spoločností.

V novnej literatúre sa venuje zákazu vrátenia vkladu Cukerová v článku Prostriedky ochrany veriteľa obchodnej spoločnosti pri zakázanom vrátení vkladu a ich vzájomná interakcia, kde autorka skúma vzájomnú interakciu ustanovení o odporovateľnosti právnych úkonov s následkami porušenia zákazu vrátenia vkladu.

1. VŠEOBECNE O ZÁKAZE VRÁTENIA VKLADOV

Pre udržanie a ochranu základného imania po vzniku spoločnosti je nevyhnutné, aby s majetkom, ktorý bol vnesený do spoločnosti prostredníctvom vkladov od spoločníkov, bolo nakladané hospodárne, a aby dispozícia s týmto majetkom neohrozovali záujmy spoločnosti a záujmy veriteľov pri plnení si svojich záväzkov. Jedným z prostriedkov zabezpečujúcim reálne udržanie základného imania je zákaz vrátenia vkladov. Výslovne je tento zákaz pre jednotlivé obchodné spoločnosti sformulovaný v ustanovení § 93 ods. 3, § 123 ods. 3 a § 179 ods. 2 Obchodného zákonného, ktorý bol doplnený o ustanovenie § 67j, v súlade s ktorým spoločnosť nesmie vrátiť spoločníkom ich vklady za trvania spoločnosti. Opodstatnenie zákazu vrátiť vklad spoločníkovi spoločnosti vyplýva predovšetkým z povahy samotného vkladu. Jedným z dôsledkov právnej subjektivity kapitálových obchodných spoločností je ich majetkovoprávne oddelenie od spoločníkov (Černá, 2014: 333). Záväzok vkladateľa podieľať sa svojím vkladom na výsledkoch podnikania spoločnosti predstavuje právny titul na prevod majetku tvoriaceho predmet vkladu z vlastníctva vkladateľa do vlastníctva spoločnosti (Majeríková, 2012: 649). Obsah záväzku splatiť vklad totiž spočíva v povinnosti vkladateľa previesť určitý majetok na spoločnosť. Z toho vyplýva, že ak raz spoločník spoločnosti poskytne vklad do základného imania, dochádza k prevodu majetku spoločníka do majetkovej podstaty spoločnosti a preto jeho vrátenie je v zásade za trvania spoločnosti vylúčené. Ako Černá dodáva, ak je majetok kapitálovej spoločnosti pre veriteľov zásadne jedinou „ručiacou“ masou, tak v najširšom zmysle majú ochrannú funkciu (či aspoň cieľ) tie ustanovenia korporačného práva, ktoré majú pomôcť, aby spoločnosť mala pri svojom vzniku zodpovedajúci „startovací“ majetok. Tento majetok však musí byť za trvania v spoločnosti chránený pred jeho vrátením spoločníkom spoločnosti a je chránený v súlade so zásadou zachovania základného imania. Táto zásada zachovania základného imania má predovšetkým brániť tomu, aby sa majetok zhromaždený z vkladov spoločníkov k týmto spoločníkom po vzniku spoločnosti alebo aj za jej trvania už nevracal (Pokorná, 2010: 85). Zákaz vrátenia vkladov je potrebné považovať za kľúčový princíp právnej úpravy kapitálových spoločností, ktorý je nevyhnutným korektívom „obmedzeného ručenia“ ako princípu, že spoločníci nezodpovedajú za záväzky kapitálových spoločností (Pala, Fridrich, 2017: 530). Namiesto vrátenia vkladu zo spoločnosti má spoločník právo podieľať sa na hospodárskom úspechu spoločnosti v podobe podielu na zisku. Vklad spoločníka do spoločnosti zbavuje spoločníka osobného ručenia za záväzky spoločnosti a predstavuje určitú investíciu, ktorá mu želateľný výnos môže priniesť vo forme už vyššie spomínaného podielu na zisku, ako aj k nárastu hodnoty obchodného podielu. Vo

všeobecnosti s každou investíciou sú spojené určité riziká, že tátó investícia nebude úspešná, preto sa spoločník z logických dôvodov nebude môcť domáhať vrátenia svojho vkladu za trvania spoločnosti pred ostatnými veriteľmi. Je v záujme spoločnosti, ktorá zodpovedá celým svojím majetkom, ako aj v záujme veriteľov spoločnosti, na reálnom zabezpečení majetkových hodnôt, ktoré spoločnosť získala a stali sa súčasťou jej majetkovej základne. Existencia tejto zákonom zriadenej „garančnej funkcie“ v prospech spoločnosti, ako aj v prospech jej veriteľov, je vyjadrená v zákonnom zákaze vrátenia vkladov za trvania spoločnosti.

Slovenský zákonodarca explicitne zakazuje okrem zákazu vrátenia vkladu aj zákaz spoločnosti vyplácať úroky z vkladov a vyplácať preddavky na podiel na zisku. Dovoleným plnením tu v tomto prípade bude regulérne vyplácanie podielu na zisku ako aj ďalšie plnenia, na ktoré sa explicitne zákaz vrátenia vkladu nevzťahuje ako napr. plnenia pri znížení základného imania.

1.1. Rozšírenie zákazu vrátenia vkladov

Novelou zákona č. 87/2015 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa Obchodný zákonník bol zákaz vrátenia vkladov doplnený o nové ustanovenia. Podľa dôvodovej správy k predmetnému zákonom sú nové ustanovenia prepracovaním a podrobnejším vyjadrením už súčasných pravidiel o zákaze vrátenia vkladu pre kapitálové obchodné spoločnosti a družstvo.

Podľa nového zákonného znenia sa zákaz vrátenia vkladov vzťahuje nie len na prípady, kedy sa spoločníkovi vracia majetková hodnota, ktorú do spoločnosti vložil, ale po novom pôjde taktiež o akékoľvek plnenie bez primeraného protiplnenia, poskytnuté spoločnosťou na základe právneho úkonu dojednaného so spoločníkom alebo v jeho prospech, bez ohľadu na formu dojednania alebo platnosť. Rovnako to platí aj pre plnenie spoločnosti poskytnuté z dôvodu ručenia, pristúpenia k záväzku, záložného práva, či inej zábezpeky poskytnutej spoločnosťou na zabezpečenie záväzkov spoločníka alebo v jeho prospech. Podľa dôvodovej správy je vrátením vkladu po novele „de facto“ každá transakcia, ktorú spoločnosť uskutočňuje so spoločníkom, alebo na účet spoločníka, bez primeraného protiplnenia. Takýmito prípadmi budú predovšetkým darovacie zmluvy, ale aj odplatné právne úkony, pri ktorých je neprimerané protiplnenie medzi zákonom vymedzenými osobami.

2. PRIMERANOSŤ PROTIPLNENIA

Obchodný zákonník ustanovuje aj značne všeobecný postup určenie primeranosti protiplnenia. Pri posudzovaní primeranosti plnenia musí spoločnosť zohľadniť najmä schopnosť druhej strany ho poskytnúť, obvyklú cenu na trhu, ako aj cenu, za ktorú spoločnosť obvykle poskytuje obdobné plnenia v bežnom obchodnom styku s inými osobami. Ak takých informácií nict, je potrebné zohľadniť jeho najpravdepodobnejšiu cenu ku dňu plnenia v danom mieste a čase, ktorú by bolo možné dosiahnuť na trhu v podmienkach voľnej súťaže, pri poctivom predaji, pri konaní s primeranou opatrnosťou, zohľadnení všetkých dostupných informácií a s predpokladom, že cena nie je ovplyvnená neprimeranou pohnútkou.

Pri posudzovaní obvyklosti ceny je možné aplikovať aj existujúcu judikatúru v oblasti odporovateľnosti právnych úkonov bez primeraného protiplnenia², kde obvyklá cena bude skúmaná ako jedno z kritérií. Obvyklou cenou bude s ohľadom na rozhodnutie Najvyššieho súdu Českej republiky možné považovať predovšetkým trhovú cenu , ak existuje trh pre príslušnú zložku majetku (Najvyšší súd ČR: 31 Cdo 3986/2009). Rovnaký názor zastáva aj Kubinec, podľa ktorého možno primeranosť stotožniť s pojmom trhová cena, to znamená, že akékoľvek plnenie spoločnosť spoločníkovi poskytne, malo by ísť zásadne o plnenie odplatné a hodnota protiplnenia by mala zodpovedať trhovej cene plnenia v prospech spoločníka(Kubinec, 2016:271-272). Najvyšší súd Slovenskej republiky za trhovú cenu veci či práva považuje ekvivalent, za ktorý možno získať vec či právo rovnakej kvality a kvantity do svojej dispozície, lebo predstavuje hodnotu, v ktorej sa ponuka a dopyt stretnú(Najvyšší súd SR: 2 Cdo 8/2007). Tu je potrebné však brať do úvahy osobitné okolnosti, ktoré môžu nastať pri stanovení obvyklej ceny ako už bolo naznačené vyššie. Ústavný súd Českej republiky taktiež uvádzá, že pri stanovení obvyklej ceny musia súdy starostlivo zvažovať všetky okolnosti, ktoré majú na cenu vplyv (Ústavný súd ČR: II. ÚS 3588/14). Teda určenie ceny nemusí vždy zodpovedať cene, kde sa stretáva dopyt a ponuka po danom statku. V obdobnom duchu aj existujúca právna úprava upravuje postup pri vyhodnocovaní primeranosti ceny. Tu je však potrebné uviesť, že obvyklá cena je len jedno z kritérií, ktoré sa skúma. Ide o pomocné kvantitatívne kritérium, ktoré je rovnocenné ostatným kritériám (Najvyšší súd ČR: 29 Cdo 307/2014). Samotná skutočnosť, že bolo určité plnenie poskytnuté v inej ako trhovej cene, ešte samo o sebe nebude znamenať porušenie ustanovení o zákaze vrátenie vkladov.

Ďalším kritériom, ktoré musí byť zohľadnené je cena, za ktorú spoločnosť obvykle poskytuje obdobné plnenia v bežnom obchodnom styku s inými osobami. To znamená, že pri posudzovaní ustanovení o porušení resp. neporušení zákazu vrátenia vkladu, bude obchodná spoločnosť posudzovať cenu, za ktorú uvedený tovar alebo služba predáva v bežnom obchodnom styku. V tomto prípade môžu nastať 2 situácie a to, že trhová cena je vyššia ako cena v bežnom obchodnom styku alebo trhová cena je nižšia ako cena v bežnom obchodnom styku.

Zastávame názor, že v tomto prípade sú uvedené kritéria rovnocenné, to znamená, že obchodná spoločnosť bude musieť zohľadniť obidve kritéria pri uskutočňovaní právneho úkonu. V prípade ak uvedené informácie o cenách existujú, je kvantitatívne kritérium jediné kritérium, ktoré bude potrebné v uvedenom prípade uplatňovať.

Aplikačným problémom bude predovšetkým určenie najpravdepodobnejšej ceny, ktorú bude veľmi náročne preukázať. Toto kritérium sa bude skúmať v prípade nemožnosti zistenia trhovej ceny a ceny v bežnom obchodnom styku. Nie je zrejmé, či sa má pri jej určení urobiť určitá štatistika, či má spoločnosť uchovať údaje o existujúcich plneniach v tom čase alebo akým spôsobom preukázať neexistenciu neprimeranej pohnútky. Taktiež ako nie veľmi vhodnú vidíme formuláciu určenia najpravdepodobnejšej ceny, ktorá sa viaže pri jej určení na poctívý predaj, pretože k plneniu môže dôjsť aj z iných dôvodov ako predajom. Implicitne by sa podľa nás dalo odvodiť, že darovanie zo strany spoločnosti niektorému spoločníkovi je vylúčené, resp.

² Pre porovnanie možnosti použitia ustanovení o zákaze vrátenia vkladu a ustanovení o odporovaní právnym úkonom pozri bližšie: CUKEROVÁ, D. Prostriedky ochrany veriteľa obchodnej spoločnosti pri zakázanom vrátení vkladu a ich vzájomná interakcia. In Súkromné právo. s. 157 a nasl.

nastávajú účinky porušenia zákazu vrátenia vkladu a to povinnosť vrátiť bezdôvodné obohatenie.

Význam týchto ustanovení, podľa nášho názoru, možno vidieť predovšetkým až v čase, kedy spoločnosť skončí v konkurze, aj to iba v obmedzenom režime. Z pohľadu veriteľov je poskytnutie ochrany pred takýmito plneniami za trvania spoločnosti takmer nulová, vzhľadom na skutočnosť, že veritelia sa o týchto úkonoch spoločnosti nemajú odkiaľ dozvedieť.

2.1. Osobný rozsah zákazu vrátenia vkladov

Zákon explicitne určuje aj okruh osôb, na ktoré sa zákaz vrátenia vkladov vzťahuje. Okrem spoločníka spoločnosti sa zákaz vzťahuje aj na bývalého spoločníka, ak k plneniu došlo v lehote dvoch rokov, odkedy prestal byť spoločníkom spoločnosti, ako aj osoba, ktorá sa stala spoločníkom spoločnosti v lehote dvoch rokov od plnenia. Tento výpočet je doplnený aj o ďalšie osoby ak je plnenie poskytnuté v prospech spoločníka. Plnenie je poskytnuté v prospech spoločníka, ak je poskytnuté:

- tomu, kto má priamy alebo nepriamy podiel predstavujúci aspoň 5 % na základnom imaní spoločníka alebo hlasovacích právach v spoločníkovi alebo má možnosť uplatňovať vplyv na riadenie spoločníka, ktorý je porovnatelný s vplyvom zodpovedajúcim tomuto podielu,
- blízkej osobe spoločníka,
- osobe konajúcej na účet spoločníka.

Na porovnanie zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii uvádzza za spriaznenú osobu:

- a) štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec, prokurista alebo člen dozornej rady právnickej osoby,
- b) fyzická osoba alebo iná právnická osoba, ktorá má v právnickej osobe kvalifikovanú účasť,
- c) štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec, prokurista alebo člen dozornej rady právnickej osoby uvedenej v písmene b),
- d) blízka osoba fyzickej osoby uvedenej v písmenach a) až c),
- e) iná právnická osoba, v ktorej má právnická osoba alebo niektorá z osôb uvedených v písmenach a) až d) kvalifikovanú účasť.

Aj vzhľadom na vyššie uvedenú skutočnosť, že význam týchto ustanovení, podľa nášho názoru, možno vidieť predovšetkým až v čase, kedy spoločnosť skončí v konkurze, je odlišné vymedzenie spriaznených osôb v oboch právnych kódexoch podľa nášho názoru nelogické.

3. INTERAKCIA S DAŇOVÝM PRÁVOM

Na druhej strane je potrebné vnímať význam týchto ustanovení o zákaze vrátenia vkladu aj z pohľadu daňového práva. Osobitnými daňovými povinnosťami obchodnej spoločnosti, ktoré majú vo verejnoprávnej sfere majú blízko k zákazu vrátenia vkladu za

trvania spoločnosti sú ustanovenia o transferovom oceňovaní so závislými osobami . Dôvodom je, že povinnosťou závislých osôb je podľa § 17 ods. 5 zákona o dani z príjmov aj úprava základu dane o rozdiel, o ktorý sa ceny pri vzájomných obchodných vzťahoch závislých osôb vrátane cien za poskytnuté služby, pôžičky a úvery líšia od cien používaných medzi nezávislými osobami v porovnatelných obchodných alebo finančných vzťahoch, ak v dôsledku tohto rozdielu došlo k zníženiu základu dane alebo zvýšeniu daňovej straty. Jednou zo základných povinností závislých osôb je sledovanie cien a podmienok, za ktoré sa medzi nimi uskutočňujú kontrolované transakcie.

To znamená, že v prípade porušenia daňových predpisov o transferom oceňovaní medzi závislými osobami môže správca dane uložiť aj daňová sankcia.

4. SKRYTÉ FORMY VRÁTENIA VKLADU

K vráteniu vkladu môže dôjsť „de facto“ aj iným spôsobom ako jeho priamym vyplatením mimo zákonných výnimiek a to rôznymi presunmi majetku obchodnej spoločnosti do majetkovej dispozície spoločníka alebo jeho blízkej osoby. Základnými typmi skrytého vrátenia vkladu sú uzatváranie obchodov so spoločníkmi za trhovo nekonformných podmienok, poskytovanie pôžičiek spoločníkom, príp. poskytovanie zabezpečení záväzkov spoločníkom (Vráblová, 2003: 160).

Je bežnou praxou, že konatelia a zároveň spoločníci v spoločnostiach s ručením obmedzeným financujú spoločnosť úverovým spôsobom, a to prostredníctvom úhrady za tovary a služby z vlastných zdrojov a následnom preplatení týchto výdavkov. Novela obchodného zákonníka zaviedla explicitný zákaz takéhoto financovania. Podľa dôvodovej správy k predmetnej novele , dlhové financovanie by malo prebiehať transparentne, a preto ho spoločnosti nebude možné poskytnúť finančnými prostriedkami v hotovosti. Dlhové financovanie je možné poskytnúť spoločnosti len za podmienok obvyklých v obchodnom styku, keďže inak môže ísť napr. o skryté vrátenie vkladu. V súčasnosti tak spoločník môže spoločnosti poskytnúť úver alebo obdobné plnenie, ktoré mu hospodársky zodpovedá, ak ho poskytne inak ako finančnými prostriedkami v hotovosti.

V zmysle ustanovení Občianskeho zákonníka je možné poskytnúť pôžičky aj bezúročne. Rozhodnutie či za poskytnutú pôžičku budú uplatňované aj úroky závisí na vôle zmluvných strán. V prípade, že spoločnosť prijme od svojho spoločníka (či inej závislej osoby³) pôžičku a táto pôžička obsahuje úrok, je potrebné dodržiavať daňové predpisy, konkrétnie ide o pravidlá transferového oceňovania. Pôžička s úrokom vyšším ako sú trhové úroky však nebude môcť byť poskytnutá v prípade prepojených osôb a teda aj vo vzťahu spoločník (závislá osoba) – spoločnosť, pretože v danom prípade by išlo o neuznateľný daňový náklad. Výška úroku ako aj podmienky poskytnutej pôžičky musia

³ V zmysle § 2 písm. n) zákona o dani z príjmov je závislou osobou blízka osoba alebo ekonomicky, personálne alebo inak prepojená osoba.

byť také, ako sa poskytujú ako medzi nezávislými osobami⁴. Pri zisťovaní rozdielu dane správca dane použije niektorú z metód, ktorá je založená buď z porovnávanie ceny alebo porovnávanie zisku alebo ich vzájomnej kombináciou v súlade s vyššie uvedeným princípom nezávislého vzťahu.

Okrem vrátenia vkladov prostredníctvom pôžičiek poskytnutých za neadekvátnych a trhovo neporovnatelných podmienok je ďalšou hrozbou pre veriteľov poskytnutie plnení z rozličných typov zmlúv, ktoré výrazným spôsobom odčerpávajú likvidné aktíva spoločnosti a predstavujú tak istú formu skrytého vrátenia vkladov. Takéto zmluvy môžu byť uzatvárané priamo so spoločníkmi spoločnosti alebo s tretími osobami.

V prípade spoločníkov spoločnosti s ručením obmedzeným, kde spoločníci sú zároveň aj konatelia spoločnosti, sa môžeme stretnúť s neadekvátnymi zmluvami o výkone funkcie resp. inými finančne výhodnými manažérskymi zmluvami, ktoré výrazným spôsobom uprednostňujú záujmy spoločníkov pred záujmami spoločnosti. Dokumentuje to aj rozhodnutie Najvyššieho súdu, kedy jeden zo spoločníkov žaloval spoločnosť, pre zjavne neprimeranú odmenu (Najvyšší súd SR: 2 Obo 222/01). Ako dôvod neplatnosti uviedol žalobca rozpor s ustanoveniami Zákonného práce ako aj s pravidlami slušnosti a občianskeho spolunažívania. „Súd prvého stupňa dokonca v tejto kauze napriek jednoznačnému trhovo nekonformnému začažovaniu hospodárenia spoločnosti a z toho vyplývajúcemu poškodzovaniu majetkových práv spoločníka, keďže odčerpávaním likvidných aktív spoločnosti na výplaty neadekvátnych manažérskych odmen sa redukoval podiel na zisku, ktorý by inak bolo možné rozdeliť medzi spoločníkov podľa mieri ich účasti na spoločnosti, konštatoval, že žaloba v zmysle § 80 písm. c) OSP nepreukázal naliehavý právny záujem o určenie neplatnosti napadnutých zmlúv. Hoci Najvyšší súd sa v prípade preukázania naliehavého právneho záujmu nestotožnil s právnym názorom prvostupňového súdu, obsah manažérskych zmlúv odporuje podľa jeho vyjadrenia len všeobecným pravidlám slušnosti.“

5. PRÁVNE NÁSLEDKY PORUŠENIA ZÁKAZU VRÁTENIA VKLADU

Následkom porušenia zákazu vrátenia vkladu podľa novej právnej úpravy § 67j nebude absolútна neplatnosť právneho úkonu. V zmysle § 39 Občianskeho zákonného je neplatný právny úkon, ktorý svojím obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza alebo sa prieči dobrým mravom. Touto neplatnosťou budú postihnuté aj tie plnenia, ktoré boli poskytnuté tretím osobám, ktoré spĺňajú zákonu definíciu plnení poskytnutých v prospech spoločníka.

Obchodný zákonník upravuje špecifický následok za porušenie ustanovenia § 67j a to vydanie takéhoto bezdôvodného obohatenia. Osoba, ktorá sa na úkor spoločnosti bezdôvodne obohatila, musí toto obohatenie vydať späť spoločnosti a to v rozsahu

⁴ Podľa § 18 ods. 1 zákona o dani z príjmov: „Princíp nezávislého vzťahu je založený na porovnávaní podmienok dohodnutých v obchodných vzťahoch alebo finančných vzťahoch medzi závislými osobami s podmienkami, ktoré by medzi sebou dohodli nezávislé osoby v porovnatelných obchodných alebo finančných vzťahoch za porovnatelných okolností. Pri porovnávaní sa zohľadňujú najmä činnosti vykonávané porovnávanými osobami, a to ich výroba, montážne práce, výskum a vývoj, nákup a predaj a podobne, rozsah ich podnikateľských rizík, vlastnosti porovnávaného majetku alebo služby, dohodnuté zmluvné podmienky, ekonomické prostredie trhu, ako aj obchodná stratégia. Podmienky sú vzájomne porovnateľné, ak medzi nimi nie je zásadný rozdiel alebo ak možno vplyv týchto rozdielov odstrániť.“

rozdielu medzi protiplnením skutočne poskytnutým a protiplnením, ktoré by bolo poskytnuté ako primerané. Povinnosť spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným, resp. prijímateľa plnenia poskytnutého v prospech spoločníka, vrátiť neoprávnene poskytnuté plnenie je v danom prípade konštruovaná bez ohľadu na dobromyseľnosť. V prípade poskytnutia takéhoto plnenia štatutárnym orgánom spoločnosti vzniká podľa Obchodného zákonníka zákonné solidárne ručenie členov štatutárneho orgánu, ktorí vykonávali funkciu v čase vrátenia vkladu v rozpore s ustanoveniami Obchodného zákonníka. Spolu s nimi ručia tí, ktorí vykonávali funkciu člena štatutárneho orgánu v období, v ktorom spoločnosť nárok na vrátenie vkladu späť neuplatňovala, a o tejto povinnosti s prihliadnutím na všetky okolnosti vedeli alebo mohli vedieť.

Toto zákonne ručenie nevzniká len spoločnosti ale aj jej veriteľom. Tí si môžu nezákonne poskytnuté plnenie vymáhať od člena štatutárneho orgánu, u ktorého toto ručenie vzniklo ex lege. Zo zákona však explicitne vyplýva, že veriteľ si bude môcť uplatňovať pohľadávku u štatutárneho orgánu alebo jeho člena bez toho, aby túto pohľadávku vymáhal najprv od spoločnosti. Taktiež ochrana veriteľov je tu poskytovaná len vo vzťahu k štatutárному orgánu vo forme ručenia a nie voči konkrétnemu prijímateľovi plnenia. Od prijímateľa plnenia si bude môcť bezdôvodne obohatenie vymáhať len spoločnosť.

Od zákonného ručenia konateľov je potrebné odlišiť zodpovednosť konateľov za škodu spôsobenú spoločnosti pri výkone pôsobnosti štatutárneho orgánu, t.j. že konatelia zodpovedajú za škodu z dôvodu, že nekonali s odbornou starostlivosťou v záujme spoločnosti a všetkých jej spoločníkov a poskytli plnenie, ktoré odporuje zákazu vrátenia vkladu.

Pokiaľ však ide o porušenie ustanovení o zákaze vrátenia vkladov podľa ustanovení § 93 ods. 3, § 123 ods. 3 a § 179 ods. 2 Obchodného zákonníka tie ostávajú naďalej nedotknuté aj v podobe sankcie podľa § 39 Občianskeho zákonníka a to absolútnej neplatnosti právneho úkonu (Kubinec, 2016, s. 271).

ZÁVER

Zákaz vrátenia vkladov prešiel v poslednom čase v slovenskom právnom poriadku výraznou obmenou. Doteraz poskytovaná ochrana za účelom reálneho udržania základného imania a tomu zodpovedajúcemu majetku spoločnosti bola doplnená o striktnejšie a konkrétnejšie podmienky, za ktorých spoločnosti nebude môcť poskytnúť majetkové plnenia spoločníkom a im spriazneným osobám.

Na jednej strane striktnejšie podmienky môžu poskytnúť zvýšenú ochranu veriteľom, no na druhej strane predstavujú stáženie uskutočnenia viacerých úkonov obchodným spoločnostiam. Výrazným obmedzením výkonu podnikateľskej činnosti obchodných spoločností je novo prijatý zákaz úverového financovania spoločnosti hotovostným spôsobom zo strany spoločníkov.

Nový koncept vymedzenia spriaznených osôb rozširuje okruh pôsobenia noriem zákazu vrátenia vkladu aj na tretie osoby, prostredníctvom ktorých by mohlo dôjsť k plneniam v prospech spoločníka. Trocha nelogické je však vymedzenie týchto spriaznených osôb v porovnaní s okruhom spriaznených osôb v Zákone o konkurze a reštrukturalizácii, ktorý sa zhoduje len v časti. Samotný ochranný charakter noriem zákazu vrátenia vkladu vidíme predovšetkým pri úpadku spoločnosti, a preto nevidíme dôvod odlišného vymedzenia okruhu spriaznených osôb pri porušení zákazu vrátenia vkladu.

Jediným logickým dôvodom, ktorý by podporoval takéto rozdelenie spriaznených osôb je právny následok v prípade porušenia noriem zákazu vrátenia vkladu a právne následky v prípade úpadku spoločnosti a aplikovaní noriem konkurzného práva.

Je otázne či pri slovenskej právnej úprave nie hranica ochrany veriteľov posunutá za líniu vyváženosťi práv spoločníkov a ochrany veriteľov, ktorá by mala byť podľa nášho názoru v rovnováhe. V prípade bezproblémového fungovania spoločnosti nevidíme dôvod limitovania niektorých plnení ako napr. užatvorenia darovacej zmluvy so spoločníkom aj bez porovnávanie trhových cien predmetného daru. Slovenská právna úprava v prípade aplikácie noriem konkurzného práva poskytuje dostatočnú ochranu veriteľom ex post, preto považujeme súčasné nastavenie ochranných noriem v podobe zákazu vrátenia vkladu za príliš reštriktívne a obmedzujúce.

POUŽITÉ PRAMENE

1. ČERNÁ, S. Majetkovoprávní samostatnosť kapitálové obchodní společnosti a vybrané aspekty ochrany jejich věřiteli. In *Právny obzor*. 2014, roč. 97, č. 4, s. 333-343.
2. CUKEROVÁ, D. Prostriedky ochrany veriteľa obchodnej spoločnosti pri zakázanom vrátení vkladu a ich vzájomná interakcia. In *Súkromné právo*. 2017, č. 4, s. 157 -165.
3. KUBINEC, M. In MAMOJKOVÁ, M. Obchodný zákonník. Veľký komentár. Žilina: Eurokódex. 2016, 1087 s. ISBN 9788081550652.
4. MAJERÍKOVÁ, M. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2012. 2192 s. ISBN 9788080784348.
5. PALA, R., FRINDRICH, J. In OVEČKOVÁ a kol., O. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017. 3192 s. ISBN 9788081685736.
6. POKORNÁ, J. *Základní kapitál a rozdělování zisku v akciové společnosti* In Dny práva – 2010 – Days of Law. Brno : Masaryk University, 2010, 3147-3157. ISBN 978-80-210-5305-2.
7. Najvyšší Súd České republiky: 31 Cdo 3986/2009.
8. Najvyšší Súd České republiky: 29 Cdo 307/2014.
9. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 2 Cdo 8/2007.
10. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 2 Obo 222/01.
11. Ústavný súd České republiky: II. ÚS 3588/14.
12. VRÁBLOVÁ, S. *Ochrana majetku kapitálových spoločností*. Bratislava: EPOS, 2003. 350 s. ISBN 8080575096.
13. VRÁBLOVÁ, S. Koniec odlievania zisku z kapitálových spoločností?. In *Justičná revue*. 2003, roč. 55, č. 6-7, s. 629-648.
14. Zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.
15. Zákon č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov.
16. Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov.
17. Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov.

KONTAKT NA AUTORA

jaroslav.dolny@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26, 040 75 Košice

Slovenská republika

Advokátska kancelária Juhás, Marják & Ferenci s. r. o. v Košiciach

Financovanie obchodných spoločností emisiou cenných papierov

Financing of trading companies by issuing securities

Abstrakt

Príspevok si kladie za cieľ analyzovanie alternatívnych možností a spôsobov financovania obchodnej spoločnosti, najmä prostredníctvom emisie cenných papierov. Čažisko príspevku spočíva v komparácii štandardných finančných inštrumentov financovania akým je v podmienkach Slovenskej republiky napríklad úver či pôžička a neštandardnými finančnými nástrojmi ako je emisia dlhopisov, či crowdfunding. Rovnako približujeme výhody a nevýhody týchto jednotlivých možností.

Kľúčové slová: financovanie, cenné papiere, emisia, akcie, dlhopis

Abstract

The article aims to analyse the possibilities and ways of financing the company, especially through the issue of securities. The focus of the contribution lies in the comparison of standard financial instruments such as loan and non-standard financial instruments such as bond issue. We also review the advantages and disadvantages of these individual options.

Key words: financing, securities, issues, stocks, bonds

JEL Classification: K23

¹ Autor je absolventom Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach a momentálne je advokátom a partnerom advokátskej kancelárie Juhás, Marják & Ferenci s. r. o. so sídlom v Košiciach, kde sa špecializuje najmä na oblasť obchodného a finančného práva a v rámci nich so zameraním hlavne na korporátne právo a právo obchodných spoločností. Okrem toho sa zameriava na fúzie, akvizície, venuje sa vypracúvaniu zmlúv a právnych analýz. V minulosti sa ako advokát významne podieľal na akvizícii viacerých podnikov, či už výrobných alebo nevýrobných, pričom v tejto súvislosti pripravoval na základe komunikácie so zahraničnými investormi kompletnú právnu agendu a zmluvnú dokumentáciu. Okrem toho sa venuje vypracúvaniu právnych analýz, ako aj právnym auditom (due diligence) a konkurenčnému právu.

ÚVOD

Cieľom príspevku je priblíženie laickej a odbornej verejnosti alternatívne možnosti financovania obchodných spoločností a potvrdiť alebo vyvrátiť hypotézu, že alternatívne spôsoby financovania spoločností v podmienkach Slovenskej republiky majú právoplatné miesto pri standardných formách financovania a potreba ich regulácie je žiadúca.

Tému financovania obchodných spoločností považujeme za aktuálnu v každej dobe. Za obzvlášť aktuálnu pouvažujeme otázku financovania skrz emisiu cenných papierov, nakoľko sa podľa najnovších správ z oblasti investovania² záujem investorov o vydávanie dlhopisov za posledné tri roky takmer strojnásobil.

Medzi najzásadnejšie legislatívne zmeny patrí novela zákona o dlhopisoch z roku 2014 a novela zákona o bankách, kde boli hypotečárne záložné listy nahradené krytými dlhopismi.

Významne rastie najmä podiel emisií podnikových dlhopisov. Podľa generálneho riaditeľa Centrálneho depozitára cenných papierov SR, a.s Martina Wiedermannu sa počet vydaných emisií podnikových dlhopisov za posledné tri roky zvýšil trojnásobne.

1. DÔVODY ALTERNATÍVNYCH SPÔSOBOV FINANCOVANIA

Tradičný poskytovatelia finančných nástrojov ako sú banky vyžadujú zvyčajne od žiadateľov o úver určité percento vlastných zdrojov. Preto financovanie prostredníctvom alternatívnych metód, kde nie je potrebná finančná spoluúčasť, môže byť zaujímavým spôsobom získania finančných prostriedkov potrebných na rozvoj firmy.

Medzi takéto metódy zaraďujeme vydávanie podnikových dlhopisov, akcií, či crowdfunding, ktorý tiež zaznamenal zvýšený rozvoj a to zásluhou rozvoju internetu. Crowdfunding by sa dal voľne preložiť ako financovanie prostredníctvom zdrojov vyzbieraných od verejnosti / davu.

Oproti emisii cenných papierov nie je jeho regulácia zatiaľ taká dôsledná. Pre vydanie napr. dlhopisov u centrálneho depozitára je potrebné splniť viaceré požiadavky uvedené v prevádzkovom poriadku konkrétnego depozitára a uhradiť poplatky podľa cenníka depozitára. Medzi takéto požiadavky patrí najmä potreba pridelenia ISIN pre danú emisiu, zriadenie LEI

kódumu. Po splnení obligatórnych podmienok je potrebné uzavrieť zmluvu o registrácii emisie.

Napriek absencii ucelenej regulácie crowdfundingu sa nejedná o absolútne právne vákuum. Ku crowdfundingu vydal svoje odporúčenia a stanoviská Európsky orgán pre bankovníctvo (EBA), a to pre oblasť úverového crowdfundingu. Zo stanovísk vyplýva, ktoré oblasti by mali byť predmetom záujmu pre právnu úpravu, a že všetky informácie by mali byť zrozumiteľné, pravdivé a nezavádzajúce. Crowdfundingové platformy by mali napríklad obsahovať informácie o projekte, mechanizme financovania a riziku pre veriteľa. Zároveň by sa platformy mali poistiť proti svojmu úpadku, alebo pripraviť plán kompenzácií v prípade ukončenia platformy.

Obdobne ako Európsky orgán pre bankovníctvo, tak aj Európsky orgán pre cenné papiere a trhy (ESMA) vydal svoje stanoviská a odporúčania v oblasti investičného crowdfundingu. Rovnakým rysom pre obe orgány je požiadavka na zavedenie špecifické

² <https://www.investujeme.sk/kratke-spravy/zaujem-firiem-o-emisiu-dlhopisov-rastie/>

registrácie a regulácie prevádzkovateľov crowdfundingových platform, tak ako je tomu už vo Veľkej Británii, kde platformy potrebujú získať licenciu pre prevádzkovanie takýchto služieb.

2. FINANCOVANIE SPOLOČNOSTI ÚVEROM

Podľa § 5 písm. b) zákona č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov definujeme úver ako dočasné poskytnutie peňažných prostriedkov na vlastný účet alebo dočasné poskytnutie peňažných prostriedkov v akejkoľvek forme vrátane faktoringu a forfajtingu.

Na poskytovanie úverov a pôžičky v rámci predmetu svojho podnikania alebo predmetu inej svojej činnosti, z návratných peňažných prostriedkov získaných od iných osôb na základe verejnej výzvy, sa vyžaduje bankové povolenie, pokiaľ osobitný predpis neustanovuje inak. Na základe zmluvy o úvere sa veriteľ zaväzuje, poskytnúť na požiadanie dlžníka a v jeho prospech peňažné prostriedky do určitej sumy, a dlžník sa zaväzuje poskytnúť peňažné prostriedky vrátiť a zaplatiť úroky. Dlžník je povinný platiť úroky z poskytnutých peňažných prostriedkov v dojednanej výške od doby ich poskytnutia. Najvyššia prípustná výška úrokovej sadzby môže byť ustanovená zákonom alebo na základe zákona. Ak strany dojednajú úroky vyššie než prípustné podľa zákona alebo na základe zákona, je dlžník povinný platiť úroky v najvyššie prípustnej výške.

Úroky predstavujú v tomto prípade náklad dlžníka, preto ich výška je jedným z najdôležitejších atribútov, ktoré bude pri výbere tejto formy financovania zohľadňovať. Ďalšími zohľadňovanými podmienkami je možnosť predčasného splatenia, odkladu splátok a s tým súvisiacimi poplatkami, ktoré si banky stanovujú vo svojich sadzobníkoch na základe trhových podmienok.

3. FINANCOVANIE SPOLOČNOSTI VYDANÍM AKCIÍ

Akcie zaraďujeme do nástrojov kapitálového trhu, pričom sa radia na rozdiel od dlhopisov do majetkových cenných papierov. Akcie považujeme za jednu z najpoužívanejších cenných papierov na kapitálovom trhu, čo je následkom veľkého množstva spoločností založených v právnej forme, ktorá na základe zákona dovoľuje vydávať akcie ako cenný papier. Táto skutočnosť nám naznačuje, že akcie sú viac využívaným nástrojom primárneho kapitálového trhu ako sekundárneho.

Podľa § 7 odseku 2 zákona č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „ZCP“) je akcia zastupiteľný cenný papier, pokiaľ ide o akcie vydané jedným emitentom, rovnakého druhu a formy, ak sú s nimi spojené rovnaké práva. Zastupiteľnosť ako znak akcií je príznačná najmä pre akcie verejnej akciovnej spoločnosti a vyžaduje ju zákon č. 429/2002 Z. z. o burze cenných papierov ako jednu z podmienok prijatia akcií do systému obchodovania na burze cenných papierov.

Vzhľadom na to, že článok sa zameriava na emisiu cenných papierov s cieľom kumulácie kapitálu, budeme s pojmom akcia pracovať z hľadiska podoby výlučne ako so zaknihovanou akciou.

V prípade, že sa s akciami mieni obchodovala na burze cenných papierov, musí byť akcia ako cenný papier vydaný v zaknihovanej podobe, nakoľko na trh burzy môže byť prijatý len cenný papier vydaný v podobe zaknihovaného cenného papiera. To neplatí

pokiaľ je cenný papier vydaný emitentom so sídlom v členskom štáte, ktorý pripúšťa prijatie listinných cenných papierov na trh kótovaných cenných papierov, a ak túto skutočnosť burza zverejnila.

Akcia, okrem toho že je nástrojom kapitálového trhu, je podľa § 155 odseku 1 Obchodného zákonníka zák. č. 513/1991 Zb. participačným cenným papierom a predstavuje práva akcionára ako spoločníka podieľať sa na jej riadení, zisku a na likvidačnom zostatku po zrušení spoločnosti s likvidáciou. Akcia teda predstavuje mieru účasti akcionára na „vlastníctve“ resp. „spoluľastníctve“ akciovej spoločnosti. Zároveň potvrzuje oprávnenie akcionára zúčastňovať sa a hlasovať na valnom zhromaždení akciovej spoločnosti a tým realizovať svoje práva vyplývajúce z § 155 a nasl. Obchodného zákonníka.

Táto skutočnosť je zaiste zohľadňovaná najmä tzv. súkromnými akciovými spoločnosťami a môže predstavovať pri rozhodovaní o upísaní nových akcií nevýhodu oproti iným formám financovania. Ochrannu existujúcej akcionárskej štruktúry preto zabezpečuje prednostné právo akcionárov na upísanie nových akcií, čím sa zabezpečuje akcionárom možnosť udržania si proporcionálneho podielu na základnom imaní spoločnosti v prípade zvýšenia základného imania spoločnosti upísaním nových akcií. Upísaním nových akcií pôvodnými akcionármia tak možno efektívne zabrániť zmenám vo vlastníckej štruktúre, čo má vplyv nie len na majetkové práva pôvodných akcionárov vzhľadom na to, že ak stanovy neurčujú inak, výška dividendy bude určená podľa pomeru menovitej hodnote akcií toho ktorého akcionára k menovitej hodnote všetkých akcií, ale aj na nemajetkové práva akcionára, ako najmä právo na riadenie spoločnosti.

Právo na prednostné upísanie akcií nemožno stanovami obmedziť ani vylúčiť. Obmedziť alebo vylúčiť právo na prednostné upísanie akcií možno len uznesením valného zhromaždenia o zvýšení základného imania, ak to vyžadujú dôležité záujmy spoločnosti (napr. vydanie akcií zamestnancom spoločnosti) alebo ak to vyžaduje osobitný predpis. Za obmedzenie alebo vylúčenie práva na prednostné upisovanie akcií sa nepovažuje, ak podľa uznesenia valného zhromaždenia upíše všetky akcie obchodník s cennými papiermi na základe zmluvy o obstaraní vydania cenných papierov, ak táto zmluva obsahuje záväzok obchodníka s cennými papiermi, že predá osobám, ktoré majú právo na prednostné upisovanie akcií, na ich žiadosť, za cenu a v lehote určenej uznesením valného zhromaždenia akcie v rozsahu ich práva na prednostné upísanie akcií.

Upísanie časti nových akcií pôvodnou akcionárskou štruktúrou predstavuje obdobný náklad akcionárov ako potreba časti vlastného kapitálu pri žiadosti o poskytnutie úveru, preto upisovanie nových akcií, výlučne ako forma získavania kapitálu z externých zdrojov, nie je podľa nášho názoru pri súkromných akciových spoločnostiach optimálna a využitie tejto formy je vhodnejšie pre verejné akciové spoločnosti, ktorých akcie sú denne obchodované na burze a kde úmysel záujemcov o kúpu akcií je spravidla výlučne investičného charakteru a bez ďalších pohnútok vedúcich k ovplyvňovaniu bežného chodu spoločnosti.

4. FINANCOVANIE SPOLOČNOSTI VYDANÍM DLHOPISOV

Dlhopisom rozumieme cenný papier, s ktorým je spojené právo majiteľa požadovať splácanie dlžnej sumy v menovitej hodnote a vyplácanie výnosov z nej k určitému dátumu a povinnosť osoby oprávnenej vydávať dlhopisy tieto záväzky splniť.

Dlhopis je vydaný okamihom, keď sa zákonom ustanoveným spôsobom stane majetkom prvého majiteľa. V prípade listinných dlhopisov sa vyžaduje ich odovzdanie majiteľovi a zaknihované dlhopisy možno nadobudnúť zápisom na účte majiteľa cenného papiera a zároveň na klientskom účte vedenom centrálnym depozitárom cenných papierov. Činnosť spojenú s vydávaním dlhopisov vykonáva emitent. Emitent môže touto činnosťou poveriť právnickú osobu, ktorá má na túto činnosť oprávnenie. Emitent je povinný pri vydávaní dlhopisov zverejniť emisné podmienky dlhopisov v periodickej tlači s celoštátnou pôsobnosťou uverejňujúcou burzové správy, a to najneskôr sedem dní pred začiatkom vydávania dlhopisov.

Výhodou pri vydávaní dlhopisov, je skutočnosť, že emisné podmienky si vytvára samotný emitent. Tie zhrňujú všetky fakty o danom dlhopise obdobne ako prospekt cenného papiera podľa ZCP a tým plnia informačnú funkciu pre prípadných záujemcov o nadobudnutie tohto dlhopisu. Samozrejme je žiaduce, aby emisné podmienky boli nastavené vyvážene, napäťko pri neoptimálnom nastavení emisných podmienok môže mať emitent ťažkosti nájsť potrebné množstvo upisovateľov. Medzi podmienky, ktoré upisovatelia budú istotne zohľadňovať sú splatnosť dlhopisu, termíny splatnosti kupónu, možnosť a lehota na uplatnenie práva na predčasné splatenie menovitej hodnoty dlhopisov, termíny predčasnej splatnosti menovitej hodnoty, termíny a spôsob výplaty úrokového výnosu, účel použitia peňažných prostriedkov a pod.

Emisné podmienky je emitent povinný predložiť Národnej banke Slovenska najneskôr v deň začatia vydávania dlhopisov. Národná banka Slovenska rozhoduje o schválení emisných podmienok v správnom konaní a zverejňuje ich v Obchodnom vestníku. Emitent nesmie zmeniť emisné podmienky vydávaných dlhopisov s výnimkou zmeny označenia emitenta a platobného miesta, pokial' nie je zákonom ustanovené inak. Emitent zodpovedá za údaje obsiahnuté v emisných podmienkach a prípadne zmeny v týchto podmienkach je povinný do desať dní od ich platnosti zverejniť v periodickej tlači s celoštátnou pôsobnosťou uverejňujúcej burzové správy. Emisné podmienky sú pri zákonom stanovených prípadoch keď sa vyžaduje prospekt cenného papiera, nahradené príslušné časti prospektu cenného papiera.

5. FINANCOVANIE SPOLOČNOSTI SKRZ CROWDFUNDING

Jedná sa o metódu financovania projektov a podnikateľských zámerov, pri ktorej sú vyberané malé čiastky od veľkého počtu ľudí a to typicky skrz internet. Napriek uvedenému nepodlieha predmetu úpravy zákona č. 203/2011 Z. z. o kolektívnom investovaní, napäťko „investori“ spravidla nenadobúdajú podielové listy alebo majetkovú účasť v tuzemskom alebo zahraničnom subjekte kolektívneho investovania.

V rámci crowdfundingového konceptu poznáme 4 základné typy a to:

Donation-based

Tento typ by sa dal preložiť ako „založený na darcovstve“. Jedná sa o darovanie peňazí, napäťko prispievateľ nedostane žiadnu protihodnotu za svoj dar. Tento typ sa používa v prípadoch, keď sú prostriedky vyberané na verejne prospěšnú vec.

Reward-based

Jedná sa o typ „založený na odmenení“. Tento typ je vo všeobecnosti považovaný za najbežnejší typ crowdfundingu. Odmeny sú pevne nastavené od začiatku kampane a každý prispievateľ presne vie, čo za svoje príspevky dostane.

Debt-based

Ako názov napovedá, ide o typ „založený na dlhu“ pri ktorom sa jedná pôžičky peňazí. Tomuto spôsobu sa tiež hovorí peer-to-peer (ďalej ako P2P) pôžičky. U tohoto špecifického druhu crowdfundingu požičiava veľké množstvo subjektov jednému subjektu skrz špecializovanú P2P platformu, vďaka ktorej je možné obísť finančné inštitúcie. Motív tých, ktorí požičiavajú svoje voľné prostriedky je spravidla zisk, ktorý predstavuje pevne dohodnutý úrok. Motívom pre tých, ktorí si peniaze požičiavajú je práve nižší úrok, než poskytujú štandardné peňažné ústavy a finančné inštitúcie.

Equity-based

Základní princíp fungovania tejto metódy spočíva v tom, že prispievateľ dostáva ako protihodnotu svojho príspevku podiel na spoločnosti. To z equity-based crowdfundingu robí jednu z možností priameho investovania do spoločnosti.

Crowdfunding ako taký resp. koncepty vyššie popísané, nie je možné jednotne subsumovať pod platnú právnu reguláciu. Hoc môžeme vidieť isté paralely s režimom pôžičky, daru či budúcej kúpy, je žiaduce mať jednotnú právnu normu, ktorá by regulovala len crowdfunding a definitívne ho oddelila resp. vymedzila mimo bankových činností. Rovnako je ho potrebné vymedziť mimo kolektívneho investovania, v ktorom správcovské spoločnosti vytvárajú podielové fondy zhromažďovaním spoločného majetku podielníkov a majetkové práva podielníkov sú reprezentované vydávanými podielovými listami. Štandardné fondy sú zároveň obchodované na burze cenných papierov.

Problémov s aktuálnym regulačným nastavením crowdfundingu je viacero. Regulácia crowdfundingu nie je založená na posúdení dopadov regulácie, ale na skutočnosti, že niektoré jeho činnosti spadajú pod definície stanovené v rámci regulácie väčších a rizikovejších trhov a činností. To znamená, že regulácia môže byť neprimeraná, a preto buď crowdfunding nadmerne reguluje, alebo prípadne niektoré jeho aspekty reguluje nedostatočne. Keďže niektoré modely nepatria do rámca Smernice Európskeho Parlamentu a Rady 2014/65/EÚ 15. mája 2014 o trhoch s finančnými nástrojmi ktorou sa mení smernica 2002/92/ES a smernica 2011/61/EÚ (prepracované znenie) známu pod skratkou MiFID, môže im chýbať potrebný dohľad regulátora. Dohľad môže byť prínosom pre celkové fungovanie trhu nielen preto, že môže zabrániť zneužitiu a chrániť spotrebiteľov, ale aj preto, že poskytuje a buduje dôveru účastníkov trhu, najmä spotrebiteľov. Chýbajúca harmonizácia na úrovni EÚ znamená divergenciu trhov. Niektoré štáty, ako napr. Taliansko, už prijali a dokonca aj novelizovali svoj zákon, zatiaľ čo niektoré ešte len zvažujú, či crowdfunding regulovať.

ZÁVER

Alternatívne spôsoby financovania spoločností nielenže začínajú zastávať riadne miesto popri tradičných poskytovateľoch kapitálu, ale zásluhou technologického rozvoja a zjednodušením globálneho prístupu k internetu začínajú byť v niektorých prípadoch, v závislosti od účelu a zámeru financovania, preferovanou voľbou. Nakoľko sa v minulosti už ukázala potreba regulácie spoločenských vzťahov medzi veriteľmi a dlžníkmi, či spoločnosťou a jej spoločníkmi, čo ho výsledkom bolo napríklad prijatie zákona o cenných papieroch a investičných službách a jeho následných 55 novelizácií, či prijatie zákona č. 203/2011 Z. z. o kolektívnom investovaní, zastávame názor, že podrobnejšia právna regulácia upravujúca crowdfunding najmä vo forme „reward-based“ a „debt-based“ bude časom nevyhnutná. Obdobné stanovisko zdieľa aj Národná banka Slovenska, ktorá v rámci tlačovej správy zo dňa 10. 05. 2017 uviedla, že „problematiku crowdfundingu vníma ako aktuálnu tému s rýchlo sa rozširujúcim potenciálom. NBS monitoruje crowdfundingové aktivity, a preto upozorňuje verejnosť, že oblasť crowdfundingu a činnosti s ňou spojené nepodliehajú jej dohľadu. Samotná účasť verejnosti na týchto aktivitách je konaním na vlastnú zodpovednosť. NBS tiež upozorňuje, že finančné prostriedky, ktoré sú súčasťou činností spojených s crowdfundingom, nepodliehajú ochrane vkladov ani ochrane investícií.“

POUŽITÉ PRAMENE

1. ŠPAČEK, J. *Crowdfunding se zaměřením na Kickstarter a jeho kampaně*. Univerzita Pardubice, Fakulta ekonomicko-správní, 2015.
2. DĚDIČ, J. In DĚDIČ, J. PAULY, J. *Cenné papiry*. Praha: Prospektrum, 1994, ISBN 80-85431-98-X
3. HOLUB, D. *Právo cenných papierov*. Bratislava : Wolters Kluwer s. r. o., 2016, ISBN 978-80-8168-422-7
4. SUCHOŽÁ, J., HUSÁR, J. a kol. *Obchodné právo*. Bratislava: Iura Edition, s. r. o., 2009, ISBN 978-80-8078-290-0
5. Obchodný zákoník, zákon č. 513/1991 Zb.
6. Občiansky zákoník, zákon č. 46/1960
7. Zákon č. 566/2001 Z. z. z 9. novembra 2001 o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch)
8. Zákon č. 530/1991 Zb. o dlhopisoch
9. Zákon č. 203/2011 Z. z. o kolektívnom investovaní

KONTAKT NA AUTORA

ferenci@jmaf.sk
Juhás, Marják & Ferenci s. r. o.
Mojmírova 12
040 01 Košice
Slovenská republika

Dr. iur. Jānis Grasis

Rigas Stradiņš University, Faculty of Law

Fiduciary deals and property in the legal system of Latvia

Abstract

Fiduciary deal, resulting in the fiduciary ownership, is one of the analogous institution to the trust in Continental law countries. Fiduciary deals existed in the Ancient Rome, and these deals were officially recognized during the reign of Roman emperor August Cesar. Following the established practice of the Senate of Russia, the Senate of the Supreme Court of the Republic of Latvia recognized fiduciary deals. There is a quick evolution of the fiduciary property at a nowadays in the Latvian civil law, based on the pre-war court practice. Today Latvian merchants use fiduciary deals in transactions by establishing fiduciary property. At a nowadays the fiduciary pledge is comparable unknown legal instrument in Latvia, but not enough used in the practise. Fiduciary pledge is compatible with Latvian legal system.

This research focuses on issues that relates to legal characteristic of fiduciary deals, fiduciary pledges and fiduciary property.

Key words: *Fiduciary deals, fiduciary property, trust, analogous instrument.*

JEL Classification: K150

INTRODUCTION

The aim of the paper aim is to research legal aspects of fiduciary deals and property in the Latvian legal system.

Probably the declaration by the M.S. Amoss that “English trust are spread throughout like eggs of the Cuckoo in the Continental law countries”(Amos, 1937) is exaggerated, however this expression has a truth. Also in the law systems, which is not based on the English common law and equity, there are law instruments by its essence similar to the Common law trust. Notwithstanding Latvian legal system belongs to the Continental law system, however we could find analogous instruments to the trust, including the fiduciary deals.

The paper focuses on the aspects of the civil law in relation to the court practise concerning fiduciary deals and property.

Materials and Methods. The research methods have included descriptive, analytical and deduction-induction ones. By applying these methods, legal acts, opinions of law scientists and court practice were analyzed, which was followed by drawing conclusions and drafting recommendations.

1. RESULTS

Fiduciary deals existed already in Ancient Rome. The most ancient legal form of pledge was *Fiducia cum creditore* (in Latin language). Debtor, in order to ensure the repayment of its debt, transferred as a pledge some object in legal ownership by solemnly ceremonial act – *mancipatio* or *in iure cessio*, with trust to creditor (*fiducia*): “*Fiducia est, cum res aliqua sumenda mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur* (The trust is when a case, because of a loan, some object is either emancipated or ceded to a court in pretor)”. It was only agreement of trust (Pactum fiduciae), that, after the repayment of the debt, the creditor will return the object and the ownership of the debtor (by the same solemn acts). The creation of such deals is explained either by the lack of appropriate forms or by practical convenience in individual life situations. Fiduciary obtained all rights from the deal and used them either as an owner or as otherwise, depending on the deal. But since there is a known internal relations between him and the other, he must use his rights within the limits of these internal relations, as determined by mutual agreement between the two parties. If the fiduciary breaks the trust, then he must be liable to the counterpartner of the damage suffered, but the deal between them remains in force unless it has been illegal. It was impossible to sue the creditor in court for failure; an evil-minded creditor was only threatened by the defamation of the citizen (infamia – in Latin language) for breaking the trust. According to German lawyer P.Oertman, “third parties (including the beneficiaries) had no legal right to fiduciary and had to treat the will of the fiduciary with confidence” (Oertman, 1890). Subsequently, a special claim against creditor for breaching the trust was created in the rights of the Praetor – *actio fiduciae*. However, as Voldemar Kalnins points out, then, from a legal point of view, the legal forms of the *fiducia cum creditore* pledge institute were poorly expressed in ancient Rome, as well as practically uncomfortable and inadequate (Kalnins, 1977).

Fiduciary pledges were recognized in Latvia already in the 20-30ties of the last century. Civil Cassation Department of the Senate of the Republic of Latvia in its judgement of January 31, 1931(Konradi, Valters, 1931) gave the following explanation of the fiduciary pledge: “...the debtor shall provide his creditor with the pledge of the property by transferring the property to the creditor in the ownership with the agreement that, in the case of payment of the amount of the debt, the creditor must return the property to the property of the former debtor, but otherwise the creditor is entitled to sell the property on the general basis and on its behalf; if the buyer of the property knew that the property had been pledged for sale to a creditor with a fiduciary pledge, the buyer would legally acquire ownership rights for that property”. A broad comparative study on fiduciary pledges in German and Latvian law has been carried out by Kaspars Balodis (Balodis, 2001).

2. DISCUSSION

As mentioned already fiduciary deals existed in the Ancient Rome, and these deals were officially recognized during the reign of Roman emperor August Cesar: their recognition arose from the betrayal of a friend who had broken his trust. A wealthy Roman family's father asked a friend to become his fiduciary representative in the event of his death. The wife of a family father was not a Roman citizen, so neither she nor her children could inherit under Roman law. Therefore, the head of the family offered to his friend to

become his heir, provided he would manage the property in favor of the children of the deceased. After the death of a family head, a friend soon got heritage, but broke his promise and began to use the property in his own interests. Such an unfair step attracted the attention of the Emperor of Rome, and the emperor ordered to start legal procedures against "fiduciary owner" in the court. The judges found "a friend" guilty of betrayal and he was punished.

Fiduciary deal, resulting in the fiduciary ownership, is one of the analogous institution to the trust in Continental law countries. There is a quick evolution of the fiduciary property at a nowadays in the Latvian civil law, based on the pre-war court practice. If at the beginning in the commentaries of the Civil law by Mr. A.Grutups the fiduciary property was not even mentioned (Commentaries on Civil law: Property, 1996) then in the revised commentaries fiduciary property was recognized as a special kind of property (Commentaries on Civil law, 2002). In the pre-war Latvia fiduciary deal was recognized step by step in the court practice of Senate.

The concept arose under Roman law from the word "Fiducia", which understood the agreement, - to alienate by mancipation or cessation to the Praetor (*in jure cessio*), but not the tradition - of making a commitment to do something, or to give back to the alienator. V.Sinaiskis concedes the fact that the "Fiducia" derives from *lex mancipia*, according to which, everything was binding under mancipation; however, not all of this law could be expressed. Fiducia came under protection of the godness Fide, it means, became a special formal agreement with regard to mancipation and the cessation in *iure* (Sinaiskis, 1930-1931). Ancient Roman expression says: "fide, sed cui, environment! (Trust, but look, to whom trust)".

In the Latvian conversation dictionary, the definition of "Fiduciary transaction" follows the definition of "fiduciary transactions are when the parties endeavour to achieve a certain practical purpose and trust each other, choose to achieve those objectives which have legal effects below this purpose, i.e. the fiduciary transactions are transactions when the external form of deals are more than the will of the acting party"(Sinaiskis, 1930-1931). Professor A.Loebers has given the following definition of fiduciary transaction in his article: "The core of Fiduciary transactions are that to direct them towards a legal formal effect that actually goes beyond their economic purpose"(Loebers A., 1933). At the end of the Article, a Professor finds, that the "fiduciary transactions are indeed recognised and widely applied in our economic life. It is the task of science and practice to define legally such transactions and to establish their legal nature by displaying them in the legal system for business, and to find their key signs by means of differential diagnosis, as compared to other institutions"(Loebers A., 1933). Whereas the Latvian lawyer J.Grinbergs also observed many similarities between fiduciary transactions and reverse transactions in the practice of bill of lading (Grinbergs, 1933).

From the point of view of a civil law transactions, the main problem of fiduciary transactions is the following: what happens if the fiduciary, in violation of the mutual agreement, illegally sells property to a third party? Is it possible in such case, that the fiduciary may start a personal claim only against the fiduciary person, or is it possible to claim in rem against a third party?

Senator A. Loebers considered that, in the event that the "Fiduciary had breached his obligations vis-à-vis his fiduciary, for example, contrary to the agreement had sold real property to a third person, he or she is under the responsibility of the debtor to fiduciary, but the latter never had the right to contest the sales contract with regard to the buyer, even

if the buyer would be aware of the existence of the fiduciary agreement, unless the conditions of the fiduciary agreement contract itself shows that the fiduciary has not been granted the right of sale, and if such a restriction would be the subject of the relevant note in the Land registers" (Loebers, 1933). This was also confirmed in the pre-war case law. A typical example is claim of Berk Abram against the inheritance the deceased Johan — Kristof Nutovcs, Artur Medlinger and the Latvian state in the person of Ministry of Finance on recognition of sales contract as fictive, which was considered by the Latvian Senate in civil cassation instance on January 31, 1931. The case was as follows. Berk Abram had entered into a fiduciary agreement with the Artur Medlinger on 9 March 1912, according to which Medlinger for the applicant's money and at the expense of the applicant had purchased real estate, which was the subject of the dispute. In the Land register, real estate was entered into the name of the Medlinger. Medlinger, without consent of the applicant, had sold real property to the Ministry of finance on June 5, 1921, and real property was registered in the name of the Ministry of Finance on October 29, 1924. The Ministry of finance insisted that the applicant may bring the claim only against his/her counterpart, it means against Artur Medlinger, as the Land register did not contain any notes relating to the fiduciary transaction. The Court decided in favour of the defendant, the Ministry of finance (Case No. 15/31, 1931).

However, in my opinion, from the point of view of modern civil rights, such a decision was not good founded, as also for fiduciary deals, the buyer's good faith should be taken into account. According to sworn advocates Arthur Hamanis and Ernst Petersons of Berka Abrams, the Ministry of Finance was not sure for the accuracy of its action, and therefore made inquiries about Artur Medlinger with the assistance of the criminal police, and requested a legal opinion from the Ministry of Justice. In particular, it should be stressed that the Ministry of Justice in its opinion has not recommended the Ministry of Finance to make a deal because it is considered to be a purchaser in bad faith (Case No. 15/31, 1931). Moreover, A. Medlingers itself, after the deal was concluded, but before the deal was corroborated in the Land Register, asked for an annulment of the purchase - sale contract (Case No. 15/31, 1931). If the Ministry of Finance had indeed known nothing about the fiduciary deal, it would be considered a good faith acquirer, but it was not so in the case in question. In addition, a similar approach is also laid down in Article 7 of the European Trust Law (Principles of European Trust Law, 2009).

Fiduciary deals (Доверительные акты — in Russian language) were also recognised by the Senate in Tsars Russia and they were strictly delimited from simulated or fictitious deals. The judgment of the Russian Senate No 12/33 can be cited as one the characteristic example of fiduciary deals practice (Loebers, 1933). In this case Sofia S. brought an action against its husband Anatolij S. and against a third party Mering for the recognition of the property rights of a bond issued in favour of the Anatolij S. The case was as follows: Anatolij S. married to a rich woman Sofia S., who owned significant properties. Soon after the wedding, Sofia S. issued to her husband power of attorney to manage all of his properties. On the basis of this mandate, Anatolij S. sold manor house of its wife to the Mering. For securing the residual purchase price, Merings, following the request of Anatolij S., and with the consent of Sofia S., issued a bond directly to Anatolij S. in order to facilitate settlement. With time the relationship between spouses has deteriorated dramatically as the Anatolij S. started inhumane treatment with his wife. On the occasion of the term of payment of the bond, Anatolij S. demanded from the debtor the pay on its own behalf and in favour of himself.

Then Sofija S. initiated the claim against her husband Anatolij S. and Mering as a third party, demanding:

1. to recognize her ownership of the bond and the amount of money from it;
2. to force Anatolij S. to pass bond to her.

The Senate of Russia satisfied the woman's claim by formulating the question as follows: "Can you ask for the recognition of a bond for the property of a person who, under the bond, is not figured out as a creditor?" The Senate concluded in the judgment that the contract concluded between the spouses, on whose basis the bond has been transferred directly to Anatolij S., is not recognised as fictitious or simulated. The nature of the spouses deal is that, according to the intention of the spouses, the real creditor of the bond and the genuinely interested person are Sofia S., but not the formal creditor Anatoly S., which can be recognised in this case as a representative - silent deputy of Sofia S. Both parties – the spouses S. - in their mutually concluded fiduciary deal, had expressed their determined, serious will that third person Mering, will issue a bond directly to Anatolij S., as the silent deputy of wife Sofia S.

While a fiduciary deal in Tsars Russia was recognized as an existing and permitted deal, however, a fiduciary deal contrary to the law was null and void. Also because of the lack of willingness expressed by the parties, the fiduciary deal was possible to challenge in the court. A typical example is decision of Senate of Russia in the case 01/86 in which Rinina had initiated the claim against Galkin and Palicin (Loebers, 1933). Rinina instructed her governor Galkin to rent for her manor house from Palicin. Galkin, who valued the lease of the manor house as very beneficial, persuaded Rinin lease to be transferred to him — Galkin name, telling her that the real tenant would be she — Rinin, and he would only be the person mentioned in the documents (подставное лицо – in Russian language). Then, thanks to a secret agreement with Palicin, Galkin declared himself as the real tenant and completely started pushing Rinina out of the rent. Then Rinina in claim against Galkin and Palicin demanded to be entitled as tenant of the manor house on the basis of the fact that Galkin, after agreeing with Palicin, had misappropriated the tenant rights. Senate of Russia acknowledged that claim by Rinina must be satisfied.

In this case, the fiduciary deal with which Rinina trusted Galkin to transfer the lease contract to his name was in itself contested as having happened in a false way, where there was a lack of free will of fiduciary – Rinina. Consequently, the contract of execution is also trashed, it is, the transfer of the lease contract to Galkin's name, because the other bidder, Palicin knew about Galkin's illegal conduct. Therefore, Rinina was able to start the claim against both parties of the executing contract, Galkin and Palicin, demanding for the recognition of lease rights directly to her and not limited to a simple damages claim against the unfaithful fiduciary Galkin.

Following the established practice of the Senate of Russia, the Senate of the Supreme Court of the Republic of Latvia recognized fiduciary deals. The following is a typical, very interesting example of the first years of the independent Republic of Latvia. On 31 May 1923, the Civil Cassation Department of the Supreme Court of the Republic of Latvia examined the appeal of the cassation of Lina, Leo and Benno-Nikolai Maler (heirs of Moisei Maler) against the mass of Nikolai Tebel's heritage. According to Article 780 (3) of the Tsars Russian Round Act, Jews were prohibited from obtaining a real estate in countryside of Vidzeme. In order to bypass this ban, Nikolai Tebel, on the basis of a

fiduciary deal, as a fiduciary in 1910 by an agreement with Count Medem, obtained the hereditary rights of the use Stukman Manor's as the piece of obrok and the property rights to the buildings in this parcel, acting on in favour of Moisey Maler, but not on behalf of Maler. At the same time, Nikolai Tebel had assumed the right to transfer to Moisei Maler at any time and never denied it. Neither for Moisei Maler or his heirs, Nikolai Tebel had never made any obstacles to the use of real estate. According to the rapporteur of the case, Senator A.Loeber, in view of the repeal of the laws on Jewish restrictions, there were no obstacles in 1923 to transfer the immovable property to the heirs of the deceased Moisei Maler. However in this case, the appeal of cassation was rejected because of an error by the attorney of law for Moisei Maler: he had brought the claim for the recognition of the rights of use and property to land and buildings and the corroboration of these rights in the Land Register, but not for the recognition and enforcement of the fiduciary deal (Judgements of Senate of Latvia, 1918-1940).

An analogue legal case was dealt with on 26 October 1928 at the hearing of Civil Cassation Department of the Senate of the Republic of Latvia in Catherine Balode's claim against Anete, Arvid, Andrej, Eduard, Arthur and Janis Balodis for the property rights to the plot of land (LVVA, 1929).

Today Latvian merchants use fiduciary deals in transactions by establishing fiduciary property. Of course fiduciary relationships are too confidential, so such deals can only be judged in cases that appear publicly in court practice. One such dispute over the fiduciary property was considered in Riga Regional Court, where the applicant, Vladimir Krastins, brought a claim against a company registered in Switzerland „Korowo Invest AG” (Reg. No. 007002244; Adresse: Hauptgasse 41, 9050, Appenzell, Switzerland) on 17 December 2003 on the recovery of damages (Civil case, 2003). The substance of the case is as follows: between the applicant Vladimir Krastins and the defendant Korowo Invest AG was concluded a fiduciary contract/mandate on 6 February 1997, which renewed a fiduciary contract concluded between the same parties on 26 November 1993. The fiduciary contract/mandate was subject to Swiss law regulation, in particular the rules of Obligations for the mandate. In the preamble of the contract it was stated that Korowo Invest AG was registered in the Enterprise Register of the Republic of Latvia as a holder of 78% of the shares of Latvian company SIA “Vars”. With the fiduciary contract, the defendant Korowo Invest AG committed on its behalf, but at the expense and the risk of the applicant Vladimir Krastins to hold 42% of the share capital of the Latvian company SIA “Vars”. Paragraph 2 of the fiduciary contract specifically stated that the shares of that capital, which Korowo Invest AG holds on its behalf, are obliged to manage in favour of the applicant Vladimir Krastins. Whereas in accordance with paragraph 4 of the fiduciary contract, Korowo Invest AG committed to take into account the interests of the applicant with the same diligence under which owner treats the shares belonging to it, which are in accordance with Article 398 of the Swiss Obligations Law: „According to the general principle, the authorized person shall be responsible with the same diligence as an employee in the legal labour relationship. He shall be responsible for the reliable and diligent execution of the task entrusted to him” (Aeppli, 2004).

Defendant and “Bellinger Enterprise Ltd.” on 20 January 2000, with the consent of the applicant, entered into a capital share purchase contract by which the defendant sold the shares amounting 51% of the statutory capital of SIA “Vars” which were in holding of him. As the fiduciary contract concluded between the applicant and the defendant was not amended after this transaction, then defendant continued to held and managed all

remaining 32,73% of SIA “Vars” share capital in the interests of the applicant and at his expense. However, the defendant, without any instruction or authorisation from the applicant, by gross violation of the provisions of the fiduciary contract, sold the remaining capital shares 32,73% of the share capital of SIA “Vars” to SIA Lukoil Chemical B.V. at the beginning of 2002. In accordance with Paragraph 1 of the Article 97 of the Swiss Obligations Law, the debtor is obliged to pay damages resulting from a breach of the contract or a contractual obligation as a result of inadequate performance (Aeppli, 2004).

3. CONCLUSIONS

Latvian legal system belongs to the Continental law system, but still we could find legal instruments analogous to the trust: fiduciary deals, fiduciary property and fiduciary pledge. At a nowadays the fiduciary pledge is comparable unknown legal instrument in Latvia, but not enough used in the practise. Fiduciary pledge is compatible with Latvian legal system.

As a result of summary of the above-mentioned practice of both the beginning and the end of the last century, it must be recognised that the fiduciary property is in particular not unlike the ownership relationship formed in the trust between the trust founder and the trustee. Although the fiduciary assets are registered on behalf of the fiduciary, these assets cannot be considered as fiduciary personal assets, nor creditors of the fiduciary cannot start recovery against them. It is the same like the trustee is the legal owner of the trust assets, but these assets cannot be considered as its own private assets.

Fiduciary deal, resulting in the fiduciary ownership, is one of the analogous institution to the trust in Continental law countries. There is a quick evolution of the fiduciary property at a nowadays in the Latvian civil law, based on the pre-war court practice. If at the beginning in the commentaries of the Civil law by Mr. A.Grutups the fiduciary property was not even mentioned, then in the revised commentaries fiduciary property is recognized as a special kind of property. In the pre-war Latvia fiduciary deal was recognized step by step in the court practice of Senate.

The following findings were discovered:

1. Fiduciary deals existed in the Ancient Rome, and these deals were officially recognized during the reign of Roman emperor August Cesar.
2. Following the established practice of the Senate of Russia, the Senate of the Supreme Court of the Republic of Latvia recognized fiduciary deals.
3. Today Latvian merchants use fiduciary deals in transactions by establishing fiduciary property.
4. It must be recognised that the fiduciary property is in particular not unlike the ownership relationship formed in the trust between the trust founder and the trustee.

4. RECOMENDATIONS

It might be useful to use fiduciary deals in transactions between companies and natural persons, in cases when we have “gaps of law” for specific legal needs.

If Latvia will elaborate law on the private international law in the future, a separate subchapter must be devoted to the fiduciary deals/trusts: indicating the criteria for the applicable law, definition of the fiduciary deals/trust must be given. The European trust law principles, created by the prominent trust law experts, is a good handbook for the lawyers of the European countries, and could serve as a guidelines for the elaboration of the new trust law in Latvia.

REFERENCES

1. Aeppli H. OR. Schweizerisches Obligationenrecht. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2004.
2. Amos M.S. The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations// Harward Law Review. Vol.50 (1937) p.1263.
3. Balodis K. Sicherungsbereignung im deutsch – lettischen Rechtsvergleich. Rīga: Latvijas Universitāte, 2001. Fiduciary pledges in Latvia is discussed in pages 188 – 289.
4. Case N0. 15/31. Latvijas valsts un vēstures arhīvs (LVVA) 1535 t., 3.apr., 5641. lieta, p.2 – 28.
5. Civil case No. 2303/13 of 17 December 2003 at Riga Regional Court Vladimir Krastiņs claim against Korowo Invest AG (Switzerland).
6. Civillikuma komentāri: Īpašums (Commentaries on Civil law: Property). Edited by A.Grūtups. – Rīga: Mans īpašums, 1996.
7. Grūtups. A, Kalniņš E. Civillikuma komentāri. Trešā daļa. Lietu tiesības. Īpašums. (Commentaries on Civil law. Rights in Rem. Property) Otrais papildinātais izdevums. – Rīga: Tiesu nama aģentūra, 2002., 21.-22.lpp.
8. Kalniņš V. Romiešu civiltiesību pamati (Basics of Roman civil law). Rīga: "Zvaigzne", 1977, p.123.
9. Konradi F., Valters A. (Sast.). Izvilkumi no Latvijas senāta Civila kasācijas departamenta spriedumiem. VII sēj. Rīga: Autoru izdevums, 1931, p.30 – 32.
10. Latvijas Senāta spriedumi (Judgements of Senate of Latvia) (1918- 1940) 7.volume. Senāta civilā kasācijas departamenta spriedumi (Judgements of the Civil Cassations Department of the Senate). Rīga: Latvijas Republikas Augstākā Tiesa, Senatora Augusta Lēbera fonds, 1997, p.126 – 128.
11. Loebers A. Fiduciari darījumi// Tieslietu ministrijas vēstnesis, 1933, Nr.9/10, 222.lpp.
12. Oertman P. Die Fiducia im Roemischen Privatrecht. Berlin, 1890. s.135
13. Principles of European Trust Law. Edited by D.J.Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E.Verhagen. Kluwer Law International – W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.
14. Sinaiskis V. Fiducia. Latviešu konversācijas vārdnīca, V sējums. Rīga, A.Gulbja apgāds, 1930-1931, 8548-8550 lpp.
15. LVVA. 1535 t., 3.apr, 3508 lieta, p.2 – 10.

CONTACT INFORMATION

Janis.Grasis@rsu.lv
Rigas Stradiņš University, Faculty of Law
16 Dzirciema Street, Riga
LV-1007 Latvia

JUDr. Martin Husár, D.E.S.¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Zmluvné vzťahy pri „piggybackingu“

Contractual relationships within "piggybacking"

Abstrakt

Táto práca sa zaobrá analýzou ekonomického resp. marketingového inštitútu „piggybacking“, ktorý označuje vzťah, pri ktorom spravidla väčšia spoločnosť umožňuje menšej spoločnosti dostať sa na nové trhy tým, že jej poskytne vlastné distribučné kanály. Tento inštitút bude analyzovaný ako z hľadiska aplikácie rôznych zmluvných typov podľa slovenského práva, tak aj z hľadiska rozhodného práva v prípade vzťahov medzi subjektmi z rôznych krajín.

Kľúčové slová : Piggybacking, zmluvné vzťahy, rozhodné právo

Abstract

This paper is focused on the analysis of economic or marketing term "piggybacking", which indicates a relationship whereby generally a large company allows a smaller company to access new markets by providing its own distribution channels. This institute will be analyzed in terms of the application of different types of contracts under Slovak law and in terms of applicable law in case of relationship between entities from different countries.

*Key words:*Piggybacking, contractual relationships, applicable law

JEL Classification: K120

ÚVOD

Cieľom práce je analyzovať marketingový pojem „piggybacking“, ktorý začala používať ekonomické literatúra v 80-tych rokoch minulého storočia najprv v Spojených štátach amerických a neskôr aj v Európe. Jedná sa o vzťah medzi dvomi subjektmi, pri ktorom väčší subjekt na trhu poskytuje inému, spravidla menšiemu subjektu možnosť, za úplatu, využiť jeho distribučné cesty a predávať takto svoje produkty. Vzhľadom na to, že

¹ JUDr. Martin Husár, D.E.S. je externým doktorandom Katedry obchodného práva a hospodárskeho práva UPJŠ, Právnickej fakulty v Košiciach.

pôvodne ekonomicke pojmy, ako franchising alebo leasing, sa časom udomácnili v právnej oblasti, je cieľom tejto práce overiť, či „piggybacking“ je možné považovať za nový zmluvný typ a ak nie, aký zmluvný typ je možné na tento inštitút aplikovať.

1. VYMEDZENIE PIGGYBACKINGU

Pojem piggybacking sa začal relatívne nedávno používať v odbornej literatúre zameranej na marketing, ale i v marketingovej praxi. Tento výraz pochádzajúci z angličtiny možno voľne preložiť ako nosenie sa na chrbte iného človeka². Piggybacking popísali podľa dostupných údajov prvýkrát V. Terpstra a J. Y. Chwo-Ming v práci „Piggybacking – A Quick Road to Internalization“ z roku 1988. Uvedení autori vymedzili piggybacking ako dojednanie, pri ktorom jeden výrobca ponúka produkty iného výrobcu. Prvý producent „carrier“ (v tomto prípade nosič) uskutočňuje ako distribútor marketing produktov druhého producenta „rider“ (t.j. jazdec). Skutočnosť, že jazdcove produkty sú distribuované iným producentom môže priniesť významné benefity jazdcovi v porovnaní s využitím bežného distribútoru (Terpstra, Chwo-Ming, 1988, s. 2). Piggybacking, ako uvádzajú Terpstra a Chwo-Ming, je používaný spoločnosťami na obsluhu domáceho trhu, ako aj zahraničných trhov. Ako príklad uvádzajú spoločnosť Zenith vyrábajúcu počítače, ktorá uzavrela marketingovú dohodu so spoločnosťou Hewlett-Packard zameranú na predaj jej osobných počítačov v USA (Terpstra, Chwo-Ming, 1988, s. 2). Podstata piggybackingu spočíva v tom, že firmy sa dobrovoľne spoja – obvykle bez kapitálového alebo personálneho previazania - aby spoločne dosiahli nejaké ciele, ktoré nemôžu účinne dosiahnuť sami.

Pre oblasť distribúcie tovarov by bolo možné tento výraz vysvetliť ako postup, pri ktorom určitá osoba, ktorá na konkrétnom trhu nemá zatiaľ vybudovanú vlastnú distribučnú cestu, alebo chce túto cestu rozšíriť, využíva služby inej osoby, ktorá je na danom trhu etablovaná má zabehnutú distribúciu svojich produktov a je ochotná za odplatu, prípadne za iné protiplnenie, umožniť využívanie svojej distribučnej cesty inej osobe.

M. Katsioloudes a S. Hadjidakis vymedzujú piggybacking ako praktiku, ktorou výrobca využíva „predajnú silu“ a distribučnú sieť inej spoločnosti na predaj vlastných výrobkov (Katsioloudes, Hadjidakis, 2007).

H. Machková vymedzuje piggybacking ako formu spolupráce viacerých firiem z rovnakého odboru podnikania v oblasti vývozu, pri ktorej obvykle veľká a známa firma poskytuje za odplatu menším firmám k dispozícii svoje zahraničné distribučné cesty (Machková, 2006, s. 82).

Praktické využitie piggy-backingu demonštruje H. Machková na príklade spoločností Kofola a Danone (Machková, 2015, s. 70). H. Machková uvádzá príklad z českého trhu minerálnych vód, ktorý pre zahraničné prémiové značky nemá dostatočný potenciál najmä z dôvodu nižšej kúpnej sily a silnej konkurencie domáčich značiek minerálnych vód. Cenové rozdiely sú v kategórii balených vód veľké, pričom domáci spotrebiteľia uprednostňujú cenovo výhodnejšie domáce značky minerálnych vód. Medzinárodne známe prémiové značky minerálnych vód, ktoré majú stratégiu

² Definícia dostupná na <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/piggyback>, <https://www.phrases.org.uk/meanings/piggyback.html>.

celosvetového pokrytie produktov svojej značky, nechcú investovať veľké prostriedky do vybudovania distribučnej siete a preto uzatvárajú distribučné zmluvy s českými spoločnosťami, ktoré majú dobre vybudovanú predajnú sieť na distribúciu napr. kolových nápojov a môžu týmito minerálnymi vodami vhodne doplniť svoj sortiment.³

Ako synonymum výrazu „piggybacking“ používajú niektorí francúzski autori výraz „portage“⁴. Napríklad A. Deppe zdôrazňuje, že „portage“ predstavuje vzťah, v ktorom miestna spoločnosť (obvykle veľká spoločnosť) dáva k dispozícii exportnej spoločnosti (obvykle malá spoločnosť) svoje obchodné prostriedky a svoje know-how (savoir faire). Ide o formu medzinárodnej aliancie, v ktorej veľká spoločnosť (entreprise porteuse⁵) pomáha malému alebo strednému podniku (entreprise portée⁶) v uvádzaní jej produktov (doplňkových a kvalitných) na zahraničný trh, kde je usadená (etablovaná), a to poskytnutím distribučnej siete, posilnením predaja, logistikou, prieskumom trhu, štúdiami realizovateľnosti, pomocou pri hľadaní možností financovania, atď. (Deppe).

Olivier Torres uvádzá, že „portage“ je proces, ktorým podnik, obvykle malý alebo stredný podnik (SME), je „prenesený“ do zahraničia vďaka podpore veľkého podniku, ktorý mu poskytne svoju medzinárodnú sieť. Táto činnosť môže ísť od jednoduchého poskytnutia informácií týkajúcich sa krajiny, až po poskytnutie obchodného zastúpenia, dokonca sprevádzania pri rokovaniach v zahraničí (Torres, s. 42).

Iný prístup uplatňuje L. Alexandre-Leclair, ktorý považuje piggybacking za jednu z alternatív portage. Popri piggybackingu možno - podľa uvedeného autora – realizovať spoluprácu pri distribúcii tovarov aj formou spoločnej účasti na výstavách, prezentáciách tovarov a veľtrhoch, umožnením stáže vo veľkej spoločnosti zamestnancom malých spoločností, formou podpory vlastných zamestnancov pri vytváraní nových spoločností, ktoré budú kompletizovať ponuku produktov materskej spoločnosti alebo poradenstvom.

Piggy-backing teda nemožno zredukovať len na obchodné zastúpenie či na sprostredkovanie obchodných kontaktov, kúpy alebo predaja, či poskytovania služieb. Zatial čo rider („jazdec“) poskytuje výrobok, carrier (nosič) vykonáva marketingový prieskum, reklamnú činnosť, distribúciu daného tovaru, prípadne môže poskytovať záručný servis predaných výrobkov (Terpstra, Chwo-Ming, 1988, s. 10).

Piggybacking ako spôsob vstupu na trh je možné rozlišovať podľa rôznych kritérií. Pokiaľ ide o spôsob pokrycia trhu, V. Terpstra a J. Chwo-Ming rozdeľujú zmluvy o piggybackingu na zmluvy pokrývajúce jednu krajinu, napríklad z dôvodu, že ide o veľký trh alebo ide o trh, ktorý má významné prekážky na vstupe (Terpstra, Chwo-Ming, 1988, s. 4). Iné zmluvy o piggybackingu môžu pokrývať viaceré krajiny, napríklad na regionálnej alebo globálnej úrovni v prípade, že ide o vzájomne prepojené trhy, napríklad trhy EÚ, a pod.

Piggybacking môže byť - podľa V. Terpstra a J. Chwo - posudzovaný podľa kritéria reciprocity na recipročný a nerecipročný piggybacking⁷. Spoločnosti, ktoré majú významný podiel na lokálnom trhu môžu hľadať podobne silné spoločnosti na inom významnom trhu, aby si vzájomne pomohli pri vstupe na trhy, na ktorých pôsobia.

³ Príklad, ktorý uvádzá H. Machková sa týka spolupráce pri distribúcii spoločnosti Kofola, ktorá sa stala výhradným dovozcom značiek Evian a Badoit spoločnosti Danone.

⁴ Podľa Larousse výraz „portage“ znamená nosenie človeka na chrabte, ak cesty neumožňujú použitie vozidiel alebo zvierat <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/portage/62681>.

⁵ Podnik – nosič, zodpovedá anglickému pojmu „carrier“ v rámci piggybackingového vzťahu.

⁶ Podnik – jazdec, zodpovedá anglickému pojmu „rider“ v rámci piggybackingového vzťahu.

⁷ ATT a Olivetti využili recipročný piggybacking pri pokrytí trhov v USA a Európe.

V prípade delenia piggybackingu podľa rozsahu výrobkov títo autori uvádzajú, že rider („jazdec“) sa môže rozhodnúť, či bude uvádzať na trh prostredníctvom piggybackingu jeden alebo niekoľko výrobkov⁸ alebo celý sortiment svojich výrobkov (Terpstra, Chwo-Ming, 1988, s. 6).

Rovnako môže byť piggybacking poskytovaný aj vo forme spolupráce medzi spoločnosťou predávajúcou tovar a spoločnosťou poskytujúcou určitú službu, môže ísť napríklad o predajcu elektroniky (počítačov, tabletov, mobilných telefónov), ktorý za poplatok môže priamo nainštalovať do týchto zariadení aplikáciu resp. počítačový program inej spoločnosti, ktorá by sa takto chcela etablovať na iných trhoch.

Pascale Bueno Merino identifikuje ako strategické dôvody pre využitie portage (piggybackingu): i) získanie prístupu na vzdialený trh (prekonanie administratívnych a kultúrnych prekážok), ii) optimalizácia systému distribúcie (za účelom lepšieho pokrytie trhu) a iii) prekonanie počiatočných ľažkostí spojených so vstupom na zahraničný trh (spoločnosti bez skúseností a zahraničných kontaktov) (Bueno Merino, 2002, s. 7-8).

Eric Milliot poníma piggybacking ako jednu z piatich foriem obchodnej spolupráce s dominanciou jedného z partnerov, pričom ďalšími formami sú poskytnutie licencie, franchising, nadobudnutie minoritného podielu a vytvorenie joint-venture s dominantným subjektom (Bueno Merino, 2002, s. 5).

2. MIESTO PIGGYBACKINGU PRI DISTRIBÚCII TOVAROV

Z vymedzenia piggybackingu možno vyvodíť, že ide o vzťah spravidla dvoch (prípadne viacerých) nerovnocenných subjektov (z hľadiska ich pozície na konkrétnom trhu), z ktorých jeden má dobrú (zabehnutú, ustálenú) pozíciu na danom trhu, ktorú si prípadne má záujem vylepšiť poskytnutím komplexnejšej ponuky svojich produktov a iným subjektom, ktorý sa usiluje získať, resp. vylepšiť svoju doterajšiu pozíciu s využitím výhod vyplývajúcich z pozície zabehnutého subjektu.⁹

Za výhodu piggybackingu pre malé firmy považuje H. Machková možnosť využitia mena a skúsenosti veľkej firmy, ktorá poskytuje svojmu partnerovi viacero marketingových a logistických služieb. Pre veľké firmy je výhodou možnosť ponúkať zákazníkom kompletný sortiment a odplata, ktorú získava od svojich obchodných partnerov (Machková, 2006, s. 82). Pre veľké firmy môže byť podľa H. Machkovej nevýhodný v prípade, ak malé firmy nie sú schopné riadne a včas dodávať požadované množstvo tovaru, pretože by mohlo dôjsť k poškodeniu ich imidžu (veľké firmy zastrešujú operácie vlastným menom). Pre malé firmy môže byť nevýhodou tlak silnejších partnerov na nízke ceny, nevýhodné platobné podmienky a veľké nároky na kvalitu dodávok a logistiku (Machková, 2006, s. 82). L. Alexandre-Leclair zdôrazňuje, že piggybacking sa musí zakladať na dôvere medzi zúčastnenými subjektmi. Veľká firma tým, že sprístupňuje svoje kontakty, know-how, skúsenosti, nesie riziko prípadného zneužitia poskytnutých výhod, know-how alebo sprístupnených kontaktov zo strany ďalších zúčastnených subjektov (Alexandre-Leclair, 2004).

⁸ V prípade, že jeden z výrobkov výrobcu je určený spotrebiteľom, zatiaľ čo ostatné výrobky sú určené pre ďalšie výrobné využitie v priemysle, napríklad v oblasti chemického priemyslu.

⁹ Pre ilustráciu možno uviesť, že vo Francúzsku existujú veľké spoločnosti (napr. Engie, Total, Airbus), ktoré využívajú tento model obchodnej spolupráce s malými a strednými podnikmi. <https://www.pactepme.org/>

Piggybackingový vzťah môže vzniknúť aj medzi spoločnosťami patriacimi do jedného podnikateľského zoskupenia (koncernu, holdingu), kde väčšia spoločnosť poskytne menšej spoločnosti zo zoskupenia svoju distribučnú sieť.

Rovnako môže existovať i vzájomný piggybacking, kedy dve rovnako veľké spoločnosti operujúce na rôznych trhoch a predávajúce vzájomne nezastupiteľný tovar, sa rozhodnú preniknúť na druhý trh prostredníctvom spolupráce so spoločnosťou usadenou v inom členskom štáte. Takto prístup môže byť následne prospešný pre obe spoločnosti tým, že sa môžu etablovať na zahraničnom trhu.

3. ZMLUVNÉ VZŤAHY PRI PIGGYBACKINGU

Subjektmi vzťahov, ktoré vznikajú pri zmluvnom zabezpečení piggybackingu, by bolo možné označiť ako záujemcu o získanie prístupu na relevantný trh (t. j. osoba, ktorá vychádza z doslovného prekladu piggybackingu, je jazdcom, ktorý sa nesie na chrbte inej osoby – ďalej len „záujemca o vstup do distribučnej siete“, alebo skrátene „záujemca“) a osobu poskytujúcú prístup a know-how na relevantný trh (v doslovnom preklade ten, ktorý predstavuje chrbát na ktorom sa nesie jazdec – ďalej len „poskytovateľ prístupu do distribučnej siete“, alebo skrátene „poskytovateľ“).¹⁰

Záujemca má záujem na základe uzavretej zmluvy stať sa subjektom vzťahov, ktoré doposiaľ „fungovali“ len medzi poskytovateľom prístupu do distribučnej siete napr. ako predávajúcim a jeho obchodným partnerom ako kupujúcim.

Zmluvu medzi poskytovateľom prístupu do distribučnej siete a záujemcom o vstup do distribučnej siete možno pracovne označiť ako zmluvu o prístupe do distribučnej siete, pracovne tiež ako „piggybackingovú zmluvu“.¹¹

Charakter (právnu povahu) zmluvy o prístupe do distribučnej siete upravujúcej piggybackingový vzťah je potrebné vyvodiť z jej obsahu, t.j. z práv a povinností, ktoré pre zmluvné strany z tejto zmluvy vyplývajú. Základnou povinnosťou prístupu poskytovateľa je umožniť prístup do distribučnej siete záujemcovi s vymedzením produktov záujemcu a vymedzením kapacity vyjadrenej množstvom produktov alebo objemom a povinnosťou záujemcu je uhradiť odplatu za umožnenie prístupu a za služby spojené s distribúciou produktov.

V zmluve môže byť dohodnuté umiestnenie produktov záujemcu v predajnej sieti poskytovateľa, dojednanie prepravy produkty záujemcu spolu s produktmi poskytovateľa, zahrnutie produktov záujemcu do reklamnej kampane poskytovateľa, povinnosť poskytovateľa zabezpečovať servis a ďalšie podporné činnosti pre záujemcu v jeho servisnej sieti poskytovateľa a pod.

¹⁰ Uvedomujeme si, že pojmy „poskytovateľ prístupu do distribučnej siete“, či „poskytovateľ“ a „záujemca o vstup do distribučnej siete“, či „záujemca“ zodpovedajú predovšetkým fáze uzavierania piggybackingovej zmluvy a že obsahovo nezodpovedajú realizácie tejto zmluvy. Vhodnejšie by boli napr. pojmy zodpovedajúce konštrukcii označenia napr. subjektov mandátnej zmluvy, ktorími sú mandatár a mandant, či komisionárskej zmluvy, ktorími sú komisionár a komitent alebo zmluvy o obchodnom zastúpení, ktorími sú obchodný zástupca a zastúpený.

¹¹ Označenie tejto zmluvy ako zmluvy o prístupe je analogické označeniu zmluvy o prístupe do prenosovej sústavy, či zmluve o prístupe do distribučnej sústavy podľa zákona č. 251/2012 Z.z., o energetike.

Zmluva o prístupe do distribučnej siete (zmluva o piggybackingu) bude mať charakter nepomenovanej resp. inominátnej zmluvy (Obchodný zákonník, § 269/2).

Takéto zmluvy nie sú upravené v súkromnoprávnych kódexoch (v európskych podmienkach nazývaných „občiansky zákonník“, „civilný kódex“) jednotlivých štátov ako samostatný zmluvný typ. Súkromnoprávne kódexy jednotlivých krajín umožňujú uzavieranie tzv. nepomenovaných zmlúv (inominátnych kontraktov), v ktorých si môžu účastníci dohodnúť konkrétné podmienky zmluvnej úpravy vzájomných vzťahov, tak povediac na mieru ich vzájomného vzťahu. Využívajú pritom súkromnoprávnu zásadu (princíp), podľa ktorej v súkromnom práve platí „čo nie je zakázané, je dovolené“.

Slovenský Obchodný zákonník obsahuje úpravu nepomenovaných zmlúv v ustanovení § 269 ods. 2¹². Podľa tohto ustanovenia je inominátna zmluva platne uzavretá, ak strany dostatočne určili predmet záväzkov.

Podľa Olgy Ovečkovej „je to akési minimum viažuce sa na vznik zmluvy, ktoré vyplýva zo všeobecných požiadaviek na určitosť právnych úkonov.“ O. Ovečková poznamenáva, že „v praxi sa často možno stretnúť aj so zmiešanými zmluvami (causae mixtae), ako zmiešanú označujeme takú zmluvu, ktorá súčasne obsahuje charakteristické prvky viacerých zmluvných typov, prípadne aj prvky nepomenovanej zmluvy.“ Ako príklad označenia nepomenovanej zmluvy uvádza O. Ovečková „zmluvu o spolupráci“ prípadne „zmluvu o vzájomných obchodných vzťahoch“ a poznamenáva, že pri preskúmaní takejto zmluvy spravidla možno zistiť, že obsahuje jeden alebo viac zmluvných typov, prípadne aj úpravu vzťahov medzi zmluvnými stranami prostredníctvom nepomenovanej zmluvy (Ovečková, 2014, s. 114).

Zmiešané zmluvy sa využívajú najmä vtedy, ak si strany chcú upraviť vzájomné vzťahy v jednom zmluvnom dokumente (Ovečková, 2014, s. 114).

Úprava zmluvného vzťahu medzi poskytovateľom prístupu do distribučnej siete a záujemcom v zmluve o prístupe do distribučnej siete (zmluve o piggybackingu) môže vychádzať z konštrukcie obchodného zastúpenia.

Napr. Pascale Bueno Merino uvádza, že obchodná dohoda o prevode práv spojených s účasťou PMI (Bueno Merino, 2003)¹³ v medzinárodnom distribučnom systéme veľkého priemyselného podniku sa uskutočňuje uzavretím zmluvy o obchodnom zastúpení medzi PMI a dcérskou spoločnosťou priemyselnej skupiny so sídlom v zahraničí (Bueno Merino, 2003). Podľa tohto vymedzenia je vzťah medzi poskytovateľom a záujemcom založený na konštrukcii obchodného zastúpenia, v ktorom poskytovateľ je v pozícii obchodného zástupcu a záujemca v pozícii zastúpeného.

Vzťah medzi poskytovateľom ako obchodným zástupcom a záujemcom ako zastúpeným je modifikovaný oproti „štandardnému“ obchodnému zastúpeniu v tom, že kým pri „štandardnom“ obchodnom zastúpení má obchodný zástupca – použijúc terminológiu slovenskej právej úpravy obchodného zastúpenia - využívať činnosť smerujúcu k uzavretiu určitého druhu zmlúv alebo dojednávať a uzatvárať obchody v mene zastúpeného a na jeho účet (Obchodný zákonník, § 652/1) - z čoho možno vyvodíť, že v dobe uzavretia zmluvy o obchodnom zastúpení obchodný zástupca nemá ešte informácie o potenciálnych obchodných partneroch zastúpeného a ich záujme o produkty zastúpeného, ich množstve, kvalite a cenových predstavách, pri

¹² Občiansky zákonník upravuje nepomenovanú zmluvu v ustanovení § 51.

¹³ PMI - petites et moyennes industries – na rozdiel od pojmu PME, ktorý zahrňa všetky malé a stredné podniky, sa pojem PMI vzťahuje len na malé a stredné priemyselné podniky.

piggybackingovom vzťahu už v dobe uzavretia zmluvy zakladajúcej tento vzťah má poskytovateľ vybudované obchodné vzťahy s obchodnými partnermi, pozná daný relevantný trh, jeho kapacitu, veľkosť, tendencie vývoja a pod., pozná zákazníkov, ich záujmy, rozvojové predstavy, objemy tovarov, ktoré je trh schopný absorbovať, finančné možnosti zákazníkov a pod. Pri piggybackingovom vzťahu tak záujemca (v pozícii zastúpeného) vstupuje do vzťahu s poskytovateľom (ako obchodným zástupcom) do už vybudovaných vzťahov pri distribúcii produktov s obchodnými partnermi, čo by mu malo priniesť v krátkom čase očakávaný efekt z využívania distribučnej siete pri minimalizácii podnikateľského rizika.

Rozdiel medzi „štandardným“ obchodným zastúpením a modifikovaným zastúpením na základe piggybackingového vzťahu možno vidieť aj v tom, že kým pri „štandardnom“ obchodnom zastúpení je dominujúcim subjektom tohto obchodného vzťahu zastúpený, čo možno vyvodíť najmä z toho, že obchodný zástupca je povinný dbať na záujmy zastúpeného, konáť v súlade s jeho poverením a rozumnými pokynmi (Obchodný zákonník, § 655/1), tak pri modifikovanom zastúpení na základe piggybackingového vzťahu je spravidla výraznejším subjektom tohto vzťahu poskytovateľ (v pozícii obchodného zástupcu), ktorý tým, že disponuje aktuálnymi informáciami o danom trhu a o zákazníkoch, ktoré záujemca nemá, postupuje tieto informácie záujemcoví a záujemca sa tak ocítá (v pozícii zastúpeného), ako slabšia strana tohto vzťahu a reálne nemôže dávať pokyny poskytovateľovi.

Odlišnosť medzi „štandardným“ obchodným zastúpením a modifikovaným zastúpením na základe piggybackingového vzťahu spočíva aj v tom, že pri štandardnom obchodnom zastúpení je zastúpený tým, koho produkty sa v konečnom dôsledku dostávajú cez obchodného zástupcu k zákazníkovi, tak pri modifikovanom obchodnom zastúpení podľa piggybackingového vzťahu, prevláda stav, keď poskytovateľ priamo (nie ako obchodný zástupca) dodáva sám vlastné produkty priamo zákazníkom cez svoju distribučnú sieť s využitím ním vytvorenej distribučnej cesty, a len v menšej miere (napr. podľa objemu plnenia) je realizovaný postup, keď poskytovateľ (v pozícii obchodného zástupcu) s využitím vlastnej distribučnej siete i distribučnej cesty zabezpečuje dodávku produktov záujemcu zákazníkom.

Vzťah medzi poskytovateľom prístupu do distribučnej siete a záujemcom o vstup do distribučnej siete možno konštruovať aj ako sprostredkovateľský vzťah, v ktorom poskytovateľ bude v pozícii sprostredkovateľa a záujemca o vstup do distribučnej siete bude - podľa slovenskej právej úpravy - v pozícii záujemcu (Obchodný zákonník, § 642/1).¹⁴

V tomto prípade však pôjde o modifikovaný sprostredkovateľský vzťah, keďže pri „bežnom“ sprostredkovanií je záujemca v pozícii dominujúceho subjektu, ktorý dáva pokyny sprostredkovateľovi týkajúce sa vyhľadávania príležitostí uzavrieť zmluvu s treťou osobou napr. ohľadne výberu tretej osoby, jej spôsobilosti plniť prevzaté záväzky a pod. tak pri modifikovanom sprostredkovanií na základe piggybackingového vzťahu je v dominantnej pozícii sprostredkovateľ, ktorý ponúka vlastných preverených, dôveryhodných, obchodných partnerov ako tretie osoby, s ktorými by záujemca uzavrel zmluvu, ktorá by obsahovo nadvázovala na zmluvu medzi poskytovateľom ako sprostredkovateľom a treťou osobou. Zásadný rozdiel je tiež v tom, že kým pri klasickom

¹⁴ Pojem záujemca v prvej časti vety zodpovedá anglickému pojmu „rider“ a zhoda tohto pojmu so slovenským zákonným termínom záujemca je dôsledkom nenájdenia vhodnejšieho výrazu.

sprostredkovanie sprostredkovateľ v čase uzavretia zmluvy so záujemcom spravidla nemá vedomosť o osobách, ktoré by mohli mať záujem uzavrieť zmluvu so záujemcom, jeho základnou povinnosťou po uzavretí zmluvy je vyvýjať činnosť, t.j. vyhľadávať a následne kontaktovať osoby a poskytovať im informácie o produktoch záujemcu, tak pri modifikovanom sprostredkovanej bude poskytovateľ, v pozícii sprostredkovateľa, mať už nadviazané obchodné kontakty so svojimi zákazníkmi cez distribučnú sieť a zásobovať ich produktmi s využitím distribučnej cesty a záujemca bude v situácii, že môže uzavrieť kontrakty so zákazníkmi sprostredkovateľa, a to predovšetkým také, ktoré rozširujú ponuku sprostredkovateľa a pri dodávke svojich produktov bude využívať distribučnú sieť a distribučnú cestu poskytovateľa.

Piggybackingové vzťahy možno realizovať aj s využitím mandátnej zmluvy a najmä komisionárskej zmluvy.

Mandatný vzťah bude oproti štandardnému vzťahu (Obchodný zákonník, § 566) modifikovaný tým, že rozhodujúciu pozícii má mandatár (poskytovateľ resp. nosič) a nie mandant (záujemca resp. jazdec), ako je tomu pri vzťahu založenom štandardnou mandátou zmluvou. Mandant nebude mať možnosť udeľovať pokyny mandatárovi a naopak bude povinný rešpektovať dominanciu mandatára (poskytovateľa resp. nosiča).

Vzťahu medzi poskytovateľom prístupu a záujemcom o prístup do distribučnej siete viac vyhovuje konštrukcia založená na komisionárskom vzťahu (Obchodný zákonník, § 577), v ktorom v pozícii komisionára je poskytovateľ (nosič), ktorý bude zariadovať pre komitenta (záujemcu - jazdca) záležitosti spojené s prístupom do distribučnej siete a s distribúciami produktov komitenta, pričom poskytovateľ koná vo vlastnom mene a na účet záujemcu.

Uvedenými zmluvami modifikovanými na piggybackingový vzťah s dominujúcou pozíciou poskytovateľa (nosiča) a pozíciou záujemcu (jazdca), závislou na poskytovateľovi sa vytvára základ zmluvného vzťahu pri piggybackingu. Na tento základný vzťah môžu a často sú naviazané ďalšie práva, ktoré uzavretím tejto zmluvy nadobúda záujemca alebo poskytovateľ, napr. právo využívať ochrannú známku druhého subjektu, právo na participáciu na reklamných projektoch poskytovateľa apod.

Limitáciou piggybackingových zmlúv môžu byť verejnoprávne obmedzenia týkajúce sa napríklad dovozov tovarov na trh krajiny, do ktorej smerujú distribuované tovary. Obmedzenia by sa mohli vziať napríklad na citlivé tovary, tovary dvojakého použitia, tovary, na ktoré by sa mohol vziať zakaz obchodovania alebo obmedzenia vyplývajúce z medzinárodných zmlúv, ktorými je štát dovozu viazaný, prípadne tie tovary, ktoré by mohli ohrozíť verejné zdravie alebo byť v rozpore s verejným poriadkom daného štátu. Poskytovateľ prístupu do distribučnej siete by mal záujemcu na toto upozorniť a zaviazať sa, že zabezpečí získanie príslušných povolení aj na produkty, ktoré bude v rámci distribučnej siete dodávať záujemca. Poskytovateľ by v tomto prípade vystupoval napríklad v pozícii mandatára. Tento problém by bolo možné vyriešiť aj dojednaním odkladacej podmienky v zmluve o prístupe do distribučnej siete s tým, že táto nadobudne účinnosť až získaním povolením.

Ďalším dôvodom limitácie piggybackingových zmlúv môže byť ich dopad na intenzitu súťaže na relevantnom trhu, tj. na trhu, kam smeruje tovar dodávaný na základe príslušnej piggybackingovej zmluvy. Poskytovateľ, teda subjekt na danom relevantnom trhu, by mal zabezpečiť, aby boli splnené všetky predpoklady stanovené miestnym súťažným právom. Zmluva by mohla obsahovať odkladaciu podmienku spojenú s vydaním súhlasného stanoviska príslušného úradu pre hospodársku súťaž.

4. ROZHODNÉ PRÁVO

Vzťahy medzi poskytovateľom a záujemcom môžu mať charakter vnútrostátnych vzťahov, ak jazdec a nosič sú subjektmi, ktoré majú sídlo, či miesto podnikania v Slovenskej republike. Vzhľadom na malý rozmer slovenského trhu možno predpokladať využitie piggybackingovej cesty pri distribúcii tovarov na zahraničné trhy, keď poskytovateľ so sídlom na Slovensku bude mať vybudovanú distribučnú sieť a distribučnú cestu na trhy niektornej či niektorých krajín EÚ. Druhú alternatívu predstavuje situácia, keď záujemca so sídlom na Slovensku bude mať záujem preniknúť na trh niektornej či niektorých krajín EÚ a poskytovateľ (nosič) bude mať sídlo v určitej krajine EÚ. V danom prípade bude vzťah medzi jazdcom a nosičom vzťahom s cudzím prvkom a bude sa riadiť Nariadením Rím I. Podľa čl. 3 tohto Nariadenia si strany môžu zvoliť rozhodné právo. Ak si strany nezvolia rozhodné právo, tak bude rozhodné právo určené podľa čl. 4 ods. 1 písm. b) v prípade, že bude daný vzťah posúdený ako poskytovanie služieb. V takomto prípade by sa daná zmluva spravovala právnym poriadkom krajiny obvyklého pobytu poskytovateľa služieb¹⁵, v tomto prípade teda nosiča („carrier“), teda spoločnosti, ktorá by poskytovala záujemcoví svoju distribučnú sieť.

ZÁVER

Marketingové prístupy formulujú ako podstatný prvok úspechu dodanie či doručenie plnenia čo najbližšie k potenciálnym zákazníkom a to za čo najmenších nákladov a v čo najkratšom čase. Tieto požiadavky môžu byť z pohľadu predstáv jednotlivých podnikateľov naplnené aj prostredníctvom piggybackingových zmlúv. Z marketingového hľadiska predstavuje piggybacking pomerne rozvinutú formu spolupráce zameranej na ucelenú ponuku produktov a súvisiacich činností zákazníkom, z právneho hľadiska však tieto vzťahy zatial' nie sú predmetom špecifickej normatívnej regulácie, pretože doposiaľ nebola ani nastolená spoločenská požiadavka na takúto reguláciu. Obchodná prax si zatial' vystačí s využitím inštitútu nepomenovaných zmlúv a s využitím modifikovaných inštitútov obchodného zastúpenia, sprostredkovania, mandátneho vzťahu a komisionárskeho vzťahu. Piggybackingová zmluva ako zmluva o pristúpení záujemcu (jazdca) do distribučnej siete poskytovateľa (nosiča) nie je ponímaná ako zmluvný typ, ktorý by mal byť, vzhľadom na svoju osobitosť, predmetom, právnej regulácie a to ani na úrovni Európskej únie a ani na národnej úrovni. Absenciu normatívnej úpravy piggybackingu nenahrádzajú ani soft law vytvárané napr. združeniami poskytovateľov (nosičov), tak ako je tomu napr. pri franchisingu, pretože takéto združenia jednoducho doposiaľ nevznikli.

¹⁵ Podľa rozsudku Cour de Cassation z 11.7.2017 (Wema Post Maschinen vs. Delrieu) je zmluva o sprostredkování zmluvou o poskytovaní služieb pre účely čl. 5 Bruselského dohovoru. Podľa rozsudku Cour de Cassation zo 6.6.2006 (Solinas vs. Fabrica Textil Riopelle) je zmluva o obchodnom zastúpení zmluvou o poskytovaní služieb pre účely čl. 5 Bruselského dohovoru (Bělohlávek A., 2009, s. 783).

POUŽITÉ PRAMENE

1. ALEXANDRE-LECLAIR L., L'impact de la culture sur la confiance accordée aux responsables des filiales des multinationales dans le cadre des opérations de portage commercial à l'international, 2004.
2. BĚLOHLÁVEK A., Římská úmluva, Nařízení Řím I, C. H: Beck, 2009, ISBN? 978-80-7400-176-5.
3. DEPPE A., In Marketing International, Sequence 6, dostupný na http://www.foad-mooc.auf.org/IMG/pdf/Sequence_6.pdf.
4. DUQUESNOIS, F., Les stratégies des petites entreprises dans les industries en crise, s. 191. K dispozicí na <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00765657/document>
5. BUENO MERINO, P., Intérêts et risques du portage commercial pour la PME: prémisses d'une réflexion théorique, 6° Congrès international francophone sur la PME-Octobre 2002 - HEC – Montréal.
6. BUENO MERINO, P.: Portage commercial et PMI exportatrice: nature et déterminants de la création de valeur, Revue internationale P.M.E.vol.16, n-2, Preses de l'Université du Québec,dostupné na <https://www.erudit.org/fr/revues/ipme/2003-v16-n2-ipme5006312/1008440ar.pdf>.
7. KATSIOLOUDES M., HADJIDAKIS S., International business: a global perspective, ISBN 0-7506-7983-2, 2007, dostupné na <http://annirahimah.lecture.ub.ac.id/files/2013/09/International-Business-Marios-i-Katsioloudes.pdf>.
8. MACHKOVÁ, H.: Mezinárodní marketing, Grada Publishing, Praha, 2006, ISBN 80-247-1678-X.
9. MACHKOVÁ.H.: Mezinárodní marketing-Strategické trendy a příklady z praxe-4.vydání, Grada Publishing, Praha 2015, ISBN 978-80-247-5366-9.
10. OVEČKOVÁ O. a kol., Obchodný zákonník – Veľký komentár zv. 2, Wolters Kluwer, Bratislava, 2017, ISBN 978-80-8168-573-6.
11. TERPSTRA V., CHWO-MING, J. Y., Piggybacking – A Quick Road to Internalization, Faculty Working Paper No. 1494, College of Commerce and Business Administration, University of Illinois at Urbana-Champaign. Digitized by the Internet Archive in 2011.
<https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/30042/piggybackingquic1494t erp.pdf?sequence=2>
12. TORRES, O., Les PME, s. 42, <http://oliviertorres.net/travaux/pdf/pmetorres.pdf>
13. Zákon č. 513/1991 Zb., Obchodný zákonník
14. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 zo 17. júna 2008 o rozhodnom práve pre zmluvné záväzky (Rím I).

KONTAKT NA AUTORA

JUDr. Martin Husár, D.E.S.

martin.husar@gmail.com

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

JUDr. Branislav Jablonka, PhD.¹

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Prečo civilné odvolacie súdy nerady menia prvoinštančné rozsudky²

Why the civil appellate courts are resistant to remiting the first instance judgements

Abstrakt

Cieľom príspevku je analyzovať rozhodovaciu činnosť civilných odvolacích súdov v konaní o odvolanie, a to najmä pri preskúmavaní správnosti skutkových zistení a správnosti právnych záverov. Autor skúma príčiny, prečo odvolacie súdy majú averziu samy revidovať skutkové zistenia, dopĺňať, či opakovať, dokazovanie, ako aj averziu samy revidovať správnosť právnych záverov.

Kľúčové slová: súd prvej inštancie, odvolací súd, odvolanie, rozsudok

Abstract

The objective of this article is to analyse the judicial activity of civil appellate courts in the appellate proceedings, especially by revising the correctness of factual findings and correctness of legal conclusions. The author analyse why appellate courts themselves are resistant to revise the factual findings, to renew or repeat the proofs, and to revise the correctness of legal conclusion.

Key words: court of first instance, appellate court, appeal, judgement

JEL Classification: K410

ÚVOD

Cieľom príspevku je analyzovať rozhodovaciu činnosť civilných odvolacích súdov v konaní o odvolanie, a to najmä pri preskúmavaní správnosti skutkových zistení a správnosti právnych záverov. Autor skúma príčiny, prečo odvolacie súdy majú averziu

¹ JUDr. Branislav Jablonka, PhD., advokát, člen Súdnej rady SR, odborný asistent, Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva, Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave.

² Príspevok vznikol v rámci projektu APVV-16-0553 Premeny a inovácie konceptu kapitálových spoločností v podmienkach globalizácie.

samy revidovať skutkové zistenia, doplňať, či opakovať, dokazovanie, ako aj averziu samy revidovať správnosť právnych záverov. Autor používa metódu analýzy a syntézy, ako aj komparuje historicky právnu úpravu odvolacieho konania v predmetnej záležitosti od roku 1964 až dosiaľ (2018). Kardinálou otázkou je, prečo odvolacie súdy v prípade, ak mienia vyhodnotiť dokazovanie inak, t. j. vyvodíť z vykonaného dokazovania iné skutkové závery, resp. dospejú k záveru, že je potrebné doplniť dokazovanie, uprednostnia radšej zrušenie napadnutého rozsudku prvoinštančného súdu namiesto toho než by samy zopakovali, či doplnili dokazovanie a tým právoplatne uzavreli prejednávanú vec.

1. OD ÚPLNEJ APELÁCIE K NEÚPLNEJ APELÁCII

Imanentným základom právneho štátu je princíp právnej istoty (čl. 1 Ústavy SR). Súčasťou právnej istoty je aj to, že vec bude prejednaná a rozhodnutá súdom v primeranej lehote. Domnievam sa, že s tým úzko súvisí aj požiadavka, aby odvolací súd zbytočne nezrušoval meritórny prvoinštančný rozsudok a aby odvolací súd v odvolacom konaní prvý krát meritórne rozhodol. Zrušovacie rozhodnutie odvolacieho súdu totiž znamená, že vec sa opäťovne vracia na rozhodnutie od začiatku, t. j. prvoinštančný a odvolací proces sa opäťovne zopakuje, čím sa zároveň začína celý justičný systém. Vec, ktorá mohla byť rozhodnutá meritórne odvolacím súdom je opäťovne hodená na plecia prvoinštančného súdu, voči ktorému je opäťovne prípustné odvolanie.

Pozrime sa ako sa z historického hľadiska vyvíjalo naše odvolacie konanie.

Od priatia zákona č. 99/1963 Zb. Občianskeho súdneho poriadku (ďalej aj „OSP“) účinného od 1.apríla 1964 až do priatia novely – zákona č. 501/2001 Z. z. účinného od 1.januára 2002 platil pre odvolacie konanie tzv. **úplný apelačný princíp**. Podstatou úplného apelačného princípu je, že strana sporu je oprávnená odvolanie napadnúť z akýchkoľvek dôvodov, pričom sú prípustné aj novoty v odvolacom konaní. Odzrkadlením úplného apelačného v legislatívnom teste bolo ustanovenie **§ 205 ods. 2 OSP účinného do 31.decembra 2001, podľa ktorého: „V odvolaní možno uviesť nové skutočnosti a dôkazy.“** Pre úplný apelačný princíp bolo aj príznačné, že advokáti najmä neúspešnej strany sporu si nechávali triumfy vo forme dôkazov až do odvolacieho konania. Potrebovali totiž vzbudiť prekvapenie pre odvolací súd, ktorý pod vplyvom prekvapenia nerád rozhodol vec meritórne právoplatne, ale naopak vec zrušil a vrátil na prejednanie opäťovne prvoinštančnému súdu. V tejto súvislosti je možné stotožniť sa s Mackovou, ktorá uvádzá, že úplná apelácia je systém veľmi benevolentný pre strany sporu, ale skúsenosť ukázala, že je i častým zdrojom prieťahov a niekedy aj obštrukcií z ich strany.³ Prednášanie nových skutkových tvrdení a nových dôkazov v odvolacom konaní prinášalo oddialenie konečného rozsudku, čo spôsobuje zvýšené náklady na súdnu ochranu. Uvedené predstavovalo začarovaný kruh, prvá inštancia, odvolacia inštancia a opäťovne to isté.

Z toho dôvodu sa zákonodarca snažil modifikovať úplný odvolací prieskum. **Zásadný zvrat v civilnom procese priniesla novela – zákon č. 501/2001 Z. z. účinný od 1.januára 2002.** Uvedená novela priniesla zásadnú zmienu filozofie odvolacieho konania od priatia Občianskeho súdneho poriadku v roku 1963. Koncepcia odvolania sa totiž zmenila z princípu úplnej apelácie na neúplnú apeláciu. **Podstata neúplnej apelácie**

³ Macková, A. In.: Wintereová, A. a kol. Civilní právo procesní. 4. aktualizované vydání. Praha 2006, s. 475

spočíva v tom, že strana sporu nie je oprávnená v odvolacom konaní uvádzať nové skutočnosti, ani nové dôkazy, okrem taxatívne stanovených dôvodov. Zavedenie neúplného apelačného princípu malo priniesť zvýšenie významu prvoinštančného konania, keďže v nom sa koncentruje povinnosť tvrdenia, ako aj povinnosť dôkazná. Systém úplnej apelácie bol totiž zneužívaný na účelové predkladanie nových dôkazov až v odvolacom konaní⁴. Odzrkadlením neúplného apelačného v legislatívnom texte bolo nové ustanovenie § 205 a ods. 1 OSP, ktoré explicitne stanovilo taxatívne zákonné výnimky, kedy je možné uplatňovať novoty v odvolacom konaní. Logickým výkladom metódou *a contrario*, je možné vyvodiť, že novoty v odvolacom konaní sú v zásade nepriprustné. Prejavom neúplnej apelácie je aj skutočnosť, že zákon taxatívne stanovuje aj odvolacie dôvody, čo sa v Občianskom súdnom poriadku odzrkadlilo v ustanovení § 205 ods. 2 OSP. V zmysle § 202 ods. 2 OSP je možné odvolaním napadnúť procesné vady majúce za následok zmätočnosť rozhodnutia, skutkové vady a právne vady.

Neúplný apelačný systém nasledoval aj nový zákon č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok (ďalej aj „CSP“) účinný od 1.júla 2016⁵. Rovnako ako pôvodný Občiansky súdny poriadok, aj nový Civilný sporový poriadok v zásade nepripúšťa uplatňovať novoty v odvolacom konaní, okrem dôvodov taxatívne stanovených v § 366 CSP. Aj v Civilnom sporovom poriadku sa prejavila neúplná apelácia v tom, že zákon taxatívne stanovuje aj odvolacie dôvody (§ 365 ods. 1 CSP).

Cieľom neúplného apelačného systému účinného od roku 2002 bolo zrýchliť konanie tým, aby nedochádzalo k ping-pongu medzi prvoinštančným súdom a odvolacím súdom v dôsledku správania sa strán sporu. Domnievam sa, že uvedené sa zákonodarcovi podarilo.

2. OPAKOVANIE DOKAZOVANIA, DOPÍŇANIE DOKAZOVANIA ODVOLACÍM SÚDOM

Akým spôsobom však zákonodarca v ére civilného konania reguloval otázku, aby nedochádzalo k ping-pongu medzi prvoinštančným súdom a odvolacím súdom v dôsledku samotného postupu odvolacieho súdu ?

Odvolanie je riadnym opravným prostriedkom, ktorým je možné napadnúť meritórny rozsudok. Odvolacie konanie pritom spolu s prvoinštančným konaním vytvára jeden ucelený celok. Účelom odvolacieho konania je preskúmať správnosť skutkových záverov a právnych záverov prvoinštančného súdu. Prieskumná činnosť je z pohľadu druhu opravných prostriedkov pri odvolabní najširšia na rozdiel od dovolania, či obnovy konania.

Hoci prieskumná činnosť odvolacieho súdu je široká, odvolací súd je viazaný skutkovým stavom tak ako bol zistený súdom prvej inštancie. Vyplýva to z povahy veci, keďže odvolací súd preskúmava skutkové zistenia súdu prvej inštancie, t. j. posudzuje správnosť hodnotenia dôkazov vykonaných súdom prvej inštancie.

Prirodzene, najprv sa skúmajú jednotlivé dôkazy, najmä či boli vykonané všetky navrhované dôkazy stranami sporu podstatné pre náležité zistenie skutkového stavu,

⁴ Sučanská, D. In.: Krajčo, J. a kol. Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár. IV. aktualizované vydanie. Bratislava 2006, s. 550

⁵ Molnár, P. In.: Števček, M., Ficová, S., Baricová, J., Mesiarkinová, S., Bajánková, J., Tomašovič, M. a kol. Civilný sporový poriadok. Komentár. Praha: C. H. Beck 2016, s. 1243

v neposlednom rade aj zákonnosť vykonania dôkazov a následne sa skúma správnosť hodnotenia vykonaných dôkazov, t. j. čo súd prvej inštancie z vykonaných dôkazov zistil, ako ich vyhodnotil. A práve tu býva v odvolacom konaní kameň úrazu. **Otázkou je, či odvolací súd je oprávnený meniť hodnotenia a závery z vykonaného dokazovania, t. j. z dôkazov, ktoré boli riadne vykonané súdom prvej inštancie.**

Vezmieme si do úvahy, že súd prvej inštancie z výsluchu žalobcu a ďalších svedkov vyhodnotí, pri žalobe o ochranu osobnosti, že zverejnené informácie v médiu neboli spôsobilé zasiahnúť do osobnostných práv žalobcu a žalobu v časti nároku na finančné zadostučinenie zamietne. Ak odvolací súd na základe tých istých dôkazov má za to, že žaloba je v uvedenej časti dôvodná, t. j. z dokazovania vykonaného súdom prvej inštancie dospel k iných skutkovým zisteniam (čo logicky malo za následok aj nesprávne právne posúdenie veci), je pretým než vo veci sám rozhodne povinný dokazovanie zopakovať resp. doplniť. Uvedená požiadavka vyplýva z § 383 CSP (predtým § 213 ods. 3 CSP). Je otázne, či zákonná požiadavky je namieste, ak raz už boli riadne v súlade s právom vykonané dôkazy pred súdom prvej inštancie a napriek tomu, že odvolací súd mieni vydoviť z nich iné skutkové zistenia musí ich opakovať sám. Domnievam sa, že uvedená zákonná požiadavka je na škodu veci, pretože pri opakovani dokazovania najmä výsluchom svedkov môže dôjsť vzhl'adom na dlhý odstup času, počítajúci sa na niekoľko rokov, medzi výsluchom svedka pred súdom prvej inštancie a odvolacím súdom k výrazným disproporciami, a to najmä:

1. k rozporom vo výpovedi komparujúc, čo svedok uviedol pred prvoinštančným súdom a odvolacím súdom vzhl'adom na časový odstup,
2. k nemožnosti zopakovať výsluch svedka pre jeho dlhodobú neprítomnosť, resp. objektívnu nemožnosť výsluchu (žijúci na neznájomom mieste, vyhýbajúci sa výsluchu, závažné ochorenie, úmrtie).

Iná je zase situácia, pokiaľ má odvolací súd opakovať dokazovanie listinnými dôkazmi. V tomto prípade je situácia podstatne jednoduchšia, pretože opakovanie dokazovania sa vykonáva čítaním listín, čo je z časového hľadiska podstatne kratšie než vykonávanie dokazovania výsluchom viacerých svedkov, čo sa nemusí ani podarí na jednom a tom istom odvolacom pojednávaní. Práve v situáciách, keď odvolací súd zavažuje vyhodnotiť skutkový stav na základe vykonaného dokazovania inak než súd prvej inštancie, odvolacie súdy preferujú napadnutý rozsudok zrušiť a vrátiť vec súdu prvej inštancie na ďalšie konanie než by samy zopakovali, resp. doplnili, dokazovanie a vec rozhodli meritórne, t. j. rozhodnutie by bolo ihned právoplatné. Uvedený postup odvolacieho súdu podľa môjho názoru nemá zákonnú oporu, a to najmä z týchto dôvodov:

1. dochádza k výraznému predĺženiu konania, pretože vec prakticky začína „od začiatku“, keďže začína opäťovne ďalší prvoinštančný proces a následne ďalší odvolací proces, čo znamená predĺženie konania na ďalších niekoľko rokov,
2. prístup k spravodlivému procesu sa oslabuje, pretože s ďalšími rokmi trvajúceho procesu sa oslabuje možnosť reálne vykonať rozhodnutie,
3. strany sporu stráca dôveru v právo, pretože sa na ďalších niekoľko rokov predĺžuje neistý stav sporu,
4. súd prvej inštancie je implicitne prinútený rozhodnúť inak, hoci on už raz svoj názor na vyhodnotenie dokazovania urobil,

5. súd prvej inštancie nepochopiteľne má opakovať už raz pred ním vykonané dôkazy s pokynom posúdiť ich inak, čo je v rozpore z logikou veci (*common sense*),
6. stranám sporu sa opäťovne otvára možnosť v rámci ďalšieho prvoinštančného koania po zrušení veci odvolacím súdom navrhovať ďalšie dôkazy.

Pozrime sa, akým spôsobom sa zákonodarca v historickom vývine civilného konania od roku 1964 dodnes (2018) pokúsil legislatívne upraviť odvolacie konanie tak, aby sme v civilnom procese mali len jedno prvoinštančné konanie a jedno prieskumné odvolacie konanie bez toho, aby dochádzalo k vzájomnému ping-pongu, dôsledkom ktorého je viac prvoinštančných konaní a viac odvolacích konaní v tej istej veci.

Otázku možnosti zrušenia prvoinštančného rozsudku v dôsledku nápravy skutkových vád upravoval § 221 vtedajšieho Občianskeho súdneho poriadku.

Podľa § 221 ods. 1 písm. a) OSP účinného do 31.decembra 2001: „Ak nie sú podmienky ani pre potvrdenie, ani pre zmenu rozsudku, súd rozhodnutie zruší. Najmä ho zruší, ak rozsudok bol vydaný na základe nedostatočne zisteného skutkového stavu.“ Z uvedeného vyplýva veľmi široká možnosť odvolacieho súdu zrušiť napadnutý rozsudok a vrátiť vec prvoinštančnému súdu v prípade nedostatočne zisteného skutkového stavu. Z demonštratívneho výpočtu prostredníctvom spojky „najmä“ však odvolací súd bol oprávnený subsumovať aj iné situácie, čo nevylučuje ani situáciu, ak odvolací súd mienil inak hodnotiť vykonané dôkazy. Citované ustanovenie teda vytváralo odvolacím súdom široký priestor pre zrušovacie rozsudky.

Podľa § 221 ods. 1 písm. a) OSP účinného od 1.januára 2002 do 31.augusta 2003: „Ak nie sú podmienky ani pre potvrdenie, ani pre zmenu rozsudku, súd rozhodnutie zruší. Najmä ho zruší, ak na zistenie skutkového stavu je potrebné vykonať ďalšie dôkazy, ktoré nemožno vykonať v odvolacom konaní (§ 213 ods. 2).“ Predmetná novela zdôraznila, aby odvolací súd vrátil vec len vtedy, ak je potrebné vykonať ďalšie dôkazy na zistenie skutkového stavu. Nadalej však zostal demonštratívny výpočet zrušujúcich dôvodov.

Podľa § 221 ods. 1 písm. a) OSP účinného od 1.septembra 2004 do 31.augusta 2005: Ak nie sú podmienky ani pre potvrdenie, ani pre zmenu rozsudku, súd rozhodnutie zruší. Najmä ho zruší, ak je odvolací dôvod podľa § 205 ods. 2 písm. c) alebo e) a doplnenie dokazovania nemožno vykonať bez prieťahov (§ 213 ods. 2).“

Predmetná novela už apeluje na odvolací súd, že aj pri nedostatočne zistenom skutkovom stave môže sám doplniť dokazovanie, ak je možné ho vykonať bez prieťahov. Avšak hypotézu „bez prieťahov“ ponechala na interpretáciu odvolacieho súdu. Nadalej však zostal demonštratívny výpočet zrušujúcich dôvodov.

Podľa § 221 ods. 1 písm. h) OSP účinného od 1.septembra 2005 do 14.októbra 2008: „Súd rozhodnutie zruší, len ak súd prvého stupňa nesprávne právne posúdil vec, a preto nevykonal ďalšie navrhované dôkazy“. Predmetná právna úprava prvý krát taxatívne vymedzila zrušujúce dôvody, t.j. na rozdiel od predošej úpravy, kedy išlo o demonštratívny výpočet.

Podľa § 221 ods. 1 písm. h) OSP účinného od 15.októbra 2008 do 30.júna 2016: „Súd rozhodnutie zruší, len ak prvého stupňa nesprávne vec právne posúdil tým, že nepoužil správne ustanovenie právneho predpisu a nedostatočne zistil skutkový stav.“ Predmetná právna úprava precizovala nesprávne právne posúdenie len na situáciu

nesprávneho použitia právneho predpisu, čo malo za následok nedostatočné zistenie skutkového stavu.

Od novely Občianskeho súdneho poriadku – zákona č. 341/2005 účinného od 1. septembra 2005 však došlo k legislatívному posunu v tom, že vzhľadom na taxatívny výpočet možných zrušovacích dôvodov, v nich nie je subsumovaná situácia „ak odvolací súd dospeje na základe vykonaných dôkazov pred prvoinštančným súdom k iným skutkovým zisteniam než dospel prvoinštančný súd“, t. j. v tejto situácii by k zrušovaciemu rozhodnutiu odvolacieho súdu prísť nemalo. Odvolací súd by tak mal zopakovať, či doplniť, dokazovanie a meritórne rozhodnúť zmeňujúcim rozsudkom.

Nová právna úprava Civilného sporového poriadku v podstate sledovala v poradí posledné platné právnu úpravu Občianskeho súdneho poriadku účinného ku 30. júnu 2016. Podľa § 389 ods. 1 písm. c): „Odvolací súd rozhodnutie súdu prvej inštancie zruší, len ak súd prvej inštancie v dôsledku nesprávneho právneho posúdenia veci nevykonal navrhované dôkazy, ak nie je účelné doplniť dokazovanie odvolacím súdom.“ To znamená, že ide o taxatívny výpočet zrušujúcich dôvodov. Nôvum odvolacej úpravy spočíva naviac ešte v tom, že sa zaviedla zásada „jeden krát zrušíť a dostať“, ktorá má odzrkadlenie v § 390 CSP. Odvolací súd, ktorý už raz zrušil rozsudok prvoinštančného súdu, je povinný pri prejednávaní odvolania druhý krát v tom istom konaní, vec konečne rozhodnúť, t. j. potvrdiť rozsudok, resp. zmeniť rozsudok, prvoinštančného súdu.

V súvislosti s odvolacím konaním je potrebné dať do pozornosti, že **právna úprava civilného procesu účinná do 14. októbra 2008** (§ 214 ods. 1 OSP účinný do 14. októbra 2008) **vychádzala z princípu, že na prejednanie odvolania sa v zásade nariaduje pojednávanie**. Od 15. októbra až dodnes (§ 214 ods. 1 OSP, na ktorý nadviazal aj § 385 ods. 1 CSP) sa vychádza z princípu, že odvolanie je možné prejednať aj bez nariadenia pojednávanie. Pojednávanie sa nariaduje obligatórne len vtedy, ak odvolací súd opakuje, či dopĺňa, dokazovanie. Ak odvolací súd nariaduje pojednávanie, je možné legitímne očakávať, že mieni vyhodnotiť skutkový stav z opakovaných dôkazov inak a zmeniť rozsudok prvoinštančného súdu. Domnievam sa, že k averzii odvolacích súdov meniť rozsudky prispela aj spomenutá nešťastná novela civilného konania (účinná od 15. októbra 2008 prakticky v duchu CSP až dodnes), ktorá v zásade umožnila odvolacím súdom rozhodovať bez nariadenia pojednávania, neverejne, t. j. kabinetne.

ZÁVER

Analýzou právnej úpravy odvolacieho konania v historickom kontexte od roku 1964 dodnes som dospel k záveru, že zavedenie neúplného apelačného princípu do civilného konania od 1. januára 2002 malo koncentrovať povinnosť tvrdenia a povinnosť dôkaznú do prvoinštančného konania. Uvedené malo za cieľ vyhnúť sa aj predkladaniu „triumfov“ vo forme dôkazov v odvolacom konaní a tým vyhnúť sa zrušujúcim odvolacím rozhodnutiam, čo spôsobuje prieťahy v konaní.

Z komparácie právnej úpravy civilného procesu týkajúcej sa prieskumu skutkových zistení v odvolacom konaní vyplýva, že zákonodarca sa snažil primáť odvolacie súdy, aby pri prejednávaní odvolanie (prvého v poradí) vec rozhodli konečným rozsudkom, a to potvrdzujúcim, resp. zmeňujúcim. Zmeňujúce rozsudky však majú svoje úskalie, pretože v prípade, ak ide o odvolací dôvod, podľa ktorého odvolací súd dospeje k záveru, že dôkazy vykonané prvostupňovým súdom boli vyhodnotené nesprávne, t. j. boli sice vykonané zákonne, avšak skutkový stav odvolací súd vyhodnocuje z tých istých dôkazov

inak, je povinný opakovať, či doplňať, dokazovanie, čo nie je efektívne najmä pri opakovaní dôkazov výsluchom svedkov. Z pohľadu *de lege ferenda* považujem za vhodné vyvolať polemiku nad tým, či je nutné vykonávať opäťovne dôkazy odvolacím súdom, ak mieni z nich vyvodiť iné skutkové zistenia. Považujem uvedené za neefektívne, pretože uvedené dôkazy už raz boli vykonané zákonne pred prvoinštančným súdom, čo nespochybne ani jedna strana sporu. Zároveň považuje za vhodné opäťovne zaviesť povinnosť pre odvolacie súdy nariadiť odvolacie pojednávanie na prejednanie odvolania tak ako tomu bolo počas právnej úpravy civilného procesu do 14. októbra 2008 (§ 214 ods. 1 OSP účinného do 14. októbra 2008). Je totiž iné vec prejednávať rozhodovať za účasti strán sporu, ktoré počas pojednávania na základe zásady ústnosti a bezprostrednosti zaujmú stanovisko k prejednávanej veci, či už k tvrdeným skutočnostiam, alebo k vykonaným dôkazom a ozrejmia tak skutkové zistenia, než bez ich účasti.

POUŽITÉ PRAMENE

1. Macková, A. In.: Wintereová, A. a kol. Civilní právo procesní. 4. aktualizované vydání. Praha 2006
2. Sučanská, D. In.: Krajčo, J. a kol. Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár. IV. aktualizované vydanie. Bratislava 2006
3. Molnár, P. In.: Števček, M., Ficová, S., Baricová, J., Mesiarkinová, S., Bajáková, J., Tomašovič, M. a kol. Civilný sporový poriadok. Komentár. Praha: C. H. Beck 2016

KONTAKT NA AUTORA

branislav.jablonka@bajolegal.sk

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Šafárikovo nám. č. 6

810 00 Bratislava

Slovenská republika

Dr. Jędrzej Jerzmanowski¹

Adam Mickiewicz University in Poznań, Faculty of Law and
Administration

Financial assistance for the acquisition of shares in a joint stock company – European and Polish perspective

Abstract

The financing provided by companies to acquire or subscribe their own shares (known as financial assistance) has been a contentious issue as long as since the 1920s. Although in 2006 the EU legislator eased the ban on financial assistance, most European Union member states (including Slovakia) did not follow the lead. Poland, by contrast, decided to fully implement the latest European regulation. This paper sets out to discuss the decisions made by Polish lawmakers and present Polish regulations in the context of EU law, as well as to compare them with the rules currently in force in Slovakia.

Key words: financial assistance, leveraged buyouts, management buyouts,

JEL Classification: K200

INTRODUCTION

The financing provided by companies to acquire or subscribe their own shares (known as financial assistance) has been a contentious issue as long as since the 1920s. Although in 2006 the EU legislator eased the ban on financial assistance, most European Union member states (including Slovakia) did not follow the lead. Poland, by contrast, decided to fully implement the latest European regulation. This paper sets out to discuss the decisions made by Polish lawmakers and present Polish regulations in the context of EU law, as well as to compare them with the rules currently in force in Slovakia.

I wish to prove that, insofar as the choice to uphold a complete ban on financial assistance has become unreasonable, to barely copy the EU regulation is simply insufficient to achieve the goal that motivated restrictions on the use of financial assistance in the process of acquisition or subscription of companies' own shares. In my extensive research on financial assistance, leveraged buyouts and management buyouts² I primarily relied on the dogmatic law method, additionally resorting to comparative and empirical

¹ PhD, Associate Professor at the Chair of Civil, Commercial and Insurance Law at the Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznań.

² The research was carried out by me within a project financed by a grant awarded by the Polish National Science Centre, decision No. DEC-2013/09/N/H5/04309 and its outcomes are presented in this paper as well as other publications.

methods and the economic analysis of law. This research should be seen as belonging to a trend in European academia that approaches financial assistance in a broader context (of recent publications discussing the issue see, e.g. JENDRSCZOK 2017, JERZMANOWSKI 2016, SATTLER 2014, TASMA 2012, BROSIUS 2011, ZEYHER 2011, HOLZNER 2009).

1. THE TIMELINE OF THE EVOLUTION OF FINANCIAL ASSISTANCE RULES

The issue of financial assistance is inherent to corporate buyouts (such as leveraged or management buyouts, for example), financed to a smaller or larger extent with the assets of acquired companies. This strategy was used to finance transactions as early as in 1919-1920, during the so-called takeover boom in the United Kingdom. The financial crisis that followed the takeover boom is believed to have been largely fuelled precisely by that technique. And hence the emergence of an ever pertinent question whether companies can be bought with their own funds. The British legislator took a negative stand on this issue and explicitly banned companies from awarding financial assistance for the acquisition of their own shares, in particular by way of making loans and providing security, in Section 16 of the Companies Act 1928.

Many other countries have followed the suit and similar bans have been introduced across common law, civil law and mixed law systems around the world. In 1976, a ban on financial assistance made its way into EU law following the adoption of the so-called Second Directive. Its provisions remained in force unchanged for nearly three decades. Pursuant to Article 23(1) of the Second Directive, a company could not advance funds, make loans, nor provide security with a view to the acquisition of its shares by a third party. The only exceptions from the ban on financial assistance were set forth in Article 23(2) and 23(3) of the Second Directive. They provided that the ban did not apply to transactions concluded by banks and other financial institutions in the normal course of business, nor to transactions effected with a view to the acquisition of shares by or for the company's employees or the employees of an associate company (on conditions that they did not cause the reduction of company's net assets below a specified level), as well as to transactions effected with a view to acquire shares as described in Article 20 (1) (h), namely fully paid-up shares issued by an investment company with fixed capital, as defined in the second subparagraph of Article 15 (4) of that directive.

Transactions financed with assets of acquired companies have been criticised for years. The most common criticism is that minority shareholders and creditors are exposed to risks that are incommensurate with the potential benefits brought by such transactions (the key beneficiaries being the acquirers). Furthermore, critics warn that buyouts can 'drain' companies of their assets, weaken their standing and even make them bankrupt (as the company racks up debt in the process). More broadly, the transactions may limit both investments and state tax revenues. Scholars have also pointed out to the social costs and risks regarding insider trading (SÓJKA, 2004: 257, FLEISCHER, 1996: 498-499, DUNLEAVY, 1985-1986: 718).

Nonetheless, for years the thesis on detrimental effects of financial assistance in buyouts on the larger economy has not been corroborated by evidence. At some point, empirical research produced evidence to the contrary, suggesting positive impact of such transactions. This triggered a tendency to relax both EU and national legislation concerning financial assistance. In 2006, the EU amended the Second Directive and

replaced a general ban on financial assistance with a general approval of such practices, conditional only upon satisfying the premises laid down in Article 23(1)(2)-(5) of the amended directive. Pursuant to those provisions, such transactions take place under the responsibility of the administrative or management body at fair market conditions, and require thorough investigation of the credit standing of the third party, or each counterparty in the case of multilateral transactions. The transaction requires prior approval of the general meeting granted by a qualified majority of 2/3 of votes (or, potentially, ordinary majority of votes if at least a half of subscribed share capital is represented at the meeting). The administrative or management body must present a written report to the general meeting, indicating the reasons for the transaction, the interest of the company in entering into such a transaction, the conditions on which the transaction is entered into, the risks involved in the transaction for the liquidity and solvency of the company and the price at which the third party is to acquire the shares. The report must be submitted to the register for publication. The aggregate financial assistance granted to third parties cannot result in the reduction of the net assets below the specified amount (as a rule the subscribed share capital plus provisions that cannot be disbursed under law or corporate statutes). The company must include, among the liabilities in the balance sheet, a reserve, unavailable for distribution, of the amount of the aggregate financial assistance. Where a third party by means of financial assistance from a company acquires that company's own shares issued in the course of an increase in the subscribed capital, such acquisition or subscription must be made at a fair price.

Apart from amending Article 23(1) of the Second Directive, the EU legislator added a new Article 23a aimed at preventing the conflicts of interests in transactions with company's affiliates. It mandates that member states introduce appropriate safeguards ensuring that financing transactions between company and members of the company's or its parent's administrative or management body, the parent or individuals acting in their own name, but on behalf of the members of such bodies or on behalf of such undertaking, do not conflict with company's own interests.

The Second Directive was repealed by Directive 2012/30/EU which contains analogous provisions to the rules laid down in the Second Directive (in its wording of 2006). Subsequently, in 2017, Directive 2012/30/EU was replaced with Directive 2017/1132 (see Articles 64-65 of that directive).

Of 28 EU member states, only a small minority decided to implement the financial assistance rules introduced by the recast Directive 2006/68/EC (and now included in Directive 2017/1132). These states are: Belgium, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Greece, the Netherlands, Luxembourg, Poland, Hungary and Italy (VAN GERVEN, 2014, STRAMPELLI, 2012: 11). Many states decided to opt out from implementing the new legislation because a significant group of European legal scholars views financial assistance regulations as substantially redundant and suggests that we do away with them in general (see e.g. WYMEERSCH, 1998: 747, FERRAN, 2005: 94, SATTLER, 2014: 503-504, BRINGER, 2009: 35).

2. POLISH LEGISLATION

Polish legislation has followed the developments in EU law. Along with the adoption of Polish Code of Commercial Companies (CCC) in 2000, financial assistance as such became prohibited by Polish law. Article 345(1) CCC provided that "Company cannot

make any loans, provide security, advance funds or directly or indirectly finance in any other way the acquisition or subscription of its own shares". The only exceptions from this rule involved performances delivered within ordinary activity of financial institutions and performances to the employees of the company or its affiliate, made in order to facilitate the acquisition of or subscription for shares issued by the company.

In 2008, in the wake of the amendment to the Second Directive, the general ban on financial assistance was waived. The recast Article 345(1) now reads: "company may, as a rule, either directly or indirectly, finance the acquisition or the subscription of the shares it issues, in particular by extending a loan, disbursing an advance payment or establishing a collateral". The Legislator introduced a general approval of financial assistance, but made its validity dependent on compliance with certain procedural requirements laid down in Article 345(2)-(7) CCC. Those provisions require, among other things, that financial assistance be extended on arm's length terms and following an investigation of debtor's solvency (Article 345(2)). Additionally, to provide financial assistance it is necessary to: establish a reserve capital allotted to financing (Article 345(4)); prepare company's management board's report on financing (Article 345(6)) to be submitted to registry court and published (Article 345(7)); adopt a general meeting's resolution on financing (Article 345(5)); and acquire or subscribe for the shares issued by company for a fair price (Article 345(3)).

Amendment to Article 345 CCC was greeted with enthusiasm, as it seemed to have opened the door to faster, streamlined, and cheaper leveraged buyouts and management buyouts. The new rule was believed to make buyouts based on sophisticated legal structures, necessitated by the ban on financial assistance, especially merger-based transactions such as MLBOs (merger leveraged buyouts)³, simply redundant. The initial optimism faded out when confronted with practice. It turned out that it was not without reason that the majority of European Union member states refused to adopt the new financial assistance rules.

3. SLOVAKIAN REGULATION

Slovakia, along with for example Germany (see German Aktiengesetz, §71a(1)), Austria (see Austrian Aktiengesetz, §66a), France (see Code de Commerce, art. L. 225-216), is among the states that opted out from waiving the ban on financial assistance. In Slovakian law, the ban on financial assistance is governed by Article 161e Obchodný zákoník, which provides that the company cannot finance the acquisition of its shares by any third parties by disbursing any advance payments, granting loans or providing security. This ban does not apply to ordinary activity of banks and activities related to the acquisition of shares by employees or on employees' behalf, as long as the operation does

³ A party intending to carry out a buyout incorporates a special purpose vehicle that obtains debt financing and then acquires shares in the company being bought out. Subsequently, both companies merge, and the acquiring or newly incorporated company repays the liabilities incurred by the special purpose vehicle using, among other things, assets of the acquired company to repay the debt.

not result in reducing the value of company's assets below the sum of the share capital and mandatory reserve capital⁴.

4. THE ASSESSMENT OF THE POLISH REGULATION IN THE CONTEXT OF EU AND SLOVAKIAN RULES

The fact that Poland is among the minority of EU states that have decided to ease the ban on financial assistance gives rise to a question whether the implementation of the latest EU regulation was the right move, or maybe it would have been better to keep the financial assistance ban in place as other states, for instance Slovakia, have done.

In my view the amendment to Article 345 CCC of 2008 is a step in the right direction and should be seen as a generally positive development. One should be glad that Poland is among the states that have implemented the new European financial assistance rules. In the end, empirical research has not confirmed the thesis on the detrimental effect of buyouts financed with assets of the acquired companies on the economy. To the contrary – it turned out that LBO transactions are more likely to contribute to the restructuring of badly managed companies, foster their development, improve the effectiveness of management and boost innovation in the economy, while benefits from such transactions are not limited to the parties directly involved in them, but – in the long-term perspective – are also shared with minority shareholders and other stakeholders (SÓJKA, 2004: 258-260, LOWENSTEIN, 1985:759-764, VAGTS, 1990: 136-137, KAPLAN, 1989: 217-254). An ownership change that takes place as a result of LBO transactions entails certain tax benefits (the so-called tax shield effects), and allows for decreasing or even eliminating the so-called agency costs (EASTERBROOK, FISCHEL, 1981-1982: 705:706). When companies are delisted following a buyout, costs related to public trading in their shares are eliminated – oftentimes once the regime binding public companies is lifted, the undertaking's operations become more efficient and cheaper. In fact, research has shown that the ban on financial assistance fails to prevent abuse it is meant to eliminate, and on the other hand blocks economically reasonable bona fide transactions. All these arguments support the decision to remove the ban from national legislation and implement the new EU financial assistance rules instead.

Scholars critical of this regime argue that certain criteria of legality applicable to financial assistance are too difficult to comply with. This view is substantially true. Polish regulation regarding financial assistance is particularly burdensome when it comes to the requirement to establish reserve capital for that purpose from funds that, pursuant to Article 348(1) CCC, could be allocated to distribution among shareholders (Article 345(4) CCC). Importantly, companies with large cash provisions (which could establish reserve capital to finance the acquisition on their own) are not typically the ones being acquired. Rather, buyouts concern companies of weaker financial and organisational standing (but with a major growth potential). Such companies are unable to meet the condition referred to in Article 345(4) CCC. It is equally troublesome that Article 345(2) CCC mandates the

⁴ (1) Spoločnosť nesmie v súvislosti s nadobudnutím jej akcií tretími osobami poskytovať týmto osobám preddavky, pôžičky, úvery ani zábezpeky. (2) Ustanovenie odseku 1 sa nevzťahuje na právne úkony, ktoré sa vykonávajú v rámci bežnej činnosti bank, a na právne úkony vykonané v súvislosti s nadobudnutím akcií zamestnancami spoločnosti alebo pre zamestnancov spoločnosti za predpokladu, že v dôsledku týchto úkonov neklesne vlastné imanie spoločnosti pod hodnotu základného imania spolu s rezervným fondom, ktorý spoločnosť vytvára povinne podľa zákona.

investigation of the solvency of the debtor, namely the acquiring party, while (in the case of leveraged transactions), such solvency ratios – in typical circumstances – are not very high. Irrespectively of the foregoing, it is obvious that financial assistance rules are being applied in practice, and companies grant financial assistance for the acquisition or subscription of their shares to buyers (JERZMANOWSKI, 2016: 337-338). This testifies to actual demand for the application of financial assistance rules, and proves that compliance with the premises of legality of such assistance (Article 345(2)-(7) is not impossible. Had the Polish legislator failed to ease the ban on financial assistance, some of the transactions that we have observed over the recent years could not have gone through. Business operations would have been affected by unnecessary restrictions. All of this supports the view that Polish lawmakers were right to relax the ban on financial assistance.

However, despite the foregoing, we should not approach the Polish regulation uncritically. To the contrary – one should be clear about its drawbacks. Those weak points can be a warning to foreign legislators willing to modify their own rules on legal assistance and prevent them for making mistakes similar to those made by the Polish legislator.

First of all, Polish law offers an open catalogue of financial assistance forms. Article 345(1) CCC provides that: “company may, as a rule (...) finance the acquisition or the subscription of shares it issues, **in particular** [boldfaced by JJ] by extending a loan, disbursing an advance payment or establishing a collateral”. This approach is exceptional when compared to regulations in other countries. In the EU equivalent of Article 345(1) CCC, i.e. Article 64(1) of Directive 2017/1132, the catalogue of financial assistance forms is closed – it lists only three specific forms of that support: advancing funds, making loans and providing security. Similar solutions can be found in a number of national laws. Defining a closed catalogue of financial assistance forms is a typical feature of such legislation. This pertains both to states that have chosen to ease the ban on acquisition of company’s own shares (e.g. Italy – see Article 2358(1) of Codice Civile) as well as those which upheld the general ban on financial assistance (e.g. Germany, Austria, France). In foreign law, the catalogues of financial assistance forms are open only in those states where a general ban, rather than approval of acquisition of own shares, is still the default rule, e.g. in Spain (see Ley de Sociedades de Capital, Article 150 (1) and Article 143(2)) and in the United Kingdom (see Companies Act 2006, *Section 677 Subsection (1)*). This used to be the case in Poland, before the amendment to Article 345 of 2008, when the provision read: “A company cannot grant any loans, security, advance payments or directly or indirectly finance in any other way the acquisition or subscription of its own shares”. Given that Polish law no longer bans financial assistance in acquisition or subscription of company’s own shares, the decision to open the catalogue of financial assistance forms in Article 345 CCC has become a source of major practical interpretative issues. It turns out that *de lege lata* it is possible to classify activities with regard to which conditions laid down in Article 345(2)-(7) CCC cannot be met as financial assistance (e.g. activities undertaken during corporate mergers within MLBO transactions, which remain the principal buyout structures). In consequence, it is uncertain whether those activities are not permitted at all, or rather should not be viewed as financial assistance in the meaning of Article 345(1) CCC. It is very difficult to provide unequivocal answers to those questions. It turns out that the catalogue of assistance forms should either have been simply closed or at least constructed in a way that restricts the concept of financial assistance within the meaning of CCC to activities to which the application of Article 345(2)-(7) is fully feasible.

The second drawback of Polish provisions involves the lack of clarity concerning MLBO transactions. The question regarding their admissibility in the context of regulations on financial assistance has been open for years. The effect of an MLBO transaction is highly similar to that of classic financial assistance granted by the acquired company. In the end, if the entity intending to carry out the buyout starts with establishing a special purpose vehicle that obtains debt financing to purchase shares of the acquired entity and subsequently proceeds with a merger of both companies, the acquiring or the newly established company will repay the debt incurred by the special purpose vehicle using for this purpose, among other things, the assets of the acquired business. The outcome of the transaction will be similar to the one where the target company provides financial assistance in the classic sense of the term. There is no doubt that this gap in Polish law needs to be filled. Article 345 CCC, however, is not necessarily the provision where such a clarification should be placed. Rather, it would be advisable to supplement relevant regulations on mergers. This pertains, in particular, to the rules that specify the required content of merger plans and management board reports that justify the merger. The provisions should require that merger plans drafted for MLBO processes and the relevant management board reports specify the manner in which the surviving company will repay liabilities incurred to finance the buyout once the merger is complete (JERZMANOWSKI 2006: 155-158). Article 2501-bis of the Italian Codice Civile can serve as an inspiration for potential amendments in this field. Furthermore, it would be recommendable to add new regulations banning excessively leveraged companies from participating in MLBOs, in order to prevent subsequent bankruptcies of companies involved in such transactions. In this respect, interesting solutions can be found in Czech law. One of the criteria which determine admissibility of financial assistance in the Czech Commercial Code is that it cannot cause the financing company to go bankrupt (§ 161f (1)(h) Obchodní zákoník).

Furthermore, Polish regulations on financial assistance need to be amended with respect to transactions with affiliates, mostly management, affected by a conflict of interest. The requirement to add such provisions explicitly follows from Directive 2017/1132. Article 345 does not contain any special provisions applicable to managers. In my view, Article 345(8) CCC, which introduces two exemptions from the duty to comply with all procedural requirements laid down in Article 345(2)-(7) CCC – referring to employees and financial institutions – does not apply to employees who are managers. In consequence, the financial assistance regulation applies to them in full. Nevertheless, Article 345 CCC prevents abuse on the part of the managers only to a small extent. Particular problems appear in the case of MBO transactions, as conflict of interest is inherent to them and affects every single stage of the process. On the one hand, the managers – as representatives of the company – must act in the best interest of the company and aim at maximising the benefits of its shareholders (sellers of shares). Failure to meet this duty exposes them to risk of penal and civil liability. On the other hand, however, as the buyers (or subscribers) of the shares of that company they are personally interested in ensuring that the MBO transaction is carried out on the best terms and conditions for themselves. Importantly, managers have a major advantage when compared to the sellers of shares due to the asymmetry in the access to information. In the end, board members, and not shareholders, have the best knowledge of the company's situation, including its corporate opportunities, and the actual value of the company's shares. Furthermore, they can influence the share price. The relationships in a joint-stock

company are aptly explained by the agency theory. In the context of separation of corporate ownership and control, management members, who have specific expectations and are often motivated by their own interests, will pursue such private interests at the expense of shareholders. When engaged in a management buyout, corporate officers seem to struggle to remain completely impartial and fully comply with their duty to be loyal towards the company.

However, despite the clear mandate laid down in Article 65 of Directive 2017/1132, Polish legislator failed to introduce “appropriate safeguards” to ensure that the financing is not in conflict with the best interest of the financing company when the other party to the financing transaction is an affiliate – managers of the company, its parent, the parent itself and individuals acting in their own name but on behalf of such entities. Lawmakers concluded that other commonly binding regulations of Polish company law (Article 371(1), Article 15(2), Article 344 and Article 20 CCC in particular) guarantee a sufficient level of protection in transactions with affiliates. I do not share this view. In my opinion, Article 65 of Directive 2017/1132 requires broader transposition into Polish law. The legislator is right to point out to a number of general safeguards in the Code of Commercial Companies, but the effectiveness of those measures in MLBOs is low. They do not ensure appropriate protection required by Article 54 of Directive 2017/1132 when the counterparty is company’s affiliate.

The rules regarding liability set forth by Polish provisions on financial assistance are also insufficient. The effectiveness of claims for damages, compensation or organisational claims that can be submitted to persons liable for breach is illusory, since in practice there are either no entities interested in pursuing the claims (the manager who has become the owner of the company will not submit a claim against himself) or even if such entities do exist (minority shareholders) they lack sufficient determination to engage in disputes, or to initiate *actio pro socio* litigation, which is simply financially unreasonable to them. This problem requires legislator’s interference as well. It is necessary to fully implement Article 65 of Directive 2017/1132 into Polish law. I believe that the most appropriate way of implementing EU provisions would involve ensuring – in cases referred to in Article 65 of Directive 2017/1132 – that shareholders have more reliable and fuller access to information on financing before they vote to adopt a relevant resolution. This objective can be achieved by extending the required content of management board’s report on financing drafted as a part of a process to provide company’s financial support to its affiliates and mandating the audit of the report by a certified auditor. What is more, it is advisable to introduce a requirement that transactions with affiliates be compliant with the best interest of the company.

CONCLUSION

In our current environment, to prohibit financial assistance completely is no longer a reasonable choice. It is a fact that Articles 64-65 of Directive 2017/1132 bring about a number of interpretative problems, and specific criteria for assessing the legality of financial assistance laid down in that law are at times difficult to comply with. Nevertheless, the practice has shown that the regulation has been successfully applied, supporting the view that the implementation of the new financial assistance regime by member states is a preferred solution to a ban. This pertains, among other states, to Slovakia. In my opinion it is recommendable to consider relaxing the financial assistance

ban currently stipulated by Slovakian law, as it could enliven the Slovakian capital market and increase the number of transactions. When analysing the need to relax the law and the form of potential future regulations, it is useful to draw on the experience of other states that have already eased the ban on financial assistance (e.g. Poland). Critical reliance on the Polish solution, taking account of its drawbacks as discussed above, could be helpful in drafting an even better regulation providing a more appropriate response to the requirements of the business world. Should the Slovakian legislator choose to take this path, it is useful to consider the following: (1) excessive openness of the catalogue of financial assistance activities, as in the case of Polish law, is objectionable as the regulation which sets forth the criteria for the legality of financial assistance cannot be applied to its certain, overly broadly construed forms; (2) the regulation should directly settle the admissibility of MLBO transactions and prevent resorting to MLBOs to merge companies that carry too much debt, leading the new business straight to bankruptcy; and (3) it is necessary to ensure that actual mechanisms effectively preventing the conflict of interests in transactions involving financial assistance to affiliates have been put in place.

REFERENCES

1. BRINGER, M. *Prohibition de l'assistance financière en France (C. com., art. L. 225-216): cette position rigoriste est-elle encore souhaitable à l'heure de la frilosité des prêteurs?* In La semaine juridique. ISSN 1290-5119, N° 22 of 28.5.2009, pp 32-35.
2. BROSIUS, J. *Die finanzielle Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien – §71a AktG im Gesamtgefüge des Kapitalerhaltungsrechts*, Köln: Heymanns, Carl (Verlag), 2011. 352 p. ISBN 978-3-452-27495-3.
3. DUNLEAVY, P. S. *Leveraged buyout, management buyout and going private corporate control transactions: insider trading or efficient market economics?* In Fordham Urban Law Journal. ISSN 0199-4646, Vol. 14, 1985-1986, no. 3, pp 685-722.
4. EASTERBROOK, F. H., FISCHEL, D. R. *Corporate control transactions*, Yale Law Journal. ISSN 0044-0094, Vol. 91, 1981–1982, no 4, pp 698-737.
5. FERRAN, E. *Simplification of European company law on financial assistance*. In European Business Organization Law Review. ISSN 1566-7529, 2005, no 6, pp 93-99.
6. FLEISCHER, H. *Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs und Leveraged Buyout*. In Die Aktiengesellschaft. ISSN 2366-097X, 1996, no 11, pp 494-507.
7. HOLZNER, F. *Private Equity, der Einsatz von Fremdkapital und Gläubigerschutz – Eine Untersuchung zur Notwendigkeit und zu den Möglichkeiten einer gesellschaftsrechtlichen Regulierung fremdfinanzierter Unternehmenstransaktionen (Leveraged Buy Out/Leveraged Recapitalization)*, Baden-Baden: Nomos, 2009. 363 p. ISBN 978-3-8329-4814-6.
8. JENDRSCZOK, J. *Die Grenzen der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs in der Schweiz und in Deutschland: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der gesellschafts- und zivilrechtlichen Beschränkungen der Heranziehung des Vermögens der Aktiengesellschaft zur Akquisitionsfinanzierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017. 454 p. ISBN 978-3-428-15240-7.

9. JERZMANOWSKI, J. *Finansowanie przez spółkę akcyjną nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji w procesie wykupu menedżerskiego*. Warszawa: C.H. Beck, 2016. 339 p. ISBN 978-83-255-8930-1.
10. KAPLAN, S. *The effects of management buyouts on operating performance and value*. In Journal of Financial Economics. ISSN 0304-405X, Vol. 24, 1989, no 2, pp. 217-254.
11. LOWENSTEIN, L. *Management Buyouts*, Columbia Law Review. ISSN 0010-1958, Vol. 85, 1985, no 4, pp 730-784.
12. SATTLER, M. *Financial assistance de lege ferenda*, Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2014. 600 p. ISBN 978-3-8300-7811-1.
13. STRAMPELLI, G. *Rendering (once more) the financial assistance regime more flexible*. In Il Nuovo Diritto Delle Società. ISSN 2039-6880, 2012, no 18, pp 10-53.
14. SÓJKA, T. *Zakaz finansowego wspierania przez spółkę akcyjną nabywania wyemitowanych przez nią akcji – w kontekście problematyki wykupów kredytowanych i menedżerskich*, In CEJMER, M., NAPIERAŁA, J., SÓJKA, T. *Europejskie prawo spółek, t. I*, Kraków: Zakamycze, 2004. 370 p. ISBN 83-7333-395-9.
15. TASMA, M. *Leveraged Buyout und Gläubigerschutz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. 478 p. ISBN 978-3-16-151896-6.
16. VAGTS, D. F. *The leveraged buyout and managements' share*. In Wake Forest Law Review. ISSN 0043-003X, Vol. 25, 1990, no 1, pp 129-140.
17. VAN GERVEN, D. *Capital directive in Europe – the rules on incorporation and capital of limited liability companies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 1111 p. ISBN 978-0-521-49334-5.
18. WYMEERSCH, E. *Article 23 of the second company law directive: the prohibition on financial assistance to acquire shares of the company*. In BASEDOW, J., HOPT, K. J., KÖTZ, H. *Festschrift für Ulrich Drobniq zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. 772 p. ISBN 978-3-16-147075-2.
19. ZEYHER, S. *Einlagenrückgewähr und finanzielle Unterstützung im Fall erwerbsfinanzierender Fusion – Merger Buyout einer Aktiengesellschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2011. 338 p. ISBN 978-3-8329-6414-6.
20. Austrian Aktiengesetz – Austrian Stock Corporation Act (Aktiengesetz) of 31.03.1965 (Bundesgesetzblatt no 1965/98 as amended).
21. CCC – Polish Code of Commercial Companies of 15.9.2000 (Journal of Laws of 2017, item 1577 as amended).
22. Code de Commerce – French Commercial Code of 24.7.1966 (Loi n°66-537 as amended).
23. Codice Civile – Italian Civil Code – Il Codice Civile of 16.3.1942 (Gazzetta Ufficiale no 79 of 4.4.1942 r., Serie Generale as amended).
24. Companies Act 1928 – British Companies Act of 1928 r.
25. Companies Act 2006 – British Companies Act of 8.11.2006, Chapter 46.
26. Directive 2006/68/EC – Directive of the European Parliament and the Council (EU) 2006/68/WE of 6.9.2006 r. amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital (EU OJ L 264 of 25.9.2006, p. 32).
27. Directive 2012/30/UE – Directive of the European Parliament and the Council (EU) 2012/30/UE of 25.10.2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies

- within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (EU OJ L 315 of 14.11.2012 p. 74).
- 28. Directive 2017/1132 – Directive of the European Parliament and the Council (EU) 2017/1132 of 14.06.2017 relating to certain aspects of company law (EU OJ L 169 of 30.06.2017 p. 46).
 - 29. German Aktiengesetz – German Stock Corporation Act (Aktiengesetz) of 6.9.1965 (Bundesgesetzblatt Teil I of 11.9.1965, no 48, p. 1089 as amended).
 - 30. Ley de Sociedades de Capital – Spanish Corporate Enterprises Act, Real Decreto Legislativo no 1/2010 of 2.07.2010.
 - 31. Obchodní zákoník – Czech Commercial Code – law no 513/1991 Obchodní zákoník.
 - 32. Obchodný zákonník – Slovak Commercial Code – law no 513/1991 Obchodný zákonník.
 - 33. Second Directive – Second Council Directive of 13.12.1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (EU OJ L 26 of 31.1.1977, p. 1).

CONTACT INFORMATION

jedrzej.jerzmanowski@amu.edu.pl
Adam Mickiewicz University in Poznań
Faculty of Law and Administration
Wieniawskiego 1
61-712 Poznań
Poland

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.¹

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

Daňové povinnosti ve světle zákonnosti a judikatury

Tax Obligations in the Light of Legality and Case Law

Abstrakt

Příspěvek² byl zpracován pro IX. ročník mezinárodního vědeckého sympozia „PRÁVO – OBCHOD - EKONOMIKA“, konaného ve dnech 7. až 9. listopadu 2018 ve Slovenské republice, Vysokých Tatrách – na Štrbském plese. Zvolené téma, jedno z nabízených organizátory sympozia „Obchodní, daňové a finanční aspekty obchodních společností“ je aktuální z pohledu neustálých diskusí ohledně daňových povinností právnických osob. Podle ustáleného názoru daně představují zásah státu do majetkové sféry daňových subjektů, při kterém dochází ke stířetru s právem na ochranu vlastnického práva podle článku 11 Listiny základních práv a svobod. Důvodem pro tento zásah je legitimní zájem státu, protože bez ukládání daní by nebylo možné zabezpečit prostředky na plnění funkci státu, resp. na fungování veřejné moci. Z toho důvodu s tímto zásahem tedy problematikou daní, poplatků příp. jiných obdobných peněžitých plnění počítá i samotná Listina. To ale neznamená, že by zákonodárce mohl ukládat daně bez omezení. Tento základní postulát by měl být respektován i ve vztahu k obchodním společnostem, které by měly podnikat s určitou jistotou daňové záťaze.

Klíčová slova: Ústava, Listina základních práv a svobod jako součást ústavního pořádku České republiky, daně, poplatky a jiná obdobná peněžitá plnění, správa daní.

Abstract

This paper³ was elaborated for IX. year of the international scientific symposium “LAW – TRADE – ECONOMY”, held from 7th to 9th November 2018 in the Slovak Republic, the High Tatras – in Štrbské Pleso. The chosen topic of “Business, Tax and Financial Aspects of Commercial Companies” as one of the offered by the organizers of the

¹ prof. JUDr. Marie KARFÍKOVÁ, CSc., vedoucí katedry finančního práva a finanční vědy Právnické fakulty Univerzity Karlovy, ORCID-0000-0002-5655-7858.

prof. JUDr. Marie KARFÍKOVÁ, CSc., Head of the Department of Financial Law and Financial Science at the Faculty of Law of the Charles University, ORCID-0000-0002-5655-7858.

² Tento text byl zpracován v rámci programu „PROGRES Q02 – Publicizace práva v evropském a mezinárodním srovnání“ realizovaného v roce 2018 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy.

³ This paper has been elaborated within the programme “PROGRES Q02 – Publicization of Law in the European and International Context” which is realized in 2018 at the Faculty of Law of the Charles University.

symposium is up-to-date from the point of view of constant discussions on tax obligations of legal persons. According to a steady opinion, taxes constitute a state interference with taxpayers' property, which conflicts with the right to protection of property rights under Article 11 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms. The reason for this interference is the legitimate interest of the state, because without imposing taxes it would not be possible to secure the resources in order to fulfil the functions of the state or the functioning of public power. For this reason, the Charter itself reflects this interference (i.e. the issue of taxes, fees and other similar financial considerations). This does not mean, however, that the legislation could impose taxes without restriction. This basic postulate should also be respected in relation to commercial companies that should conduct business with some certainty of the tax burden.

Key words: Constitution, Charter of Fundamental Rights and Freedoms as part of the constitutional order of the Czech Republic, Taxes, Fees and Other Similar Financial Considerations, Tax Administration.

JEL Classification: K34

1. OBECNĚ KE ZDAŇOVÁNÍ

Monografie finančního práva, a to 6. upravené vydání shrnuje poznámky o původu daní a poplatků tak, že název platby, tedy zda šlo o daň, poplatek či jinou obdobnou platbu, hrál pouze druhořadou roli. Rozhodující pro konstrukci státních příjmů je volba takového nástroje, který by přinášel potřebné příjmy státní pokladně a narázel přitom na co nejmenší odpor povinných subjektů⁴. Teorie finančního práva a finanční vědy se nemohla vyhnout otázkám daňového práva, které definuje jako soubor právních norem a dalších pravidel upravujících daně. Daně vymezuje jako nenávratná, nedobrovolná, neekvivalentní a nesankční peněžitá plnění ukládaná na základě zákona a spravovaná státem nebo jinými osobami vykonávajícími finanční veřejnou správu, která jsou veřejnými příjmy veřejných rozpočtů, a to příjmy zpravidla neúcelovými, rádnými, pravidelnými a plánovanými⁵.

Stát ke svému fungování a k naplňování všech funkcí, které od něj společnost očekává, potřebuje dostatek prostředků. Legitimním a nezbytným opatřením je tedy zdanění. Původní zdaňování „ad hoc“ bylo postupně nahrazeno pravidelným zdaněním, které můžeme vnímat jako "konfiskaci bez příčiny", jako spravedlivou kompenzaci za služby, které občanům poskytuje stát, případně jako příspěvek těch schopnějších k solidaritě či jako plnění sociálního závazku vůči ostatním. Moderní demokratický stát by měl daňovým subjektům zajistit nejen rovnost před zákonem, nýbrž i rovnoměrnější rozdělení materiálních zdrojů, aby mohly být naplněny podnikatelské aspirace obchodních společností. Jak jsem uvedla v úvodu, stát má nejen legitimní právo, ale i povinnost zajistit dostatek finančních prostředků k zabezpečení funkcí a činnosti státu. Daně a daňová politika mají proto nezpochybnitelnou opodstatněnost své existence. Z toho důvodu

⁴ BAKEŠ, M., KARFÍKOVÁ, M., KOTÁB, P., MARKOVÁ, H. a kol. Finanční právo. 6. Upravené vydání. Praha: C.H.Beck. 2012, s.88.

⁵ KARFÍKOVÁ, M. a kol. Teorie finančního práva a finanční vědy. Praha: Wolters Kluver ČR, 2018, 356 s., s.142 a násl.

zaujímají daně zvláštní postavení a soudy by měly přistupují k přezkumu jejich obsahu velmi zdrženlivě.

Ukládané daně vycházejí z celkové daňové politiky státu, kterou utvoří zákonodárce a za kterou je také politicky odpovědný⁶. Zákonodárce má proto široký prostor pro vymezení konstrukčních prvků daní a má zásadně volnou ruku při určení, co má podléhat zdanění a jakou míru má toto zdanění mít⁷. Tato volnost zákonodárce je dokonce tak široká, že může činit i kroky, které jsou z ekonomického hlediska iracionální – daň například nelze prohlásit za protiústavní jen proto, že je její správa neúměrně nákladná ve srovnání s vybranou výší této daně⁸. Privilegované postavení daní se mimo jiné projevuje také tím, že při posuzování jejich kolize s právem na ochranu vlastnictví není užíván klasický tríkrokový test proporcionality, ale používá se jeho užší verze, kterou se zkoumá pouze extrémní disproporcionalita⁹. Moderní demokratický stát by měl svým občanům zajistit nejen "rovnost před zákonem, nýbrž i rovnoměrnější rozdělení materiálních zdrojů, aby mohly být naplněny naše životní aspirace" (J. Rawls). Vlastnictví je úzce spojeno se svobodou a také s trhem, který je nenahraditelným mechanismem řízení ekonomiky svobodné společnosti, na straně druhé však produkuje velké majetkové a příjmové rozdíly, jejichž korekce není pouze v rámci samotného tržního mechanismu možná. Solidarita je pak etickou hodnotou, umožňující integraci společenství formálně rovných, avšak fakticky nerovných, jednotlivců. Zakotvení sociálních práv a s tím související vysoká míra přerozdělení prostřednictvím státu vede k obrovské koncentraci bohatství občanů ve prospěch vlády, což s sebou může nést nebezpečí pro svobodu jednotlivce. Vláda totiž udílením či odpíráním své štědrosti dokáže ovlivnit chování velkého počtu obyvatel.

Jak konstatoval v jednom ze svých odlišných stanovisek soudce ESLP Boštjan Zupančič (k rozsudku Burden proti Spojenému království): "Politiky uplatňované v oblasti daní hrají samozřejmě významnou roli, protože mohou finančně motivovat jednotlivce při jejich rozhodování. Tak například, pokud má zákonodárce v úmyslu podporovat heterosexuální manželství, logicky nabídne daňové pobídky, snížení a další zvýhodnění párem, jejichž oba členové žijí ve společné domácnosti bez ohledu na to, zda mají děti, či nikoli. V případě, že chce podporovat mateřství, přizná tyto stejně tradiční pobídky daňové povahy pouze párem, jejichž oba členové žijí ve společné domácnosti a mají děti. Jestliže je jeho zájmem odradit občany od rozvádění, zvýhodnění založí na stabilitě párů. Pokud jde o rozumné cíle, k nimž mají tyto pobídky směrovat, může je zákonodárce sdělit, ale nemusí. A i když je zcela odhalí, nemusí to ještě znamenat, že budou naprostě předvídatelné. Předmětné daňové pobídky se kombinují s mnoha dalšími faktory, zejména s motivačními a odrazujícími. V každém případě fiskální politika není jen hospodářskou politikou, ale i skrytou politikou sociální. Progresivní daň je přitom ekonomickým faktorem se silně rovnostářským účinkem, jelikož odstraňuje mnoho nepřijemných důsledků stratifikace společnosti. V oblasti dědické daně se již několikrát uplatnila radikální řešení. Extrémně vysoké zdanění dědictví může kupříkladu naznačovat, že zákonodárce upřednostňuje jmění vydělané spíše než zděděné. Vymezování politiky v oblasti dědické daně však v žádném případě není jednoduchým a přímočarým rozhodovacím procesem. Tato politika je totiž součástí celého komplexu

⁶ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/01 ze dne 12. března 2002.

⁷ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 29/08 ze dne 21.4.2009.

⁸ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 7/03 ze dne 18. srpna 2004.

⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 29/08, op. cit.

ekonomických rozhodnutí spočívajících z velké části na přerozdělování zdrojů, tedy na sociálním uspořádání společnosti¹⁰.

2. ÚSTAVNÍ ZÁKLAD UKLÁDÁNÍ DANÍ

Podle článku 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod (usnesení č. 2/1993 Sb., dále jen „Listiny“) lze daně a poplatky ukládat jen na základě zákona. Toto ustanovení se však týká pouze samotného ukládání daní, tedy daňového práva hmotného a nikoliv jejich správy, tedy daňového práva procesního. Přímo z tohoto ustanovení plyne monopol Parlamentu České republiky na ukládání daní a poplatků, protože žádný jiný orgán není nadán mocí přijímat zákony. Daně a poplatky tedy patří mezi prerogativy parlamentu. Existence místních poplatků tuto prerogativu parlamentu nenařuší, protože jsou ukládány na základě zákona vydaného parlamentem. Bez zákonného zmocnění tak nemohou ani krajské, ani obecní samosprávy zavést vlastní daně či poplatky.

Toto stručné ustanovení však v sobě obsahuje hned tři výkladová úskalí, na která je třeba se podrobněji zaměřit. Prvním úskalím je to, že dané ustanovení explicitně neřeší peněžitá plnění obdobná daním. Druhým úskalím je vymezení pojmu „zákon“, protože nejde o jedinou formu zákonodárce činnosti, kterou má zákonodárci k dispozici. Konečně třetí úskalí představuje problém, zda lze určité aspekty daňového práva hmotného upravit v podzákonnému předpisu, tedy jak široce lze vyložit slova „na základě“.

Jak uvádí Boháč¹¹, ze skutečnosti, že jiná obdobná peněžitá plnění nejsou explicitně zmíněna v článku 11 odst. 5 Listiny, není možné dovozovat, že by je bylo možné ukládat i jinak než na základě zákona, protože představují omezení práva na ochranu vlastnictví podle článku 11 Listiny, a tedy mohou být v souladu s článkem 4 Listiny upraveny pouze zákonem.

Druhým zmiňovaným problémem je otázka, jak široce vyložit pojem „zákon“. Beze sporu je v tomto pojmu zahrnut i ústavní zákon, i když si lze jen těžko představit zavedení daně předpisem takové síly. Podle článku 33 Ústavy pak lze ve věcech, které nesnesou odkladu a vyžadují přijetí zákona, přjmout zákonné opatření Senátu. Touto formou právního předpisu byla zavedena daň z nabytí nemovitých věcí¹². Na druhou stranu není nutné řešit, zda je zákonem podle článku 11 odst. 5 myšleno i nařízení vydané orgány Evropské unie. Evropská unie sice některé daně ukládá, například dávky z přebytku cukru¹³ ale jejich přezkum bude probíhat primárně v rámci evropského práva.

Jedno z prvních rozhodnutí československého ústavního soudu v roce 1992 se v případu týkajícím se zdanění příjmů pracujících starobních důchodců zabývalo problematikou daní z pohledu rovnosti a zákazu diskriminace. Ústavní soud ČSFR připustil, aby zákonodárci stanovil diferencované daně podle zásady, že výkonnější subjekt bude odvádět vyšší daně. Odmítl však opačný postup, kdy budou více zatíženy hospodářsky a sociálně slabší subjekty, i neodůvodněnou libovůlou¹⁴.

¹⁰ Komentář v ASPI k Listině základních práv a svobod.

¹¹ BOHÁČ, R. Daňové příjmy veřejných rozpočtů v České republice. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2013, s. 62.

¹² Zákonné opatření Senátu č. 330/2013 Sb., o dani z nabytí nemovitých věcí.

¹³ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1308/2013 ze dne 17. prosince 2013, kterým se stanoví společná organizace trhů se zemědělskými produkty a zrušují nařízení Rady (EHS) č. 922/72, (EHS) č. 234/79, (ES) č. 1037/2001 a (ES) č. 1234/2007.

¹⁴ nález pléna Ústavního soudu ČSFR Pl. ÚS 22/92.

Daně chápeme jako obecnou zátěž, která obyvatele státu podle jejich příjmů, majetku a kupní síly zavazuje k financování státu. Pravomoc státu zdaňovat za určitých, přesně definovaných, podmínek byla institucionalizována právě za účelem shromáždění prostředků k zabezpečení veřejných statků, které stát lidem poskytuje. Listina stanoví, že daně a poplatky mohou být ukládány také na základě zákona. To vylučuje, aby daňovou povinnost stanovovala exekutiva; tato pravomoc je svěřena výlučně parlamentu. Díkci odst. 5 je třeba interpretovat jako ústavní zmocnění pro parlament k legitimnímu omezení vlastnického práva skrze jím přijatý zákon. Do autonomní sféry jednotlivce, kterou spoludefinuje i vlastnické právo, je tak veřejné moci umožněno zasáhnout z důvodu ústavně aprobovaného veřejného zájmu, jehož podstata v případě daní spočívá ve shromažďování finančních prostředků na zabezpečování různých typů veřejných statků. Legimitita zdaňování vyplývá mj. z toho, že výsledky zdaňování jsou používány i k ochraně a vytváření podmínek pro rozvoj vlastnictví, přičemž tuto ochranu a vytváření podmínek je nutno samozřejmě z něčeho platit. Daňový zásah do majetkové a právní sféry jednotlivce, ale i obchodní společnosti, nabývá na ospravedlnění právě rovnoměrnosti rozdělení těchto břemen.

Český ústavní soud z principu dělby moci - viz ustanovení čl. 2 odst. 1 Ústavy (ústavní zákon č. 1/1993 Sb., dále jen „Ústava“) a vymezení zákonodárné moci – viz ustanovení čl. 15 odst. 1 Ústavy vyvodil závěr, že zákonodárce má široký prostor pro rozhodování o předmětu, mře a rozsahu daní, poplatků a peněžních sankcí a že za důsledky tohoto rozhodování nese politickou odpovědnost. Jakkoli pak je daň nebo poplatek veřejnoprávním povinným peněžitým plněním státu, a tedy zásahem do vlastnického práva povinného subjektu, nepředstavuje zásah do vlastnictví, chráněného ústavním pořádkem. „Ústavní přezkum daně, poplatku a peněžité sankce zahrnuje posouzení z pohledu dodržení kautel plynoucích z ústavního principu rovnosti, a to jak rovnosti neakcesorické viz ustanovení čl. 1 Listiny, tj. plynoucí z požadavku vyloučení svévolu při odlišování subjektů a práv, tak i akcesorické v rozsahu vymezeném v ustanovení čl. 3 odst. 1 Listiny (hypotetickou ilustrací porušení kautel akcesorické nerovnosti by byla úprava odlišující výši daní s ohledem na náboženské vyznání, jež by ve smyslu čl. 3 odst. 1 Listiny byla diskriminační a zároveň by zasáhla do základního práva plynoucího z čl. 15 odst. 1). Je-li předmětem posouzení ústavnost akcesorické nerovnosti vzhledem k vyloučení majetkové diskriminace. Nejzávažnější je však vymezení obsahu slov „ukládané na základě zákona“. Výkladem ad absurdum by bylo možné dospět k tomu, že veškerá hmotněprávní úprava daní musí být obsažena v zákoně a na podzákonné předpisy nelze delegovat žádnou její část. K otázce míry delegace právní úpravy daní na podzákonné předpisy se vyslovil Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 3/95 („malé pivovary“), když dovodi, že neurčité zmocnění pro vydání prováděcího předpisu je v rozporu s článkem 11 odst. 5 Listiny. Nevyslovil se však proti samotnému zmocnění k vydání takového předpisu, pouze proti šíři zmocnění. Teorie finančního práva pak z tohoto nálezu dovozuje požadavek, aby všechny konstrukční prvky daně byly s dostatečnou mírou určitosti vymezeny přímo v zákoně¹⁵. Konstrukční prvky daní musí být vymezeny dostatečně přesně, bezrozporně a určitě. Právo sice má nástroje k tomu, jak pomocí interpretačních metod překonat výkladové nejasnosti nebo rozpory v právní úpravě, ale v oblasti daní by takový postup byl problematický. Důvodem je to, že daně představují zásah do vlastnického práva vynucovaný pod sankcemi. Ústavní soud k tomu judikoval, že „[n]elze připustit, aby se

¹⁵ BAKEŠ, M. a kol. Finanční právo. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 21 a 158–159.

vlivem interpretace zákona stalo předmětem zdanění něco, co zákon za předmět daně s žádoucí mírou určitosti nepředpokládá“¹⁶.

Při interpretaci nejasného daňového předpisu se tak použije varianta interpretační metody in dubio pro libertate (v pochybách ve prospěch svobody), a sice in dubio mitius (v pochybách mírněji), protože důsledky nejasné formulace daňových povinností mají jít zásadně k tíži státu a nikoliv jednotlivce, protože stát je ten, kdo povinnosti stanovil¹⁷.

Neplatí ale, že libovolná interpretační nejasnost povede k zásadnímu vylepšení pozice daňového subjektu, „bude tomu tak pouze tehdy, budou-li proti sobě stát srovnatelně přesvědčivé výkladové alternativy. Srovnatelně přesvědčivé jsou výkladové alternativy tehdy, není-li žádná z nich zjevně a jednoznačně přesvědčivější než alternativy ostatní; nestačí tedy, že určitá alternativa je o něco přesvědčivější než jiná (jiné)“¹⁸.

Daňový systém je nezbytným prostředkem k materiální existenci státu, ale i jakýmsi testem legitimity instituce státu. Soustava daní musí být z hlediska její koncepce i konkrétní aplikace transparentní, předvídatelná a přiměřená. V opačném případě zmíněnou legitimizační funkci nemůže splňovat a v konečném důsledku tak zpochybňuje samotný význam a funkce státu¹⁹. Toto vnitřní daní plynule vychází z učení některých liberálně orientovaných myslitelů a nejdříve se proto v žádném případě o intelektuální novum postindustriální společnosti. Za zmínu v tomto směru stojí především tzv. daňový kánon Adama Smitha (Smith, s. 316 a násl.), podle něhož "(I.) poddaní každého státu mají přispívat k vydržování vlády pokud možno přesně úměrně k jejich příslušným schopnostem; to jest, v poměru k důchodům, kterému se každý těší pod ochranou státu. V zachování nebo nedbání této zásady spočívá stejnomořnost nebo nerovnost zdanění. (II.) Daň, kterou každý jednotlivec jest zavázán platiti, má býti určitá a nikoli libovolná. (III.) Každá daň má býti vybírána v době i způsobem pro poplatníka pravděpodobně nejvýhodnějším. (IV.) Každá daň má býti tak vyměřena, aby vybírala a odnímala z kapes lidí co možno nejméně nad to, co přináší do veřejné pokladny státu"²⁰ (cit. dle rozsudku NSS 2 Afs 4/2005).

3. PŘEZKUM DAŇOVÝCH ZÁKONŮ ÚSTAVNÍM SOUDEM

Do daňové problematiky zasáhla judikatura Ústavního soudu k právní povaze poznámek pod čarou v právním předpisu²¹. Když Ústavní soud konstatoval, že poznámky pod čarou či vysvětlivky nejsou normativní a závaznou součástí pravidla chování, vyloučil ze zdanění daní z převodu nemovitostí všechny převody bytových jednotek, ačkolи původním úmyslem předkladatele návrhu zákona bylo vyloučit pouze byty převáděné z majetku bytových družstev vlastním družstevníkům. Daňovou praxi významně ovlivnil nález²², který svým výkladem zkrátil prekluzivní lhůtu pro vyměření daně o jeden rok s tím, že do té doby akceptovaný výklad výslovou tříletou zákonnou lhůtu prodloužil

¹⁶ Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1611/07 ze dne 2. prosince 2008, bod 18. Závěr byl potvrzený i nálezem Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 31/13 ze dne 10. července 2014, bod 46.

11 Nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 666/02 ze dne 15. prosince 2003.

¹⁷ ŠIMKA, K., NOVÁKOVÁ, P. Ústavní právo a daně. Bulletin KDP ČR, č. 2/2015, str. 7.

¹⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 7 Afs 54/2006-155 ze dne 16. října 2008, bod 64.

¹⁹ Rozsudek NSS 2 Afs 62/2004.

²⁰ Cit. dle rozsudku NSS 2 Afs 4/2005.

²¹ Nález II. ÚS 485/1998.

²² Nález I. ÚS 1611/07.

nesprávně na čtyřletou. Tento nález Ústavního soudu pak nalezl svůj odraz i v legislativní činnosti (nový daňový řád). U daňových kontrol judikatura Ústavního soudu ve shodě s obecnými soudy zabránila opakoványm daňovým kontrolám s totožným předmětem²³. V otázce přípustnosti namátkových či bezdůvodných daňových kontrol judikatura Ústavního soudu²⁴ akcentovala riziko svévole, judikatura NSS pak považovala namátkovou daňovou kontrolu za institut s mimořádně podstatným preventivním významem²⁵. Stanovisko Ústavního soudu²⁶ shledalo ústavně konformní provedení daňové kontroly bez konkrétními skutečnostmi podloženého podezření, že daňový subjekt nesplnil rádně daňovou povinnost.

Ústavní soud zakázal zákonodárci takové zdanění, které by ve své podstatě bylo retroaktivní expropriací jeho nároku: "Vznikl-li účastníkovi stavebního spoření uplynutím kalendářního roku za tento rok individualizovaný právní nárok na státní podporu podle zákona upravujícího stavební spoření, která se však zatím nestala jeho příjemem, nelze očekávání tohoto účastníka, že tento nárok bude trvat dál v nezměněném rozsahu, přiznat z hlediska principu právní jistoty podle čl. 1 odst. 1 Ústavy a legitimního očekávání podle čl. 11 odst. 1 Listiny pouze podle toho, zda zákonodárci ke snížení tohoto nároku přistoupil přímo nebo zda tak učinil dodatečným stanovením daňové povinnosti, jež se od přímého snížení liší pouze svým označením"²⁷.

K rozsahu přezkumu daňových zákonů Ústavní soudem přispěl zamítavý nález ve věci ústavnosti daně z převodu nemovitostí²⁸, podle nějž Ústavní soud posuzuje omezení základního práva na vlastnictví garantovaného čl. 11 odst. 1 Listiny z důvodu veřejného zájmu na naplnění státního rozpočtuaprobovaného čl. 11 odst. 5 Listiny, a to za účely spojenými s naplňováním funkcí státu. Ústavní soud pro přezkum ústavnosti daňových zákonů používá modifikovanou verzi zásady proporcionality, zkoumá případné porušení zákazu extrémní disproporcionality ve spojení s kritérii, která vyplývají z ústavního principu rovnosti. Právě posouzení věci z hlediska dodržení ústavních kautel akcesorické a neakcesorické rovnosti umožňuje prosadit požadavek, aby zákonodárci nemohli stanovit jako předmět zdanění zcela iracionálně zvolené jednání, konání nebo chování osob, neboť tímto svým postupem by se dopustil zjevného, resp. svévolného porušení ústavního principu rovnosti. Dále Ústavní soud ve vztahu k přezkumu daňových zákonů postuloval zásadu zdrženlivosti, neboť posouzení tří základních funkcí daní a daňového systému, a to funkce alokační, distribuční a stabilizační, naleží do kompetence demokraticky zvoleného zákonodárci.

Racionalitu jednotlivých politik či efektivitu daní Ústavní soud nepřezkoumává, ledaže by založily zřejmou nerovnost v daňovém zatížení jednotlivých tuzemců. Ústavnímu soudu přísluší jen přezkoumávat, zda daná daňová opatření nezasahují do ústavně garantovaného majetkového substrátu vlastníka (protiústavní byl např. rdousící efekt), resp. zda je nelze považovat za bezdůvodně se přičítí principu rovnosti, tj. za svévolné, přičemž rovnost je v tomto případě nutno zkoumat jak v návaznosti na další základní právo, tak i v neakcesorické podobě.

²³ Např. nález III. ÚS 510/02.

²⁴ Nález I. ÚS 1835/07.

²⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 2 Aps 2/2009.

²⁶ Pl. ÚS-st. 33/11 ze dne 8.11.2011.

²⁷ Nález Pl. ÚS 53/10.

²⁸ Pl. ÚS 29/08.

Zásadně je zakázána právní úprava retroaktivní, tedy právní úprava, která vyvolává právní účinky před okamžikem své účinnosti (ex tunc). Sice ji lze výjimečně připustit, avšak pouze v případech, kdy se „v hodnotovém řádu a vědomí společnosti konsensuálně etabloval určitý vzor a způsob sociálního myšlení a jednání, kterému se z nejrůznějších důvodů, např. v důsledku tlaku určitého politického systému, nemohlo dostat normativního vyjádření“²⁹, přičemž musí navíc platit, že zákonodárce neměl objektivně možnost takovou právní úpravu přijmout dříve³⁰. Naopak nepravě retroaktivní právní úprava, tedy taková, která sice postihuje právní vztahy vzniklé před svou účinností, ale právní účinky vyvolává až v budoucnu, obecně přípustná je. Zásadní otázkou je, jak přistoupit ke změně právní úpravy, která se má vztahovat na zdaňovací období, v jehož průběhu nabyla účinnosti. Typickým příkladem může být změna sazby daně, ke které v důsledku zpoždění legislativního procesu nedošlo k prvnímu dni zdaňovacího období, ale později. Na první pohled by se mohlo zdát, že jde o pravou retroaktivitu, protože změna sazby daně má právní účinky i před účinností takové právní úpravy. Podle Ústavního soudu, který se inspiroval judikaturou německého Spolkového ústavního soudu, tomu tak vždy být nemusí a je nutno posoudit okolnosti každého případu zvlášt³¹. Zároveň ale Ústavní soud vyslovil názor, že pokud zákonodárce přikázal daňovým subjektům, aby si pro dané zdaňovací období zvolily pravidla, která pak musí po celé zdaňovací období dodržovat, tak by tato pravidla měl také sám respektovat a nesmí je bez závažného důvodu měnit k tiži daňového subjektu³². Stejně tak platí, že při změně právní regulace určitého chování je nutné poskytnout adresátům zákona dostatečný časový prostor pro adaptaci na nová pravidla³³. V určitých situacích má ale nepravě retroaktivita místo i v daňovém právu, zejména pokud chce zákonodárce daňovým subjektům ulevit, například zavedením slevy na daní.

Na oblast správy daní se nevztahuje článek 6 Evropské úmluvy o lidských právech³⁴, zakotvující právo na spravedlivý proces. Článek 6 Úmluvy správu daní explicitně neupravuje a Evropský soud pro lidská práva respektuje správu daní jako součást „tvrdého jádra výsad veřejné moci“. Výjimku tvoří sankce za daňové delikty podle daňového řádu³⁵, protože na řízení o jejich uložení se článek 6 vztahuje v plném rozsahu. V praxi může tato dichotomie přinášet problémy, protože se o obou otázkách rozhoduje zpravidla v rámci jednoho řízení. „Jedno a totéž řízení (ve vnitrostátním právním řádu pochopitelně zpravidla upravené v jednom procesním předpisu) tak z jednoho pohledu požadavkům spravedlivého procesu vyhovovat nemusí, z druhého naopak ano³⁶.

²⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 33/01.

³⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 33/01.

³¹ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 9/08 ze dne 12. července 2011, bod 15.

³² Nález sp. zn. Pl. ÚS 9/08.

³³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 31/13.

³⁴ ÚMLUVA o ochraně lidských práv a základních svobod - SDĚLENÍ federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb.

³⁵ Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů.

³⁶ KMEC, J. a kol. Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 582.

ZÁVĚR

Každá obchodní korporace je poplatníkem min. daně z příjmů právnických osob (obecně povinná registrace k této dani v zákonné lhůtě 15 dnů od vzniku obchodní korporace dle § 39a zák. o daních z příjmů). Ve svém příspěvku jsem chtěla poukázat na zákonost této povinnosti ve světle aktuální judikatury. Další daně, jejichž poplatníkem mohou být obchodní korporace, můžeme rozdělit na daně „pravidelné“, odvíjející se od činnosti obchodní korporace, resp. způsobu jejich výkonu, a na daně „jednorázové“. Do skupiny „pravidelných“ daní lze zařadit například DPH, jejmž plátcem se může obchodní korporace stát v případě, že splní zákonné podmínky/požadavky (např. překročení obratu, dobrovolná registrace apod.). Další daňové povinnosti mohou obchodní korporaci vyplynout z titulu vlastnictví nemovitých věcí (daň z nemovitých věcí), využívání motorových vozidel k podnikání (daň silniční) nebo z titulu zaměstnávání zaměstnanců (odvody daně z příjmů fyzických osob ze závislé činnosti či srážkou - obchodní korporace je zde v pozici plátce a povinné odvody na sociální zabezpečení a veřejné zdravotní pojištění). Daně „jednorázové“ lze definovat jako daně odvíjející se od zákonem stanovené zdanitelné události/skutečnosti. Mezi takové daně lze zařadit např. daň z nabytí nemovitých věcí, dojde-li k převodu či přechodu nemovitých věcí.

Veškeré výše uvedené povinnosti plátcovství daní jsou samozřejmě spojeny i s určitými „administrativními“ povinnosti, tj. podání daňového přiznání, hlášení, vyúčtování apod., případně mohou být spojeny i s platbou záloh (zejm. u daně z příjmů právnických osob nebo silniční daně).

KONTAKT NA AUTORA

karfikov@prf.cuni.cz

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

nám. Curieových 901/7

116 40 Praha 1

Česká republika

Dr hab. Aneta Kaźmierczyk

Cracow University of Economics, Faculty of Finance and Law

Prevention from financial losses among entrepreneurs involved in renting residential premises. The institutional lease

Abstract

On 11.09.2017, a new type of lease agreement was introduced into the Polish legal system - an institutional lease of the premises. It is a contract intended for entrepreneurs running a business in the field of renting premises. According to the legislator's assumptions, the institutional lease constitutes a contract with special features. On the one hand, it would balance the interests of the parties to the lease. On the other hand, it has the form of an incentive for investors to engage financial resources in the construction of apartments for rent and to conduct business in the field of renting residential premises. The incentive consists, among other things, in the introduction of institutions that prevent financial losses of entrepreneurs dealing with renting residential premises. The subject of the article will therefore be an analysis of the institutional lease of premises. In particular, regulations will be presented that strengthen the position of the lessor - the entrepreneur, by preventing financial losses.

Key words: *renting residential premises, institutional lease, entrepreneur, financial losses, economic activity*

JEL Classification: K15

INTRODUCTION

On 11.09.2017, a new type of lease agreement was introduced into the Polish legal system - an institutional lease of the premises. This new type of lease agreement has been regulated in the Act on the protection of tenants' rights, the housing stock of a commune and the amendment of the Civil Code¹. It is a contract for entrepreneurs running a business in the field of renting premises. It is similar to the occasional lease agreement, which existed in the Polish legal order since 2010. However, there are differences between these agreements. One of them is who can enter into a contract. Occasional lease is a contract that may be entered into by individuals who do not conduct business in the field of renting

¹ Act of 21.06.2001, uniform text. Journal Laws 2018, item. 1234, (as a.p.t.r.). Institutional Lease was introduced to p.t.r. pursuant to art. 119 point 4 Act of 20.07 on National Property Resources, Journal Laws 2017, item. 1529, (as a.n.p.r.).

residential premises. In contrast, the institutional lease is a contract that may be entered into by entrepreneurs who conduct business in the field of renting residential premises.

According to the legislator's assumptions, the institutional lease constitutes a contract with special features. On the one hand, it would balance the interests of the parties to the lease. On the other hand, it has the form of an incentive for investors to engage financial resources in the construction of apartments for rent and to conduct business in the field of renting residential premises. The incentive consists, among other things, in the introduction of institutions that prevent financial losses of entrepreneurs dealing with renting residential premises.

The subject of the article will therefore be an analysis of the institutional lease of premises. In particular, regulations will be presented that strengthen the position of the lessor - the entrepreneur, by preventing financial losses. In typical contracts for the rental of residential premises², such losses are usually associated with; the situation where the tenant does not fulfil his obligation to pay the rent; the tenant does not care about the premises or destroys them; the tenant hand over the premises after the termination of the lease in a condition unsuitable for direct use or occupies the premises after the expiry of the lease. Additionally, such losses result from the lengthiness of procedures as well as restrictions on the possibility of increasing the rent. Another reason would be limited freedom of the lessor at terminating of the tenancy of the dwelling. The lessor may terminate the contract only in the cases enumerated in the a.p.t.r.

1. ESTABLISHMENT OF AN INSTITUTIONAL LEASE CONTRACT

According to art. 19 a.p.t.r., an institutional lease is a rental agreement for a dwelling, concluded by a natural person, a legal person or an organizational unit that is not a legal person and which carries out business activity in the field of renting premises. The institutional lease of the flat is concluded for a definite period³. This contract is regulated by the provisions of the Civil Code⁴ governing tenancy and, to a limited extent, the provisions of the a.p.t.r., namely art. 2, art. 6 (3), art. 10 (1-3), art. 11 (2) points 1-3, art. 13, art. 18 (1 -2) and art. 25 d point 4. In addition to the institutional lease of residential premises in buildings located on the property of the National Property Resource, intended for rent with standardized rent, the provisions of Chapter 7 of the Act on National Property Resources apply.

Such a set of rules, which apply to the institutional lease of premises, determines the attractiveness of this type of contract for entrepreneurs dealing with renting premises. It means that there is no application of the a.p.t.r. provisions, namely:

1. regulations limiting the possibility of increasing rent,
2. provisions on termination of the contract and

² Typical contracts for the rental of residential premises are regulated by the provisions of the a.p.t.r., which protect the interests of the tenant more than the landlord

³ Separate provisions contained in the a.n.p.r. regulate the duration of institutional lease contracts for premises with standardized rent located in buildings erected on real estate from the National Property Resource. Such contracts are also concluded for a fixed period of time - 15 or 30 years.

⁴ Act of 23.04.1964 Civil Code, uniform text. Journal Laws 2018, item. 1025 with amendments, (as c.c.).

3. provisions on the tenant's entitlement to a social housing and a temporary room. The essence of such a right boils down to the fact that the former tenant occupies the premises after the termination of the lease until the municipality has provided him with a social housing.

1.1. Parties to the institutional lease agreement

The landlord can only be a natural person, a legal person or an organizational unit that is not a legal person that carries out economic activity in the area of renting premises. The wording of the provision indicates that the landlord does not have to be entitled to the title to the property. However, it is important for him to run a business in the field of renting premises. Precise determination of which entities can enter into an institutional lease agreement should therefore be based on the interpretation of the definition of economic activity contained in art. 3 act on Entrepreneur law⁵ According to the indicated provision, business activities are organized gainful activities carried out on one's own behalf and on an ongoing basis.

However, according to the analysis of views in doctrine and judicature, there is no consensus as to when renting residential premises is considered a private endeavour and in when an economic activity⁶. The distinction between renting apartments as a business activity and private renting is, however, important due to the type of rental agreement that a given entity may enter into⁷.

In particular, this meaning is evident in relation to natural persons. A natural person who does not conduct economic activity in the field of renting premises and therefore, who makes a private lease can conclude an occasional lease agreement. Such an agreement has similar effects to the institutional lease agreement. The main difference, however, is that to cause such effects - an occasional lease must be reported to the tax authority (Head of the Tax Office). The lack of such notification will result in falling under all of the provisions from the a.p.t.r. Therefore, it will be a regular lease contract for a dwelling, not an occasional lease agreement. A natural person who conducts economic activity in the field of renting premises may enter into institutional lease agreement. For such an agreement to have a restricted application of the provisions of the a.p.t.r. towards it - does not require notification to the tax authority. Therefore, the basic difficulty is to address the issue whether the rental of premises by a natural person should be classified as a private

⁵ Act of 6.03.2018, Journal Laws 2018, item. 646, (as a.e.l.).

⁶ In the literature of the subject, one can find the views that the rental of residential premises is an economic activity if it is not sporadic, among others: KATNER W.J., Business Law. Commentary. Judicature. Literature. Warsaw 2003,p. 24. In the judicature, one can find views that the rental of residential premises is an economic activity even if it is sporadic. See judgement of Supreme Administrative Court of 17.09.1997, II SA 1089/86, Economic Law 1998, no. 1; judgement of Supreme Court of 11.19.1996, III RN 4/96, OSNAP 1997, no. 10, item. 160. A different position was expressed in a judgement of the Supreme Administrative Court of 20.2.1996 II SA 442/95, Economic Law 1996, no. 9, item. 35. In these judgments the court did not consider renting residential premises as a business activity, treating it as taking profits from things. Similarly Supreme Administrative Court of 25.10.1995, (II SA 1059/94, Court Calendar 1996, no. 2, item. 40) decided that renting rooms in a single-family house could not be considered as running a business.

⁷ This distinction is also important due to the different tax consequences of renting premises privately from renting premises as a part of business operations.

lease or whether it constitutes an economic activity. The main problem here is therefore to determine how to interpret the phrase stating that the tenancy is conducted in an organized and continuous (large-scale) manner. Undoubtedly, the boundary between a private lease and a lease held as part of a business is not clearly defined⁸. It is assumed that the entity conducts business activity in the scope of rental of premises if: it establishes cooperation with specialized companies, rents many premises, treats lease as a permanent source of income and rents housing for a longer period of time⁹. All of the indicated premises should, however, be assessable and subject to analysis *in casu*.

The only permanent indication that a natural person who rents premises does not rent them as part of their business is the content of art. 5 a.e.l. According to the wording of art. 5 a.e.l. activities carried out by a natural person whose income due to these activities does not exceed 50% of the minimum wage in any month and which has not carried out a business in the last 60 months - is not an economic activity¹⁰.

An analysis of the concept of the landlord in the institutional lease of the premises requires attention to one more issue. As it was indicated, an entrepreneur conducting economic activity in the field of renting residential premises may enter into an institutional lease agreement. It may also enter into a standard contract for the rental of a dwelling (regulated by the provisions of a.p.t.r.). This rule, however, does not apply to entrepreneurs of the so-called housing operators who rent residential premises with standardized rent, which are part of the National Property Resource. According to art. 84 a.n.p.r., for the lease of residential premises with standardized rent, only the provisions of the institutional lease agreement apply. Therefore, unlike other entrepreneurs running a business in the area of renting premises, housing operators may only enter into an institutional lease agreement¹¹.

Similarly as in relation to the lessor, the law also introduces certain restrictions in relation to the tenant. The tenant, in the institutional lease agreement, can only be a natural person. There is no explicit limitation in the act with respect to the tenant, only to a natural person. However, due to the fact that the object of the contract can only be a dwelling, this conclusion seems to be justified. A legal person or an organizational unit does not have housing needs, and therefore, the contracts it enters into will apply to premises that can be classified as commercial premises. Therefore, a legal person will not use a dwelling, unless it should be considered appropriate that some premises are, by their very nature, used to meet housing needs. However, such a claim is difficult to agree with. It is necessary to agree with the view¹² that "what purpose specific premise serves is decided

⁸ It is difficult to state clearly whether the actions of a natural person who, for example, rents one apartment should be referred to as running a business or as a private renting activity. Such a difficulty arises especially in a situation in which it uses the services of real estate agents for renting a premise.

⁹ Individual interpretation of Head of the Tax Office of 15.07.2015. IBPB-2-2/4511-41/15/JG.

¹⁰ Salaries referred to in Act of 10.10.2002, on the minimum remuneration for work, Journal Laws 2017, item. 847 with amendments.

¹¹ This solution is criticized. Tenants of premises with standardized rent included in the National Property Resource obtain less protection, in particular they are deprived of protection against homelessness. See: KAMIŃSKI M., Assumptions of Act of National Property Resources, Real Estates 2017, no. 9, p. 35.

¹² MACZYŃSKI A., Old and new institutions of Polish housing law, Quarterly of Private Law 2002, no. 1, p. 97.

by the will of its owner, which may be expressed in the contract by which the owner gives the use of the premises to another person."

1.2. Subject of the institutional lease agreement

Only a dwelling may be considered as a subject of the institutional lease agreement. Regulations of the a.p.t.r. do not define the concept of a dwelling. . According to art. 2 (1) point 4 of the a.p.t.r., the term "premises" should be understood as a place serving the needs of housing, as well as a place that is a studio serving the creator to conduct activities in the field of culture and art. At the same time, the act does not consider "premises" to be - a room intended for short-term stays of persons, in particular those in boarding houses, burs, guesthouses, hotels, resorts or other buildings used for tourist or leisure purposes.

From the above definition, it can be inferred that due to the distinction between the premises aimed at satisfying the housing needs and the premises constituting the artists' studios, the latter can not be the subject of institutional lease¹³. In addition, it should be noted that the scope of the concept of premises excludes rooms intended for short-term stay of people, in particular rooms located in boarding houses, burs, guesthouses, hotels, resorts or in other buildings used for tourism or leisure. Indicated rooms as not covered by the concept of premises, let alone premises that serve the needs of housing, also can not be the subject of institutional lease. However, the phrase "in particular" used by the legislator indicates that the catalog of exceptions contained in the provision is not closed. It can therefore be assumed that the subject of the institutional lease of premises does not include the premises made available to satisfy the housing needs related to temporary, short-term stay.

Due to the lack of regulation defining the subject of lease contract as an independent premises, it should be assumed that the subject of the contract may be the entire premises as well as part of such premises, e.g. a room¹⁴.

1.3. Form of the contract

The institutional lease agreement as well as changes to this contract require a written form, otherwise it will be invalid. An integral part of the contract is also an attachment, which, however, must be made in the form of a notarial deed. This attachment is the tenant's statement, in which the tenant submitted to the execution and obliged himself to empty and release the premises used on the basis of the institutional lease agreement on the date specified in the request to empty the premises submitted by the lessor. In this statement, the lessee is also obliged to indicate that he has acknowledged that if it is necessary to empty the premises and hand it over to the landlord, he is not entitled to social housing or a temporary room.

¹³ A work room without paid access of third parties, as well as room intended for the purposes of creating art and culture should not be considered as a workshop.

¹⁴ Similarly ZOLL F., Olczyk M., Pecyna M., Act on the protection of tenants' rights, the housing stock of a commune and the amendment of the Civil Code. Commentary, Warsaw 2002, p. 46; OLCZYK M., Is room a flat, Legal Newspaper, no. 149 of 19.11.2001.

This notarial deed is a writ of execution. It allows (after the court has granted it the enforcement clause¹⁵) to carry out the execution of the obligation to empty the premises and hand it over to the landlord¹⁶. In this case, there is no need for the landlord to start an action in order to empty the premises. In such proceedings, the court would analyse the question of entitling the former tenant to social housing. In a situation in which the court would grant such a right to a former tenant, he would have the right to occupy the premises until the municipality would provide him with a social housing.

A facilitation for the lessor under the institutional lease is therefore that the declaration in the form of a notarial deed which constitutes an annex to the contract:

1. first of all, it constitutes a writ of execution - and therefore, it is possible to pursue the obligation of emptying the premises by a former tenant without having to bring legal proceedings
2. secondly includes the tenant's statement that he knows that if it is necessary to perform the obligation to empty the flat, he is not entitled to social housing or a temporary room.

The indicated solution is one of the three main attributes of the institutional lease of premises for entrepreneurs¹⁷. However, due to the criticism of part of the regulation enabling entrepreneur to instantly make former tenant homeless, it is to be repealed¹⁸.

1.4. Security deposit

Entering into an institutional lease agreement may be conditioned upon the tenant paying a security deposit to cover the receivables due to the institutional lease of the owner's property on the day of vacating the premises and possible costs of enforcing the obligation to empty the premises. The deposit may not exceed three times the monthly rent for a given flat, calculated according to the rent rate in force on the date of the contract for the institutional lease of the premises. Analysing this regulation, it is difficult to assess unequivocally whether it is attractive for entrepreneurs dealing with renting premises. On

¹⁵ In proceedings for granting a notarial deed enforcement clause, the court does not determine the validity of the lease contract as well as the existence of an obligation on which the debtor submitted to execution. See resolution of the Supreme Court 7.03.2008, III CZP 155/07, OSNC 2009, no. 3, item. 42.

¹⁶ In a situation in which the landlord terminated a tenancy agreement and the tenant still occupies the premises – with a normal rental agreement for a dwelling – the landlord must file an action to the court for ordering eviction of the premises. Only the court deciding to order the emptying of the premises is the basis for carrying out the execution aimed at compulsory removal of the former tenant from the premises.

¹⁷ It aim is to minimize financial losses that the entrepreneur would incur e.g. in a situation in which the rental was terminated due to the lack of paying the rent by the tenant. In court proceedings, the court would grant the tenant the right to social housing. Up to the point of receiving social housing, he would still live in the premises that were the subject of institutional lease. If during this period he still would not pay the amounts corresponding to the rent, the landlord would not be able to terminate the contract any more.

¹⁸ Currently, the parliament is working on the amendment to a.p.t.r. The subject of the draft amendment act is the liquidation of the possibility of forcing someone into homelessness without granting a social housing. Parliament VIII term of office, print no 2425.

the one hand, it protects the interests of the entrepreneur more than the provision of a security deposit in the ordinary rental of residential premises, where the deposit only secures the payment of rent due to the landlord on the day of emptying the premises. On the other hand, the amount of the security deposit when entering into the institutional lease contract is lower than the amount of the security deposit when entering into the occasional lease agreement. A security deposit when entering into the occasional lease agreement may amount to six times the monthly rent for a given flat. It is not understandable why the amount of the security deposit for the landlord who is an entrepreneur has been regulated at such a low level.

2. RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE PARTIES TO THE INSTITUTIONAL LEASE

The content of the institutional lease of the premises determines the basic rights and obligations of the landlord and tenant arising from the essence of the rental agreement. As it has been mentioned, the provisions of the Civil Code and, to a very limited extent, provisions of the a.p.t.r. apply¹⁹. In the basic scope the rights and obligations of the parties of the institutional lease, are shaped by art. 659 of the Civil Code. According to art. 659 of the Civil Code "By a tenancy contract, a landlord commits to hand over a thing for a tenant's use for a fixed or non-fixed term, and the tenant commits to pay the landlord an agreed rent". The landlord's primary obligations are to give the tenant premises to use. The tenant's main responsibility is to pay the rent.

The content of the landlord's obligation (giving premises to use) consists of:

1. Obligation to hand over the premises to the tenant in a condition fit for the agreed use,
2. Obligation to maintain the premises in a condition suitable for the agreed use (It should be noted, however, that the provisions regulating who are obliged to bear the costs of repair and maintenance of the premises are *iuris dispositivi*. The parties can therefore establish mutual obligations for the maintenance of the premises, expenditures on premises and settlements in this respect).
3. The obligation to ensure the peaceful use of the premises by the tenant.

The correlations of the landlord's duties are the tenant's rights:

¹⁹ Art. 10 a.p.t.r. – according to which, in the event of a breakdown causing damage or directly threatening the occurrence of damage, the tenant is obliged to immediately make the premises available with a view of its removal. If the tenant is absent or refuses to make the premises available, the owner has the right to enter the premises in the presence of a Police officer or municipal (city) guard, and when it requires help from the fire brigade – also with its participation. At the same time, if the opening of the premises took place in the absence of the tenant or the adult person permanently residing with him, the owner is obliged to secure the premises and items located there until the tenant arrives; a protocol is made out of these activities. In addition, after determining the date, the tenant should also provide the landlord with an opportunity to: perform periodic, and in particularly justified cases, ad hoc review, condition and technical equipment of the premises and determine the scope of necessary works and their implementation as well as substitute work for the tenant.

1. The right to demand the delivery of a property taken under a tenancy,
2. The right to use the goods given to him by the landlord,
3. The right to demand a reduction in rent and termination of the lease, if the item (premises) is not in a condition suitable for the agreed use (e.g. if the premises have defects that limit its usefulness to the agreed use, the tenant may demand a reduction of rent for the duration of the defect. The tenant can also terminate the lease in a situation where the premises had defects at the time of entering a contract or these defects were created later and the landlord has not removed these defects or if these defects can not be removed).

The tenant also has responsibilities related to the use of the premises. These duties include:

1. The obligation to use the premises in a way that suits its properties and purpose,
2. The obligation of custody over the premises,
3. Compliance with the rules of domestic order,
4. The obligation of custody over the building in which the premises are located.

All the above-mentioned rights and obligations result from the regulation of the Civil Code. Under the institutional lease agreement, they are not modified and supplemented by the provisions of the a.p.t.r., which largely protects the interests of the tenant.

An important factor for the attractiveness of the institutional lease of premises is the fact that the tenant's obligation to pay the rent is not subject to the regulations of the a.p.t.r. Therefore, the restrictions towards the possibility of increasing the rent do not apply in the institutional lease agreement. These limitations in the ordinary rental contract for a dwelling (subject to the provisions of the a.p.t.r.) concern both the date of alteration of the rent²⁰, the frequency of alteration of the rent²¹, the possible increase in rent²², and the possibility to challenge the increase in rent in court proceedings²³.

With regard to the institutional lease agreement, the indicated restrictions will not apply. According to art. 19h a.p.t.r., the landlord may increase the rent in accordance with the conditions specified in the institutional lease agreement. Therefore, the parties can determine the rules for increasing rent in the contract. If the contract does not clearly specify the rules for increasing the rent, then in this case it will apply art. 685¹ of the Civil Code. According to art. 685¹ of the Civil Code. "The landlord may increase the rent by

²⁰ The landlord may terminate the current rent by the end of the calendar month at the latest, with a 3-month notice period, unless a longer period is reserved in the contract. For the notice of termination written form is required otherwise it is invalid.

²¹ Increasing the rent or other charges for using the premises, with the exception of fees independent of the owner, can not be made more frequently than every 6 months. This period runs from the date on which the increase came into force.

²² The amount of the increase – in principle, is limited – an increase leading to the exceeding of the annual rent by 3% of the replacement value of the premises or referring to the rent exceeding this level may take place in justified cases.

²³ Within 2 months of “the date of the alteration” of the rent, the tenant may challenge the increase by filing a lawsuit to determine that the increase is unjustified or justified, but in with a different amount.

terminating the current rent with at least one month's notice, at the end of a calendar month".

Undoubtedly, the rules regarding the possibility of increasing the rent for a dwelling in an institutional lease agreement constitute an attractive solution that can be an incentive for entrepreneurs running a business in the field of renting premises. It should be noted, however, that such rules will not apply to all entrepreneurs dealing with the renting premises. Separate rules apply when the premises belonging to National Property Resource are the subject of the lease. The maximum amount of rent is specified in the regulation of the Council of Ministers. It was also assumed that if the landlord sets the rent in the amount exceeding the rent specified in the regulation, by law - the amount of rent will correspond to the amount determined in the regulation²⁴.

3. DISSOLUTION OF THE INSTITUTIONAL LEASE

The institutional lease of the premises is a fixed-term contract. The basic method of ending this contract is therefore the passage of time for which it was concluded. The legislator also provided different type of termination of this legal relationship, clearly indicating that the art. 11 (2-3) points 1-3 and art. 13 a.p.t.r. applies to it. When analysing the ways to terminate an institutional lease agreement, several options can be distinguished.

First of all, as it was indicated, due to the fact that it is a contract concluded for a definite period, it expires after the time for which it was concluded. There are also no obstacles to the contract being terminated at any time by agreement of the parties.

Secondly, it is possible that the contract will be terminated. It is then terminated after the end of the notice period. The possibility of terminating the institutional lease by the tenant can be derived from the provisions of the Civil Code. Therefore, there are no obstacles to making a reservation in the contract that the tenant will be able to terminate the lease for certain reasons (art. 673 § 3 c.c.). Additionally, pursuant to art. 664 § 2 c.c. as well as art. 682 c.c., the tenant can terminate the contract with immediate effect due to the defects of the rented premises.

The possibility of terminating the contract by the landlord is shaped differently. The landlord may terminate the contract in cases specified in the contract (art. 673 § 3 c.c.). The landlord can also terminate the institutional lease of the premises for reasons specified in the a.p.t.r.

According to art. 11 (2) (1-3) of the a.p.t.r., no later than one month ahead, at the end of a calendar month, the owner may terminate the tenant's occasional lease if the tenant:

1. Despite a written warning, he continues to use the premises in a manner that is contrary to the contract or contrary to his purpose or neglects his duties, allows damage, destroys devices intended for shared use by the residents or goes grossly or persistently against the domestic order, making the use of other premises burdensome, or
2. If the premises' tenant defaults in rent payment or other charges for using the premises for at least three full payment periods despite being notified in writing

²⁴ The regulation of the Council of Ministers specifying the amount of standardized rent has not yet been issued.

- about the intention to terminate the legal relationship and appointment of an additional, monthly deadline for payment of overdue and current amounts due, or
3. He has rented, sublet or handed over for free use of the property or part thereof without the owner's written consent.
- It is important for entrepreneurs in this case that the possibility of terminating the lease agreement has not been limited only to the cases specified in the a.p.t.r.

The third way to terminate the occasional lease is to terminate the institutional lease by the court. The possibility of terminating the contract by the court results from the application of art. 13 points 1 a.p.t.r. According to this provision, if the tenant goes grossly or persistently against the domestic order, making it cumbersome to use other premises in the building, another tenant or the owner of another apartment in this building may bring an action to the court to terminate the legal relationship entitling to use the premises and ordering its emptying. At the same time, the roommate may bring an action to order the court to evict the spouse, divorced spouse or other roommate of the same apartment, in case of grossly reprehensible behaviour that prevents joint living.

CONCLUSION

Introduced into the Polish law new type of lease for residential premises - an institutional lease - is dedicated to entities professionally involved in renting premises. In the legislator's intention, the provisions of the institutional lease agreement were supposed to play a special role. They were supposed to balance the interests of the parties to the contract, but also to strengthen the position of the lessor. Strengthening the position of the landlord was supposed to incentivised investors to conduct business in the field of renting residential premises. The incentive consists, among other things, in the introduction of institutions that prevent financial losses of entrepreneurs dealing with renting residential premises. Most attractive part of this contract – from the entrepreneur point of view – is the limited application a.p.t.r. towards it unlike typical lease agreement for a dwelling. To be precise, it is a matter of not applying to the institutional lease: provisions limiting the possibility of increasing rent; provisions on termination of the contract and provisions on the right of the tenant to the social housing and temporary room.

However, as has already been pointed out in this article, work is currently underway on the amendment of the regulations of the institutional lease. In accordance with the amendment, the provisions on the tenant's entitlement to a social housing and a temporary room included in the a.p.t.r. will also apply to the institutional lease agreement. The regulations on the maximum amount of the security deposit also can be seen as less attractive part of the institutional lease agreement. More over, the provisions of the institutional lease agreement included in a.p.t.r. are not applicable to all entrepreneurs engaged in the business of renting premises. Entrepreneurs renting premises from buildings located in the National Property Resource, are subject to separate regulations both regarding the rules for determining and increasing rent as well as termination of the contract.

Nonetheless, in spite of upcoming changes to the regulations on the institutional lease of premises, this contract seems to be attractive for entrepreneurs dealing with renting premises.

REFERENCES

1. KAMIŃSKI M., Assumptions of Act on National Property Resource, Real Estates 2017, no 9.
2. KATNER W.J., Business Law. Commentary. Judicature. Literature. Warsaw 2003
3. MĄCZYŃSKI A., Old and new institutions of Polish housing law, Quarterly of Private Law 2002, no. 1
4. OLCZYK M., Is room a flat, Legal Newspaper, no. 149 of 19.11.2001.
5. ZOLL F., Olczyk M., Pecyna M., Act on the protection of tenants' rights, the housing stock of a commune and the amendment of the Civil Code. Commentary, Warsaw 2002
5. Act of 23.04.1964 Civil Code, uniform text. Journal Laws 2018, item. 1025 with amendments
6. Act of 21.06.2001, uniform text. Journal Laws 2018, item. 1234
7. Act of 10.10.2002 on the minimum remuneration for work, Journal Laws 2017, item. 847 with amendments
8. Act of 20.07.2017 on National Property Resource, Journal Laws 2017, item. 1529
9. Act of 6.03.2018 on Entrepreneur Law, Journal Laws 2018, item. 646

CONTACT INFORMATION

akmail@op.pl
Cracow University of Economics
Faculty of Finance and Law
Rakowiczka 27, 31-510 Kraków
Poland

Dr hab. Grzegorz Koziel

Maria Curie Skłodowska University in Lublin, Faculty of Law and Administration

The range of conversion capacity of a European company (se) with its registered office in poland in the perspective of financing the operations of partnerships or companies in general

Abstract

This study concerns the issue of the conversion capacity of a European company (SE) with its registered office in Poland. It addresses the notion of conversion capacity, its types (active and passive), and the scope of such a capacity, seen both in generally and in terms of an SE with its registered office in Poland in the perspective of financing the operations of partnerships or companies in general. Depending, in particular, on whether an SE is being converted into a commercial partnership or company operating under national – Polish – commercial law, or the other way round – a commercial partnership or company operating under national commercial law in Poland is being converted into an SE, the conversion can, to varying degrees, impact on the scope of the financing opportunities of the partnership or company (its operations), which relates to the financing of commercial partnerships or companies in general.

Key words: European company (SE), conversion capacity, financing of commercial-company operations.

JEL Classification: K22

INTRODUCTION

The goal of this article is to present the issues concerning the conversion capacity of a European company (SE) with its registered office in Poland, and make an attempt to resolve any existing legal issues (or “problem issues”) in the perspective of the financing of company operations in general, including companies operating in other European countries such as France (about these companies see Cozian, Viandier, Deboissy, 2001; Le Canu, 2003), Germany (regarding these companies, see Schmidt, 2002; Hopt, Merkt, Baumbach, 2006), Switzerland (about these companies see Meier-Hayoz, Forstmoser, 1993; Honsell, Vogt, Watter, 2012), or Italy (regarding these companies, see Auletta, Salanitro, 2001, Cendon, 2009), etc. This issue has not attracted much attention thus far and has not been addressed in detail in the literature.

The analysis of the provisions of the commonly applicable law in this respect, on the most part carried out with the use of the dogmatic method, allows the putting forward of a thesis that, in addition to the capacity of converting an SE with its registered office in Poland (into a joint-stock company) and of the reverse conversion, in accordance with the provisions of Art. 66, and Art. 2, and Art. 37 of the Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute of European Company, hereinafter: CRSE 2157/2001) respectively, the following is possible, in view of the fact that the provisions of the Polish Act of 15 September 2000 – Code of Commercial Partnerships and Companies, hereinafter: PCCPC) concerning the conversion of a joint-stock company (as the provisions of an EU Member State law concerning joint-stock companies formed in accordance with the law of the Member State in which the SE has its registered office) apply to matters governed only partially by CRSE 2157/2001, the list of such conversions includes in principle all commercial companies governed by Polish law (as national law), as well as, in the field of the so-called “passive capacity”, civil-law partnerships (see Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001).

Depending on the configuration of the conversion, i.e. whether it is a conversion of an SE into a commercial partnership or into a company (under the so-called active-conversion capacity of the SE) or a conversion of any of these companies into an SE (under the so-called passive-conversion capacity of the SE – see comments below), the scope of financing the opportunities of the company established on the basis of the conversion (the company after the conversion), including the SE, can be affected differently by a specific conversion. A specific conversion in the case of the first of the above groups of conversions can therefore lead to a slight narrowing or preservation (in the case of a conversion into a company operating under national – Polish – law) or a significant narrowing (as a rule in the case of conversion into a commercial partnership operating under national – Polish – law, with the exception of the special situation of a limited joint-stock partnership) of the opportunity for financing, either as a consequence of the conversions from the second group, in general to extend this opportunity (as a rule in the case of the conversion of commercial partnerships operating under national – Polish – law into an SE, taking into account the specific case of a limited joint-stock partnership) or in a certain field to slightly extend or preserve it (in the case of conversion of a company operating under national – Polish – law into an SE).

1. THE NOTION AND TYPES OF CONVERSION CAPACITY AS ELEMENTS IN THE TRANSFORMATIONAL CAPACITY IN GENERAL

In a possible broad sense the term „transformation” (of legal entities, subjects of law) includes at least merger, division and conversion (see Kozieł, 2016: 1901-1963). Each of these legal transformations comes into effect as a consequence of the performance legal actions that constitute the transformation procedure providing for in the law individually in relation to each legal entity. Therefore, each of these transformations can be treated as a form of complex (as mentioned above – from a number of elements constituting factual and legal activities) legal action.

The capacity (ability) to transform in this sense (i.e. the so-called transformational capacity) of a legal entity means in this context the legal possibility of transforming – merger, division or conversion, as well as making up the transformational procedures

activities (see Koziel, 2016: 1903, 1933-1934, 1952-1954; Kidyba, 2016: 526-527, 550-552, 562-564). Therefore, it can be considered as an emanation (element, part, form) of the general legal capacity of each civil law entity, including SE, to which this study applies.

It seems that in the case of transformational capacity in general as well as in the case of a specific conversion capacity, one can distinguish essentially its two forms (types), i.e. active-transformation capacity (ability) and passive-transformation capacity (ability). As part of the proposed meaning (conceptual) convention, the active-transformation capacity of a legal entity can be defined in a classical way as the ability of this entity to transform into another legal entity, and passive-transformation capacity – can be defined as the ability of the subject of law to be the result (effect) of the transformation of another (other) subject (s) of law (which may transform into this entity of law). In turn, the active-conversion capacity (ability) of a legal entity can be defined as the ability of this entity to be converted into another legal entity, while passive-conversion capacity – defined as the ability of a subject of law to be the result of the conversion of another (other) subject (s) of law (which may be a subject to conversion into a legal entity). In the area (field) of recognizing of the transformation capacity of legal entities as an emanation (element, part, form) of the general legal capacity of each civil law entity, it is possible to propose appropriate treating these two different forms (types) of transformation ability (as well as, respectively conversion capacity) as a legal, transformational and conversion capacity (in the case of so-called active transformation and conversion capacity), and also as a legal capacity to be an effect, result of transformation (in the case of the so-called passive transformation and conversion capacity). At the same time, one should notice the differences between the understood in the proposed way and understood in the conventional meaning (typical, standard) legal capacity and capacity to legal actions.

2. THE CONVERSION CAPACITY OF AN SE WITH ITS REGISTERED OFFICE IN POLAND

European company (SE) with its registered office in the territory of the Republic of Poland is a civil law entity (subject of civil law) – a legal person (Art. 33 of Polish Act of 23 April 1964 – Civil Code), a form of a joint-stock company that is a supranational form of doing business, in which there is a so-called a cross-border element (expressed in the fact that it is made up of at least two legal entities from different EU Member States – see more: Oplustil, 2016: 2006-2040).

In the SE regulations (based in the territory of the Republic of Poland), including CRSE 2157/2001 (and not in Polish Act of 4 March 2005 on the European Economic Interest Grouping and the European Company, hereinafter: PAEEIGSE), only two possibilities of the conversion with the participation of SE are explicitly provided, i.e.:

1. conversion of the SE into a joint-stock company governed by the law of a Member State in which the SE has its registered office (in the case under consideration - Polish law – PCCPC – Art. 66 of the CRSE 2157/2001), which is

- the expression (it is one of the elements) of the so-called SE active-conversion capacity (to be converted into a different legal entity)¹;
2. conversion of a joint-stock company governed by the law of a Member State in which the SE has its registered office (in the case under analysis – Polish law – PCCPC) into an SE (Art. 2 and 37 of the CRSE 2157/2001), which is the expression (it is one of the elements) of the so-called SE passive-conversion capacity (to be a result, the effect of conversion of another legal entity)².

In matters not regulated in CRSE 2157/2001 (or where they are only partially regulated in it) to the extent left outside this regulation, the provisions of the PAEEIGSE (see Art. 9(1)(c)(i) of the CRSE 2157/2001), as well as provisions on joint-stock company included in the PCCPC (see Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001) are applicable to an SE with its registered office in Poland. This applies to both regulations related to the creation and operation of this company, as well as regulations in the area of legally permissive transformation processes with joint-stock company (merger, division and conversion), including conversions with the participation of this company (i.e. conversions of a joint-stock company, and also conversions into a joint-stock company). The provisions of the PAEEIGSE do not apply to the conversions of the SE other than those mentioned above (provided for in the CRSE 2157/2001). This is not a complete regulation. While the PCCPC regulates in detail the conversion of a Polish joint-stock company. Therefore, one may consider whether SE may be a subject to other conversions provided for a joint-stock company under Polish law.

This applies to determining whether the SE has the capacity to be converted (including both active and passive) in the area in which it has a joint-stock company of Polish law (or similar area), and also whether the provisions on a joint-stock company regarding its conversion, within the framework provided for in Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001 rule of the application of regulations, may be applied to the SE, and also – if the position is accepted that they can be applied to the SE – whether they will be used directly, with modifications or not at all.

The analysis of the provisions of the CRSE 2157/2001 leads to the conclusion that issues concerning the conversion of the SE are not unregulated matter (unregulated issues) in the CRSE 2157/2001 in the meaning of Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001. The provisions of Art. 66, as well as Art. 2 and Art. 37 of the CRSE 2157/2001, which provide respectively (appropriate) for the possibility of the SE's conversion into a joint-stock company and the possibility of reverse conversion, refer to this conversion. It seems, however, that these provisions can not be regarded as exhaustive (full) regulation of the matter of SE' conversion.

Listed as the first, the provision of Art. 66 of the CRSE 2157/2001 was included in Title V. "Termination, liquidation, insolvency and suspension of payments" of this regulation, and therefore in the part concerning the cessation of the SE legal existence,

¹ The transfer of SE's registered office to another EU Member State – which is not connected with the change of the legal form of the partnership or company – should not be considered as a strict conversion.

² The so-called cross-border transfer of the registered office of a Polish partnership or company to another EU Member State (see e.g. the judgment of the CJEU of 25 October 2017 in famous case Polbud-Wykonawstwo Sp. z o.o.) can be regarded as a special form of conversion of domestic partnerships or companies, (but) not SE.

although it provides that the conversion does not lead to the dissolution of the company (Art. 66 (2) CRSE 2157/2001). It does not specify the principle of the conversion, which expresses the legal structure, and therefore the concept of the conversion, a detailed conversion procedure (only some elements were pointed out), as well as the legal consequences of this transformation.

Next, in turn, Art. 37 CRSE 2157/2001 was inserted in Title II. Establishment of SE, Section 5 Conversion of an existing joint-stock company into an SE, and therefore in the part related to the creation of SE, and refers to the general Art. 2 (4) CRSE 2157/2001 in Title I. General provisions. The provision of Art. 2 and Art. 37 CRSE 2157/2001, as in Art. 66 CRSE 2157/2001 does not specify the principle of the conversion, which expresses the legal structure, and therefore the concept of the conversion, a detailed conversion procedure (only some of its elements are indicated), as well as the legal consequences of this transformation. The CRSE 2157/2001 does not provide for a separate Title for the conversion or jointly (collective) SE transformation processes (merger, division and conversion), which exhaustively (complete) as, for example, in Title IV PCCPC “The merger, division and conversion of partnerships and companies” addressed this issue. This may be justified by the basic concept of creating an SE in the transformation mode (i.e. by merging, establishing a capital group or conversion an existing joint stock company), and not in the original (primary) way (by establishing a company). However, this does not modify the above statement that the regulation on the SE (CRSE 2157/2001) lacks an exhaustive (complete) regulation of conversion’s matter. Therefore, bearing in mind the existing regulations of Art. 66, 2 and 37 of the CRSE 2157/2001, it should be assumed that the issues of conversion are only partially settled matter (matters only partially regulated) within the meaning of Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001, which justifies, due to the above-mentioned scope of regulation of the PAEEIGSE and PCCPC, application – in the area of SE’s conversion – of legal provisions of the Member States that would apply to joint-stock companies established in accordance with the law of the Member State in which the SE has its registered office, i.e., in the analyzed case – the provisions of the PCCPC on a joint-stock company (about its conversions, i.e. included in Art. 551 and n. of the PCCPC, both in terms of active and passive conversion capacity).

As a consequence, it seems that, taking into account the nature and legal character of the SE, including in particular existing in its structure of the so-called a cross-border element (which means the creation by at least two legal entities from various EU Member States), as well as capital – based on the model of a joint-stock company – its legal nature as a legal entity, can be adopted:

1. the legal admissibility of converting of an SE into any of the commercial partnerships or companies of Polish law (i.e. a general partnership, partnership, limited partnership, limited joint-stock partnership, limited liability company and joint-stock company – the so-called active-conversion capacity, in view of the fact (therefore) that in accordance with Art. 551 of the PCCPC joint-stock company may be converted into any other commercial partnership or company) as well
2. the possibility of converting each of the above-mentioned commercial partnership or company of Polish law (and, as you might think, partners in a Polish civil law partnership) into an SE (so-called passive-conversion capacity – due to the fact that pursuant to Art. 551 and n. of the PCCPC, each commercial

partnership or company and partners of a civil law partnership may be converted into a joint-stock company).

The provision of Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001 does not determine whether the provisions on conversions of a joint stock company, i.e. Art. 551 and n. PCCPC should be applied to SE directly or adequately. Therefore, it should be assumed that, taking into account the above-mentioned difference in the nature and legal character of the SE (including in particular the existence in its structure of the so-called cross-border element) and the resulting differences, it must be stated that these provisions can be used almost directly, possibly with minor modifications resulting from this.

3. THE SCOPE OF THE CONVERSION CAPACITY OF A EUROPEAN COMPANY (SE) WITH ITS REGISTERED OFFICE IN POLAND AND THE SPECTRUM OF FINANCING POSSIBILITIES OF THE PARTNERSHIPS' OR COMPANIES' OPERATION (ACTIVITIES) IN GENERAL

The basic sources and at the same time forms of entrepreneurs' financing (among which the leading group are partnerships and companies, in this SE) under the so-called own sources are most often reinvested profit, issue of shares (stocks), securitization of assets, subsidies, so-called mezzanine finance and venture capital, while within the so-called foreign sources – credits, loans, bonds, leasing and franchises (see in particular: Stacharska-Targosz, 2005, Karpuś, 2006, Bednarz, Gostomski, 2008: 24 i n., Duliniec, 2011, Kozieł, 2017: 471-472). Leaving aside the detailed description of individual sources of partnerships' or companies' financing, as entrepreneurs, which go beyond the scope of this study, it should be stated that conversions with the participation of the SE (both in the area of active and passive conversion capacity) may affect the spectrum of financing possibilities of this partnership or company (as well as companies in general), in the extent to which the existence and scope of positive conditions for using a particular form of financing are associated with a specific form of a partnership or company converted from the SE or a partnership (or company) converted into an SE. Some sources (and at the same time forms) of commercial partnerships' or companies' financing can only be applied in companies, including only SE, or a joint-stock company under national Polish law (issue of shares, securitization of assets, mezzanine finance), whereas others – in all commercial partnerships or companies, regardless of their legal form. In some legal forms of commercial partnerships and companies, due to their structural features, using of specific sources of financing may be easier or more effective than in other, which an example is using of venture-capital as a form of financing in individual legal forms of commercial partnerships or companies, including SE (see Kozieł, 2017: 473-478), especially in companies, and moreover in limited partnership and limited joint-stock partnership (which of course, does not exclude its use in other commercial companies or partnerships). Therefore conversions with the participation of the SE may generally lead to preservation (maintenance), increasing (enlarging) or reducing (limiting) the scope of the possibility of using particular forms of financing partnerships or companies as entrepreneurs in general.

In connection with the above, consideration of the impact of the conversion with the participation of the SE on the scope of financing possibilities of partnerships and companies in general, from the SE's business activity perspective should be made, taking

into account the general construction qualities of individual commercial partnerships and companies referring above all to the issue of how the partnership or company is managed (managing the partnership's or company's affairs and partnership's or company's representation), which affects the way, including the efficiency and effectiveness of its operation, as well as the participants' liability (responsibility) for company liabilities (obligations), separately for each of the admissible (permitted) areas of conversion, delimited by the extent of SE's active and passive conversion capacity, i.e.:

1. conversion of the SE into any of the commercial partnerships or companies under Polish law (i.e. a general partnership, professional partnership, limited partnership, limited joint-stock partnership, limited liability company and limited joint-stock company – designated by the scope of the so-called active-conversion capacity), as well as
2. conversion of each of the above commercial partnerships or companies under Polish law (and, as you may think, partners in a civil partnership) into an SE (designated by the scope of so-called passive-conversion capacity).

Reg. 1. Making a conversion within the first of the mentioned scope of conversion capacity – in the case of conversion into a commercial partnership – is connected, in principle, to a significant reduction (narrowing) of the financing possibilities of the partnership (or company) to the methods provided for commercial partnerships. It is also combined (with the exception of the limited joint-stock partnership – in the area in which its operation is based on the rules adopted in a joint-stock company) to a significant simplification of the partnership's operations, including projects requiring financing, as well as the liability of the participants for the obligations of these partnerships (excluding, first of all, the stockholder status in a limited joint-stock partnership). In this area, the greatest opportunities should be seen in the conversion into a limited partnership and limited joint-stock partnership, due to the essentially passive nature of participation respectively – of a limited partner or stockholder, in particular as a potential investor (including a venture-capital investor), as well as preservation (maintaining) the possibility of using a limited joint-stock partnership with share (stocks) issue, asset securitization, or mezzanine finance. On the other hand, consideration should also be given to the general conditions arising from the legal structure of a limited joint-stock partnership, which due to legal status, including the general partner's rights as active partners, may be more useful in the area of family-friendly projects, as well as can provide (by general partners controlling) protection against the so-called hostile takeover of the partnership, which is not guaranteed by any of the other legal forms of commercial partnerships or companies.

In turn, a conversion into a limited liability company is combined, in principle, to a slight reduction (narrowing) of the company's financing possibilities, among others due to the lack of opportunities – related to the subscription of shares – methods of obtaining financing. On the other hand, this conversion allows to simplify the rules of operation of the company, including the implementation of investment projects requiring financing, which – in the case of a limited liability company as the basic, simplest form of a capital company, among others in Poland – are not as formalized as in the case of a joint stock company, and preservation the principle of irresponsibility of shareholders for the company's obligations. The conversion of an SE into a joint-stock company leads in principle to maintaining the area of financing possibilities of the company, as well as the

degree of formalization of the company's operation (with the restriction of excluding the possibility of adopting a monistic management system) including projects requiring financing and also the principle of irresponsibility of stockholders for the company's obligations.

Reg. 2. Making a conversion within the second of the mentioned, scope of conversion capacity, in the case of the conversion of a partnership into an SE, otherwise than in the conversion within the first of the conversational capacity ranges, is connected to a significant increase (extension) of the financing possibilities of the company in relation to the methods provided in commercial partnerships. This involves (with the exception of a limited joint-stock partnership to the extent that its operation is similar to a joint-stock company's operation) a significant increase of the formalization of the company's operation, including projects requiring financing, and exclusion of the liability of participants for the SE's obligations (with the exception of a stockholder in a limited joint-stock partnership, in which case the principle of non-liability this responsibility is maintained). In this area, the smallest differences in the scope of financing opportunities concern the case of conversion into a limited joint-stock partnership, due to the essentially passive nature of the participation (membership) of respectively – a stockholder or limited partner, as a potential investor (including a venture-capital investor) as well as the potential possibility of use in a limited joint-stock partnership of such forms of financing as share (stock) issuance, asset securitization or mezzanine finance. On the other hand, considering the general conditions resulting from the legal structure of a given partnership or company, including a limited joint-stock partnership, this means excluding the possibility of forming a converted company (SE) as a limited joint-stock partnership, which is a convenient form of implementation of family projects, providing additionally protection against the so-called hostile takeover.

In turn, the conversion from a limited liability company into an SE is connected, in principle, with a slight increase in the financing possibilities of the company, due to the possibility of financing related to the issue of shares (stocks). The conversion from a limited liability company into an SE, at the same time, means the resignation (giving up) from the simplified (in relation to the joint-stock company of the national, Polish law and SE) rules for the operation of a capital company, which is reflected in the degree of the formalization of implementing of investment projects requiring financing, while preservation (maintaining) the principle of irresponsibility of shareholders for the company's obligations. The conversion of a joint-stock company into an SE leads, as a rule, similarly to the conversion of SE into a joint-stock company, for preservation (maintaining) the area of financing possibilities of the company, as well as the scope of the formalization of the company's operation (including operations requiring financing) and the principle of irresponsibility of stockholders for the company's obligations.

As mentioned above, the modification of the scope of the partnership's or company's financing possibilities related to the conversion of the SE or the conversion into an SE (including its maintenance, increase or decrease) is connected with the issue of possible liability of the participants for the liabilities of the converted partnership or company benefiting from financing, in particular from finance – related such as venture-capital – with an increased risk of failure. In this respect, it should be stated, first of all, that, as a rule, limited liability or lack of liability of the partnership's or company's participant for the partnership's or company's liabilities is a factor (element) conducive to the implementation of each form of financing. This applies in particular to the status of limited

partner, shareholder of the limited liability company (LLC) as well as stockholder (see more Koziel, 2017: 472-473, 475-477).

CONCLUSION

First, apart from the possibilities of the conversion with the participation of the SE (the conversion of the SE into a joint-stock company operating under national – Polish – law, as well as the reverse conversion), the scope of these transformations includes in principle all commercial companies operating under national – Polish – law, and also in the sphere of the so-called passive conversion capability (i.e. the ability to be established as a result of conversion) of a civil-law partnership (operating under national – Polish – law). The issues concerning conversion are only partially regulated (partially regulated matters) within the meaning of Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001, which justifies the application of the provisions of the PCCPC concerning joint-stock companies (including its conversion, i.e. the provisions of Art. 551 and n. of the PCCPC in terms of both active and passive conversion capacity) with regard to the conversion of an SE with its registered office in Poland.

Second, depending on the configuration of the conversion, i.e. whether it is a conversion of the SE into a commercial partnership or into a company (under the so-called active-conversion capacity of the SE), or whether it is a conversion of any of these companies into an SE (under the so-called passive-conversion capacity of the SE), the scope of the financing opportunities for the company established on the basis of a conversion (the company after the conversion), including the SE, can be affected differently by a specific type of conversion.

Third, in the case of the first group of conversions mentioned above, the transformation leads to a slight narrowing or preservation (in the case of a conversion into a company operating under national – Polish – law) or narrowing (in the case of a conversion into a commercial partnership operating under national – Polish – law, except in the case of a limited joint-stock partnership) of the scope of financing opportunities.

Fourth, in the case of the second group of conversions mentioned above, the transformation leads to an extension to the scope of financing opportunities (as a rule, in the case of the conversion of a commercial partnership operating under national – Polish – law into an SE, taking into account the specific case of a limited joint-stock partnership) or its slight extension or preservation (in the case of the conversion of a company operating under national – Polish – law into an SE).

Fifth, when assessing the impact of the extent of an SE's conversion capacity on the scope of its financing opportunities with regard to its activities in general, attention should also be paid, in addition to the above, to the general merits connected with the structures of the various types of commercial companies relating primarily to the way in which the company is managed (the conduct of its affairs and its representation), which, by reason of their greater or lesser formalisation, influence the way in which they operate, including the ease, efficiency and effectiveness of their operation, and the question of the participants' responsibility for the companies' obligations, as well as the individual preferences and needs of the company in question.

Sixth, the statements included in this study and conclusions concerning the scope of the conversion capacity, as well as its impact on the scope of the available financing opportunities for funding the partnership's or company's operations in general, should

also be referred to the conversion capacity of other commercial partnerships and companies, including those with their registered offices in Poland.

Seventh, the statements included in this study and the conclusions concerning the scope of the conversion capacity, as well as its impact on the scope of the available financing opportunities for funding the partnership's or company's operations in general, should also be referred to other transformational processes, other than a conversion with regard to commercial partnerships and companies (i.e. the mergers and divisions of the said companies), including those with their registered offices in Poland.

Eighth, the conversions available depending on the scope of transformation capacity, including the conversion capacity, conversions, as well as other legally permissible transformations of commercial partnerships or companies (including in particular mergers and divisions), due to the principle of the continuation or the universal succession of rights and obligations of these partnerships or companies, respectively, can be a useful, convenient, legal instrument to change (modify) the concept (strategy) of financing the operations of partnerships and companies in general.

Ninth, the statements included in this study and the conclusions concerning the scope of the conversion capacity (and, more broadly, the transformation capacity), as well as its impact on the scope of the available financing opportunities for funding the partnership's or company's operations in general, can be likened to the transformation of partnerships and companies operating in other EU Member States, including SE's with their registered offices in those countries, due to the fact that Art. 9(1)(c)(ii) of the CRSE 2157/2001 regulates the applicable laws of the Member States concerning joint-stock companies.

Tenth, the statements included in this study and conclusions concerning the scope of conversion capacity, as well as its impact on the scope of the available financing opportunities for funding partnerships' or companies' operations in general, lead to the universal (general) conclusion that the less complex the partnership or company type (including commercial companies) is selected as the target (final) result of the conversion or a broader transformation (the company after the conversion, the company after the transformation), the less is the potential scope for financing its operations following a conversion or broader transformation (i.e. following its completion), and therefore, in a somewhat reverse manner, the more complicated and formalised the type of partnership or company (including commercial companies) is selected as the target (final) result of the conversion or a broader transformation (the company after the conversion, the company after the transformation), the greater the potential scope for financing its operations following the conversion (or broader transformation).

Eleventh, the statements included in this study and conclusions concerning the scope of the conversion capacity, as well as its impact in terms of the financing opportunities for funding partnership's or companies' operations in general, lead to the universal (general) conclusion that the lower the liability for the partnership's or company's obligations (including the liability of a member of a commercial company – e.g. the limited liability of the partner in a limited partnership, or no liability at all – e.g. a shareholder in a limited-liability company) in the partnership or company that is the target (final) result of the conversion (the company after the conversion), the greater the potential scope for financing its operations.

REFERENCES

1. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute of European Company (OJ L 294/2001).
2. AULETTA G., SALANITRO N., *Elementi di diritto commerciale*, Milano: Giuffrè Editore S.p.A., 2001. 505 p. ISBN: 88-14-09141-2.
3. BEDNARZ J., GOSTOMOSKI E., *Finansowanie działalności gospodarczej*, Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2008. 196 p. ISBN: 83-7326-368-3.
4. CENDON P. (ed.), *Commentario Al Codice Civile*, Milano: Giuffrè Editore S.p.A., 2009. 690 p. ISBN: 88-14-14761-2.
5. COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit de sociétés*, Paris: Éditions Litec, 2001. 635 p. ISBN: 2-7111-3329-X.
6. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute of European Company (OJ L 294/2001).
7. DULINIEC A., *Finansowanie przedsiębiorstwa. Strategie i instrumenty*. Warsaw: PWE, 2011. 188 p. ISBN: 978-83-208-1943-4.
8. HONSELL H., VOGT N.P., WATTER R. (ed.), *Obligationenrecht II*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012. 2435 p. ISBN: 978-3-7190-2952-4.
9. HOPT K.J., MERKT H., BAUMBACH A., *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck, 2006. 2137 p. ISBN: 3-406-53930-0.
10. Judgment of the CJEU of 25 October 2017 in the case C 106/16 Polbud-Wykonawstwo Sp. z o.o. (EU:C:2017:804).
11. KARPUŚ P., *Zarządzanie finansami przedsiębiorstw*, Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2006. 475 p. ISBN: 83-227-2608-2.
12. KIDYBA A., *Prawo handlowe*, Warsaw: C. H. Beck, 2016. 1025 p. ISBN: 978-83-255-8567-9.
13. KOZIEL G., *Aspects of the legal status of participants in Commercial Partnerships and Companies which facilitate the implementation of venture-capital support, as exemplified by the provisions of the Polish Commercial Companies Code*, [in:] 4th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences & Arts SGEM 2017, Conference Proceedings, b. 1, p. I: Political Sciences, Law, Finance, International Relations, Vienna-Bulgaria: SGEM, 2017. pp. 472–477. ISBN: 978-619-7105-93-3.
14. KOZIEL G., *Procesy transformacyjne spółki* [w:] Meritum. Prawo spółek, ed. KIDYBA A., Warsaw: Wolters Kluwer S.A., 2016. pp. 1901-1964. ISBN: 978-83-264-8697-5.
15. LE CANU P., *Droit de sociétés*, Paris: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, 2003. 997 p. ISBN: 2-7076-1359-2, ISSN: 0767-4309.
16. MEIER-HAYOZ A., FORSTMOSER P., *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, Bern: Verlag Stämpfli+Cie AG, 1993. 474 p. ISBN: 3-7272-0873-2.
17. OPLUSTIL K., *Europejskie formy spółek* [w:] Meritum. Prawo spółek, ed. KIDYBA A., Warsaw: Wolters Kluwer S.A., 2016. pp. 2006-2040. ISBN: 978-83-264-8697-5.
18. Polish Act of 23 April 1964 – Civil Code (c.t.: Polish Journal of Laws of 2018, it. 1025 as am.).

19. Polish Act of 15 September 2000 – Code of Commercial Partnerships and Companies (c.t.: Polish Journal of Laws of 2017, it. 1577 as am.).
20. Polish Act of 4 March 2005 on the European Economic Interest Grouping and the European Company (c.t.: Polish Journal of Laws of 2015, it. 2142, as am.).
21. SCHMIDT K., *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymann Verlag KG 2002, 1933 p. ISBN: 3-452-24679-5.
22. STACHARSKA-TARGOSZ J., *Finansowanie działalności przedsiębiorstw*. Poznań: Wydawnictwo WSB, 2005. 371 p. ISBN: 8372052158.

CONTACT INFORMATION

grzegorz.koziel@poczta.umcs.lublin.pl
Maria Curie-Skłodowska University
Faculty of Law and Administration
Pl. Marii Curie Skłodowskiej 5
20-031 Lublin, Poland

Dr. iur. Inga Kudeikina - Dr. iur. Sandra Kaija

Rigas Stradiņš University, Faculty of Law

Liability for Property Tax Avoidance Civil and Criminal Law Aspects

Abstract

Tax payments are the foundation of state financial system. In a socially responsible state that takes care of its residents' welfare by offering social guarantees, tax payments are vital. This is the way how financial resources that are later distributed for the benefits of the society are obtained. The property tax is the tax that continues to stir discussions about the necessity of its payment. There is an opinion that the tax on your own property should not be paid as it is unfair. The key reason behind this claim pertains to absolute aspects of property rights. It is presumed that property rights do not include the duty of tax payment, because the owner has spent own financial resources to acquire real estate property, maintains it, ensures its preservation, which is why the owner does not have the duty to make additional (tax) payments.

This research focuses on issues that relate to legal aspects of the property tax, including, its recovery within the perspective of the civil procedure order and criminal liability for its avoidance when selecting a simplified type of a criminal procedure that is relevant to specific circumstances.

Key words: property tax, tax recovery, criminal liability for tax avoidance, simplified criminal procedure

JEL Classification: K420

INTRODUCTION

The paper aim is to research legal aspects of property tax payments when analyzing liability for this tax avoidance so that recommendations could be yielded on how to increase the effectiveness of the property tax payment when comprehensively using legal instruments.

The duty to pay the property tax can be regarded in relation to various aspects, one of which pertains to the prerequisites of state development that in the contemporary world requires states to be socially responsible. According to Litvins (2012), "the aim of the socially responsible state is to minimize significant social differences that exist in society." The tools that help to attain this aim are taxes, including property taxes, which are introduced and collected. Thus, the primary objective of tax payments is to secure realization of significant state functions. Furthermore, "the aim of the duty to pay taxes is

to discipline and encourage the development of legal awareness that promotes the idea that each individual indirectly should take care of other members of society, thus, creating common life space for members of society" (Kudeikina, 2013). Within this perspective, tax payment is the duty of each state resident and the interconnectedness is created by the rights of the very same residents to receive support for the reduction of social differences in the state. At the same time it should be acknowledged that the duty to pay taxes might be considered linked to some sort of nuances associated with application of force. The state reserves rights to secure tax payments via force mechanisms in relation to both civil and criminal procedures. The legitimacy of these rights originates in Article 73 of the Constitution of the Republic of Latvia in accord with which the duty to pay taxes is assigned an exception meaning, specifically, laws about taxes cannot be passed to people's vote (the Constitution of the Republic of Latvia). The wish of the people to express themselves is restricted by the state basic law, which is why the legitimacy of the legislation is not questioned.

Another aspect, which should be considered when talking about the duty to pay the property tax, pertains to the civil law. The legal coverage of the property rights is formed not only by the owner's rights, but also duties. One of those is the duty to pay taxes, including also real estate property taxes. Article 863 of the Civil Law claims that the one who enjoys or wishes to enjoy good aspects of a case must also carry out the duties associated with the case (the Civil Law). Analysing this norm in connection to Article 1218 of the Civil Law, which determines that having received all the good things from the current case, it is concluded that the user must also bear all the burdens and encumbrance associated with the case, including taxes, which is why it is possible to conclude that the owner is connected to the duty to pay the real estate property tax due to the earlier mentioned aspect, which postulates the legitimacy of the tax.

In case when the real estate property tax is not paid, the legislator has foreseen its recovery forcedly. The reasons for not paying the tax might be different, ranging from the owner's negligence, irresponsibility, lack of resources to malicious avoidance of the tax payment. Not paying the tax does not have any justification circumstance. The property tax recovery is mostly conducted in accord with the civil law procedure. Yet, it is important to stress that avoidance of the tax payment, which does not cause significant losses to the state or municipality, foresees the criminal liability.

The paper focuses on the aspects of the civil and criminal law that pertain to the real estate property payment, thus, drawing attention to legal liabilities for not paying the property tax.

Materials and Methods. The research methods have included descriptive, analytical and deduction-induction ones. By applying these methods, legal acts and opinions of law scientists were analyzed, which was followed by drawing conclusions and drafting recommendations.

1. RESULTS

The duty to pay the real estate property tax is determined by Law on Immovable Property Tax. Consistently with Article 1 of this law, what is taxable are physical objects that are situated on the territory of the Republic of Latvia and which cannot be moved from one location to another, without causing any external damages – land, buildings, including those registered in the cadastral information system, including undeveloped

property, and additions to constructions (engineering constructions). The tax is administered and included into the municipality's budget. Specifically, these are exactly revenues obtained from this property tax that significantly contribute to the municipality's budget, which enables the municipality to allocate financial resources in a socially responsible way, thus, securing the implementation of functions outlined in the Law on Local Governments, which are the organization of utility services, provision of educational opportunities and health care services etc. This is how the social nature of the real estate property tax is expressed and arguments in support of the duty to pay this tax are obtained. The tax is connected to and indeed helps inhabitants of a specific region to create better life conditions. Scientific literature also endorses the position, for it is claimed in it that owners in their community should share their property or the benefits that it yields in order to maintain peace and social order in the community (Alexander, Peñalver, 2012), which is why the tax recovery is justified when the tax is not paid. The legal grounds for the tax recovery are provided by Articles 18 and 26 of the Law on Taxes and Duties, which gives rights to the tax administration to carry out the recovery of late payment of taxes in the uncontested procedure. The demand for the late payment of the tax is an administrative act. In parallel, the forced recovery of the late payment of the tax provides claims the criminal liability.

Paragraph 2 of Article 218 of the Criminal Law claims that for a person who commits evasion of tax payments and payments equivalent thereto or of concealing or reducing income, profits and other items subject to tax, if losses on a large scale are caused thereby to the State or local government, the applicable punishment is the deprivation of liberty for a period of up to four years or temporary deprivation of liberty, or community service, or a fine, with or without the confiscation of property and with the deprivation of the right to engage in entrepreneurial activity of a specific type or of all types or to a specific employment, or the right to take up a specific office for a period of two years and up to five years.

Conversely, Paragraph 3 of this Article makes claims for a person who commits the acts described in Paragraph 2 of this Article. Specifically, if such acts have been committed by an organised group, the applicable punishment is the deprivation of liberty for a period of up to ten years, with or without the confiscation of property and with the deprivation of the right to engage in entrepreneurial activity of a specific type or of all types or to a specific employment, or the right to take up a specific office for a period of two years and up to five years, and with probationary supervision for a period of up to three years.

The object of tax avoidance and groups of equivalent payments is within the state interests of the national economy. This criminal offence in the Criminal Law is considered to be the object of the criminal offence for the national economy.

Paragraph 2 of Article 218 in the Criminal Law describes the content of the criminal offence as the material content, which is why when a person is prosecuted in accorded with Paragraph 2 of Article 218 of the Criminal Law, it is important to claim not only the offence itself, but also the consequences of this offence, such as the results of tax avoidance and equivalent payments that have caused in the state or a municipality to suffer significant losses.

In turn, Paragraph 3 of Article 218 of the Criminal Law describes the content of the criminal offence as formal, and in accord with Paragraph 3 of Article 218 of the Criminal Law, the consequences of the offence are not to be established.

Cases of tax avoidance are rare, which can be attributed to the fact that for a person to be prosecuted in accord with Article 20 of the Law on How the Law Enters into Force and Application Procedure, the sum of the tax that has not been paid has to correspond to a particular amount. This means that in 2018 the income tax that has not been paid has to be 21 500 EUR.

2. DISCUSSION

The duty to pay the real estate property tax does not contradict the person's rights to have property and does not breach the person's fundamental rights. Being fundamental human rights, property rights cannot be arbitrarily deprived. L.V. Sagdejeva, a law scientist, analyzing the judgements of the Human Rights Court, acknowledges that the property rights might be restricted but with the consideration of the fact that these restrictions must be lawful, adequate and must be imposed in public interests (Sagdejeva, 2014). Undoubtedly, the real estate property tax satisfies these criteria. This property tax does not violate the owner's rights to have property. The Law on the Immovable Tax clearly describes the criteria for the tax payment, specifically, the duty of paying the tax applies from the next taxation year after the acquisition of property rights.

The municipality as a tax administration institution sends the owner or the rights' holder a notification on tax payment. One aspect that can be positively evaluated refers to the fact that the tax calculation is conducted by the State Land Service using the cadastral information on real estate. Thus, the principle of transparency is observed. The tax payer has access to the information about the value of the real estate in question, and it is exactly this value that is used to calculate the tax.

The legal regulation excludes the likelihood of arbitrariness and stating the following criteria as obligatory, which must be considered when determining the rate of the real estate property tax:

1. the objective grouping principle – tax payers or tax objects are grouped consistently with objective criteria;
2. the effectiveness principle – the municipality correlates the tax administration expenses with the tax revenues;
3. the principle of responsible budget planning – the municipality balances their duties with the resources necessary for their implementation;
4. the predictability and stability principle – the time period for tax rates is determined at least for the period of two taxation years, if, comparing basic values of the taxation year and with the prior taxation year, the increase or reduction of the basic value of the real estate, is smaller than 20 percent.

Special attention should be drawn to the fact that the correlation of the rate of the real estate tax with real estate, specifically, it is possible to apply a higher rate to the higher quality (more expensive) real estate property or property that is or can be used for business purposes. For example, the highest applicable rate to land is 1,5% of the cadastral value and to buildings, specifically, residential houses, the rate varies from 0,2% to 0,6%. The question pertaining to land might be disputed in some cases, considering the fact that land might be used for different purposes – construction land and agricultural land. Determining the rate, a municipality has the duty to consider the purposes for which the

land is used. This principle is secured in judiciary. The judgement in case No. SKA-123/2015 of the Administrative Case Office of the Senate of the Supreme Court of the Republic of Latvia (2 July 2015) determined that the grounds for the tax liability depend on the person's purposes of using the property (in accord with the municipality acceptance) and if land is used as construction land, it cannot be applied the tax rate similar to the one applied to agricultural land.

The municipality has legal instruments of how to support the residents of the municipality – the property tax payers who are unable to pay the property tax for objective reasons. Specifically, the municipality has the legal rights to determine the tax relief for socially vulnerable and poor resident groups. This secures social justice and reduces the restrictive nature of the real estate tax.

As it has already mentioned, the notification of the recovery of the late real estate tax is an administrative act. This structure is not in contradiction with the nature of the civil law. On the one hand, consistently with the administrative procedure, late tax recovery can be rapidly and effectively implemented, and on the other hand, the owner's constitutional rights, including the rights for appeal, are fully secured. Similarly, what should be considered is the fact that courts should agree to resolve disputes in cases when the person's rights or the person's interests that are legally protected are violated according to Article 1 of the Civil Procedure Law. However, cases of tax recovery *a priori* cannot include a dispute about the person's subjective rights, because the tax payment duty, tax rate un payment terms are determined by law. However, the legal verification of notification about the late tax debt recovery is submitted to court consistently with administrative procedure. This is confirmed by case No SKA-36 of the Administrative Case Office of the Senate of the Supreme Court of the Republic of Latvia (7 February 2006), specifically, the court, deciding on the decision that is passed on the tax debt, the increase of the basic debt and the late payment recovery in accord with the uncontested procedure, must verify the legality and correspondance to all criteria outlined in Paragraph 1 of Article 250 of the Administrative Law, specifically, (1) whether the decision is made, observing all procedural and formal prerequisites, (2) whether the decision satisfies the material legal norms, (3) whether the foundation of the decision justifies the duty imposed on the addressee or whether this decision justifies assigned, confirmed or refused rights (the Supreme Court of the Republic of Latvia, case No SKA-36/2006).

Considering the above, it must be acknowledged that paying the real estate tax is an obligatory duty, not fulfilling which results not only in the civil liability but also in criminal liability. In any case, when the tax is not paid in due time, it can be judged *prima facie* as tax avoidance. The lexical analysis of the term *avoidance* follows that it is inaction of the rightholder, specifically, not fulfilling the duty or not proper fulfilment of the duty imposed by the law or other regulatory act (Tesusurus). Criminal liability for tax avoidance enters into force as a consequence of avoidance if that results in significant losses for the state or a municipality. Having analysed the publicly available information on criminal cases heard at courts, it has been concluded that during the last five years not a single person was convicted for real estate tax avoidance (court information system). Conversely and consistently with the information available to the public, the number of the real estate tax recovery has been quite high. This is evidence for that real estate tax avoidance has been occurring, yet, perpetrators are not criminally prosecuted, which limits the cases to the tax recovery.

Putting aside the fact that criminal liability can be the key aim, criminal liability might be applicable to cases when the payments of the real estate tax are avoided.

Additionally, in order to reduce the criminal procedure terms, the legislator has offered the differentiation types of the process, thus, allowing for the prosecutor during the criminal procedure to select one of the so-called simplified types of the criminal process. The prosecutor has the responsibility to select a simplified criminal procedure that is appropriate for specific circumstances, which secures fair settlement of criminal legal relationship without justified interference into the person's life and without justified expenses.

In order to secure faster pre-trial investigation, consistently with Section 2 of Paragraph 2 of Article 37 of the Criminal Law, during the investigation, a supervising public prosecutor has a duty to give instructions regarding the selection of the type of proceedings, the direction of an investigation and the performance of investigative actions, if the person directing the proceedings does not ensure a targeted investigation and allows for unjustified intervention in the life of a person or a delay (Criminal Procedure Law).

The acceleration of the rights development in the criminal procedure and economizing resources represent a tendency, which is characteristic not only of Latvia but also of the entire Europe and other countries in the world. Furthermore, the idea of the procedural economy has been topical in the entire history of the development of the criminal procedure. The necessity of the procedural economy has emerged simultaneously with the procedural form. The idea of the economy is a component of any form because the procedural form itself is a goal-oriented result of an economic type of a criminal procedural action. The procedural economy is the procedural form that has been created as a result of an economic action (following the principle of nothing being redundant). The procedural form that has been unjustifiably complex in cases, when it can be replaced by a significantly simplified form and which ultimately creates a decision, bureaucratism and impedes promptly effective protection of the person's rights and interests. Another important aspect, such as resources that the state can afford to spend on the criminal procedure are limited, which is why the system of their distribution must be organized effectively (Kaija, 2015).

This aspect has also been stressed in the case *Osman v. The United Kingdom*, which points to the fact that considering difficulties that are connected to the modernisation of police activities in society, unpredictability of the human behavior and the choices resulting from undertaken actions, all of which must be considered when establishing priorities and allocating resources, the Court takes into account the fact that this duty must be interpreted in such a way that institutions do not receive an impossible or disproportional burden (European Court of Human Rights, *Osman v. The United Kingdom*).

However, the nature of this economy principle must be connected firstly to right creation, formulating specific norms of the Criminal Procedure Law and secondly to rational work in its application. The last year amendments to the Criminal Procedure Law shows that creating new or amending existing norms, the legislator considers the procedural economic aspect (allowing for refusal to initiate the criminal process if the criminal offence has not created any damages to impose criminal penalty; the court allows to review evidence only when a justified request has been submitted; expand opportunities to examine cases in writing in the process etc.)

However, the procedural economy should not be limited only by legislative measures. To solve this problem, a rational procedure of the criminal procedure that is imposed by the Criminal Procedure Law does not suffice. In this case, a pre-trial procedure and the activities of the court institution play an important role when selecting the most optimal of procedural activities and procedural decisions because the idea of the procedural economy can afflict the practice not only through the rules of law. This issue might also be considered from the organizational perspective when the prosecutor selects resources and methods determined by law. The prosecutor often receives an opportunity to select legal actions, considering features of the specific situation. One important aspect that has to be considered refers to the situation when society trusts the official who conducts the criminal procedure, freedom to choose wider actions is sensible, but if people sceptically evaluate the respective official's actions, the power of attorney should be limited.

3. CONCLUSIONS

The real estate property tax is a legally justified form when the real estate owner makes a contribution, using own property. Tax payments are not considered to be the violation of property rights. As it was mentioned above, the real estate tax significantly contributes to the municipality's budget, which is why it is important for residents of the municipality, fulfilment of any legal duty, including the real estate tax payment, and it performs an educational function, while simultaneously contributing to strengthening of the rule of law. The tax recovery takes place in accord with the administrative procedure and this can be positively evaluated because this way is procedurally economic. The effectiveness of this criminal legal framework might be critically evaluated because despite determined criminal liability for tax avoidance in relation to the real estate property tax, in real life it is not applied. It is evident that the municipality as the tax administrator displays features of inertness in issues that are connected to the initiation of the criminal procedure. Application of the criminal liability for the real estate tax avoidance would contribute to disciplining tax payers and would result in the increase of tax collection.

Also, in criminal procedures on tax avoidance, the prosecutor must evaluate if it is plausible to apply one of the simplified forms of the criminal procedure in order to attain the aim of the criminal procedure - to determine the order of criminal procedure that ensures the effective application of the norms of The Criminal Law and the fair regulation of criminal legal relations without unjustified intervention in the life of a person.

The following findings were discovered:

1. The duty to pay the property tax is not in contradiction with the rights to property.
2. Tax payment is the foundation of the civil legal liability and its avoidance is the foundation of the criminal liability.
3. In order to distinguish between civil legal and criminal legal liability, the subject's intentions regarding the reasons for not paying the tax must be considered.
4. The civil procedure scope of the property tax recovery is the uncontested nature of the commitment, while the criminal processes are to be investigated and the cases are to be considered applying simplified types of criminal procedure.

4. RECOMENDATIONS

It might be useful to differentiate administrative actions of the real estate tax, separating real estate tax recovery which to entrust to the State and to the State Revenue Service representative. Therefore, the municipality would calculate the tax, would engage in work with the real estate tax payers by sending tax payment notifications and applying non-repressive functions, whereas the State Revenue Service would engage in the real estate tax recovery, observing the necessity to impose criminal liability on those who do not pay the tax. The State Revenue Service administrates the major part of taxes; it has the capacity and experience with criminal procedures for tax avoidance, specifically, for avoiding payments on the income tax, value added tax, which is why it is concluded that the State Revenue Service would effectively administrate the real estate tax, too, including securing the fulfilment of criminal legal regulations.

REFERENCES

1. Litvins, G. Sociāli atbildīga valsts un sabiedrība. *Jurista vārds*, 23.10.2012 Nr. 43 (742)
2. Kudeikina, I. Prevencijas iespējas lietās par izvairīšanos no nodokļu un tiem pielīdzināmo maksājumu nomaksas nekustamā īpašuma atsavināšanas darījumos. Valsts policijas koledžas 2.starptaustiskās zinātniskās konferences materiāli. Rīga: 2013.
3. The Constitution of the Republic of Latvia. Law. Adoption: 15.02.1922. Entry into force: 07.11.1922. Publication: "Latvijas Vēstnesis", 43, 01.07.1993., "Ziņotājs", 6, 31.03.1994., "Valdības Vēstnesis", 141, 30.06.1922., "Diena", 81, 29.04.1993.// <https://likumi.lv/ta/en/en/id/57980-the-constitution-of-the-republic-of-latvia>
4. The Civil Law. Law Adoption: 28.01.1937. Entry into force: 01.09.1992. Publication: "Valdības Vēstnesis", 44, 24.02.1937.// <https://likumi.lv/ta/en/en/id/225418-the-civil-law>
5. On Immovable Property Tax. Law. Adoption: 04.06.1997. Entry into force: 01.01.1998. Publication: "Latvijas Vēstnesis", 145/147 (860/862), 17.06.1997., "Ziņotājs", 13, 03.07.1997.// <https://likumi.lv/ta/en/en/id/43913-on-immovable-property-tax>
6. On Local Governments. Law. Adoption: 19.05.1994. Entry into force: 09.06.1994. Publication: "Latvijas Vēstnesis", 61 (192), 24.05.1994., "Ziņotājs", 11, 16.06.1994.// <https://likumi.lv/ta/en/en/id/57255-on-local-governments>
7. Gregory S. Alexander, Euardo M.Peñalver. An Introduction to Property theory. Cambridge University Press, 2012
8. On Taxes and Duties. Law. Adoption: 02.02.1995. Entry into force: 01.04.1995. Publication: "Latvijas Vēstnesis", 26 (309), 18.02.1995., "Ziņotājs", 7, 13.04.1995.//<https://likumi.lv/ta/en/en/id/33946-on-taxes-and-duties>
9. The Criminal Law. Adoption: 17.06.1998. Entry into force: 01.04.1999. Publication: "Latvijas Vēstnesis", 199/200 (1260/1261).//<https://likumi.lv/ta/en/en/id/88966-the-criminal-law>
10. Сагдеева, Л.В. Право на защиту собственности в актах Европейского Суда по правам человека. Москва, Статут, 2014.

- 11.The Supreme Court of the Republic of Latvia. 02.07.2015. Judgement of the Department of Administrative Cases, case No. SKA-123/2015 // <http://www.at.gov.lv/en/judikatura/judikaturas-nolemumu-archivs/administrativo-lietu-departaments/klasifikators-pec-lietu-kategorijam/nodoklu-tiesibas/nekustama-ipasuma-nodoklis>
- 12.Civil Procedure Law. Law. Adoption: 14.10.1998. Entry into force: 01.03.1999. Publication: "Latvijas Vēstnesis", 326/330 (1387/1391), 03.11.1998., "Ziņotājs", 23, 03.12.1998.//<https://likumi.lv/ta/en/en/id/50500-civil-procedure-law>
- 13.The Supreme Court of the Republic of Latvia. 07.02.2006. Judgement of the Department of Administrative Cases, case No SKA-36/2006//<http://www.at.gov.lv/en/judikatura/judikaturas-nolemumu-archivs/administrativo-lietu-departaments/klasifikators-pec-lietu-kategorijam/nodoklu-tiesibas/nekustama-ipasuma-nodoklis>
- 14.Vārdnīca „Tezaurs”. Termina „izvairīšanās” skaidrojums. Pieejams: <http://tezaurs.lv/#/sv/izvairīšanās> (aplūkots 12.07.2018.)
15. Tiesu informācijas sistēma. Pieejams: <https://manas.tiesas.lv/eTiesasMvc/nolemumi> (aplūkots 12.07.2018.)
16. Criminal Procedure Law. Law. Adoption: 21.04.2005. Entry into force: 01.10.2005. Publication: "Latvijas Vēstnesis", 74 (3232), 11.05.2005., "Ziņotājs", 11, 09.06.2005.//<https://likumi.lv/ta/en/en/id/107820-criminal-procedure-law>
17. Kaija, S. *Procesuālās ekonomijas princips kriminālprocesā*. Socrates: Rīgas Stradiņa universitātes Juridiskās fakultātes elektroniskais juridisko zinātnisko rakstu žurnāls. ISSN 2256-0548, Nr.2(2), 2015, 13.lpp.// https://www.rsu.lv/sites/default/files/imce/Dokumenti/izdevumi/socrates_2_2015.pdf
18. European Court of Human Rights. Osman v. The United Kingdom, 87/1997/871/1083, § 116 //<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58257>

CONTACT INFORMATION

Inga.Kudeikina@rsu.lv

Sandra.Kaija@rsu.lv

Rigas Stradiņš University, Faculty of Law

16 Dzirciema Street, Riga

LV-1007 Latvia

prof. JUDr. Karel Marek, CSc. – doc. JUDr. Martin Janků, CSc.

Vysoká škola finanční a správní, a.s. v Praze, Fakulta právních a správních studií

Rules on family enterprise

Abstract

For more than two decades the family business enterprises of the first generation (generation of founders) are more and more dominating in the category of today's Small and Medium-sized Enterprises in the Czech Republic. The necessary legal background defining the legal relationships and rights of all participating persons was, however, limited to general provisions in the Commercial Code that hasn't solved many of the problems associated thereto. Only in 2012 the new Czech Civil Code, Act. No 89/2012 Coll., introduced the institute of family enterprise as completely new term in the Czech Civil law. The present paper aims to analyse the key rules of this new legal regulation, focusing on significant aspects of the institute in the context of commercial law and family law, as well as to highlight the potential weaknesses in the regulation itself.

Key words: family enterprise, family member, involvement in the operation of family enterprise, profit share and property gains.

JEL Classification: K220

INTRODUCTION

After the democratisation of the society and privatisation of the national economy in Czechoslovakia after 1989 (since 1993 Czech Republic and Slovak Republic) only gradually small enterprises that appeared and started to operate were stabilised in the economic and legal form of family business enterprises. The necessary legal background defining the legal relationships and rights of all participating persons – relatives and other family members - however, lagged behind, and was limited to general provisions in the Commercial Code that hasn't solved many of the problems associated thereto. Only in 2012 introduced the new Czech Civil Code, published as the Act. No 89/2012 Coll., the institute of family enterprise as completely new term in the Czech Civil law.

1. GOAL OF THE PAPER

The regulation of the family enterprise has no tradition in the Czech law. Thus, it's a completely new institute the roots of which we may find in the Italian *Codice Civile* (Art.

230bis)¹. According to Explanatory Memorandum to the Civil Code the rules are aimed at filling the gap in regulation where the family members are in fact working for a family enterprise without their rights and obligations would be governed by a special contract closed to that purpose. It is true that also in the Czech business environment we could often encounter such regulation because the family business is a frequently employed arrangement of commercial relationships, where family members work under the guidance of one family member. Agricultural farms, family hotels or restaurants may serve as an example. Before the 2012 Civil Code there were no contractual rules for these arrangements. Such relationships were often solved by the use of rules on unjustified enrichment. However, this caused unequal relationships not only as regards the shares of family members on the profit obtained but also situations where some of the family members had either decision-making powers and responsibilities, nor could they claim settlement shares at the time of termination of their participation in the family business. Working for a family business without having a labour contract was even held for illegal work and there were considerations about tax evasion and avoidance of health and social insurance.

The rules of sections 700 to 707 Civil Code prevent the presence of such irregularities in the future. However in the process of application of the new rules we face some interpretation problems and gaps that the present paper will analyse. We encounter the interpretation problems already in connection with the definition of the term family enterprise. In interpreting the statutory rules we should also take in consideration the circumstance that before the legal rules commercial practices and customs established in the family enterprise take precedence provided that they are not contrary to the legislation in force, i.e. provisions of Sections 700 to 706 Civil Code. These commercial practices and customs may serve also as interpretation tools for the determination of rights and obligation of the participating family members.

As follows from the above stated, the aims of the regulation of family enterprise to rule the position of those family members who – without any legal grounds - take part in the business of an enterprise owned by some of the family members and thus to provide legal basis to the claims for their personal contributions. Ruling this aspects, however, brought a significant limitation of ownership rights of the family business owner and, given the rather vague definition of cases to that these limitations apply, we may expect disputes on the interpretation of these cases and scope of the limitations.

The adoption of the new legislation brought a significant limitation of rights of the family business owner and due to the somewhat vague identification of cases to that such restrictions apply, we may expect disputes concerning the interpretation of these cases and the extent of the restrictions and await the resulting case law. The fact is that the owners of existing family enterprises were not prepared for the limitation of their ownership rights that occurred when the Civil Code entered into force. When interpreting these rules we must, further on, realize that the family community, to which the new legislation applies, may have in fact exist for many years before and to the effective date of the Civil Code haven't to meet any formal requirements to fall under the application thereof. Therefore they did not have to sign any contracts, or make arrangements in order to be subjected to

¹ Italian regulation is effective for almost 40 years, since the rules on the family enterprise were established along with the reform of the Italian family law in 1975, when, inter alia, the institute of L'Impressa Familiare was introduced.(see TARDIVO, G., CUGNO, M., 2011).

the new legislation. If, in the context of family communities, their relationships satisfy the conditions of the family enterprise, the legislation in question applies automatically to them.

The paper aims at analysing of selected issues of the new legal regulation, focusing on significant aspects of the institute in the context of commercial law and family law, as well as to highlight the potential weaknesses in the regulation itself. The text was prepared on the basis of general theoretical scientific methods. The use of analytic method is accompanied by the historical method when comparing the rules contained in the former Commercial Code. Comparative method is employed also in the highlighting of the origin of the new institute and its relatively recent formation.

Paper opens with characteristic features of the notion of family enterprise itself. After that it defines the family members who are legally entitled to be involved in the operation of a family enterprise. Leading role belongs logically to the owner of the family enterprise and thus the subsequent part characterises its specific position among the family members including the ownership of the enterprise. After a brief characteristic of the formation of a family enterprise the following part focuses on claims that belong to family members involved in the operation of the enterprise. Explanations on the transfer of participation in family enterprise are followed by the regulation of possibilities for termination of participation by family member and - finally - of the dissolution of the family enterprise as a whole.

2. RESULTS AND DISCUSSION

2.1. The notion of family enterprise

The family enterprise is most often defined as a kind of commercial enterprise (Section 502 Civil Code) in which spouses and persons within a defined family relationship with at least one of the spouses work together.

It is doubtful whether the definition of family enterprise as a type of the commercial enterprise (Section 502 Civil Code) without further specification as this means its definition merely as a sort of „collective asset“ (*universitas rerum*). This specification doesn't respect that the basis of the legal regulation of family enterprise is the ruling for rights and obligations of participating family members when operating the commercial enterprise. For the definition of the latter it is therefore necessary to stress the personal component as the particular issue of the regulation. Undisputedly, there is no family enterprise without the specification and operation of a commercial enterprise under Section 502 Civil Code and it can be said that the focal point for the setting up of a family enterprise is establishing and operating of the commercial enterprise. A commercial enterprise, however, is defined as organised set of business assets, whereas the basis of a family enterprise is the ruling of contract-free relationships between family members in the course of operation of a set of business assets. Therefore we hold that a more precise definition of the family enterprise is a specification emphasising the personal component and defining a family enterprise as family community that is established for the purpose of running a commercial enterprise. For the definition of the family enterprise is not a crucial issue the proprietary essence of the commercial enterprise that forms the basis of

the family enterprise, but it is namely the personal participation of definer family members therein.²

It is irrelevant what is the subject of business of the commercial enterprise, which are its property components or what is the value of the set of assets forming the enterprise. However, it is of relevance which persons are involved, on a permanent basis, in the operation of the enterprise, and if these are persons as defined by the legal provisions, then it is a family enterprise - provided there is no contract between these persons or any other reason that would make applicable a different legal institute for the regulation of their relationships. We make thus conclude that the relationships between family members involved in the operation of the family enterprise are not personal component of this enterprise of that kind we may specify the latter in the case of any commercial enterprise. In the case of disposal with the family enterprise, his demise and/or the loss of the enterprise nature as a family enterprise will occur, without personal relations being transferred to the purchaser of the enterprise. Therefore we consider the family community in the sense as defined above should be regarded in that way that is not part of the commercial enterprise as its component and these relationships are placed outside the organized set of all components that make up the enterprise.

As characteristics of the family enterprise we may indicate:

- a) Existence of the commercial enterprise
- b) Operation of the business
- c) Personal involvement of the family members in the operation of enterprise or keeping of a household, whereas the persons shall be relative in a degree defined by the law
- d) permanent nature of the involvement
- e) personal involvement in the operation is not covered by a contract

A question may be raised whether the joint labour of the spouses or at least one of them together with relatives in the statutory defined degree (see sub c) above) should not be a separate characteristic of the enterprise..

If the above characteristics are met, we can talking about the family enterprise

2.2. Family members involved in the operation of family enterprise "

Family members who may be involved in the operation of the family enterprise, are defined by the legislation as spouses, or at least one of the spouses and their relatives up to the third degree, or persons relative in the brother-in-law degree with the spouses to the second degree. According to this wording of the Civil Code we may conclude that the basis for the family enterprise is a married couple, or at least one of the couple. A question arises whether for the establishment of the family enterprise the existence of a married couple is a precondition – at least at the moment of its very establishment – and whether the degree of relativity or brother-in-law relationship devolves from the couple or at least one of them. We can held that there is no justification for such a conclusion and we can't interpret the family enterprise in such a narrow way. According to our opinion the family enterprise can thus be established even in cases where none of the family members is in

² For economic aspects of the family enterprise, see i.a. Petlina, L.,Koráb, V., 2015.

the marital relationship, provided the members meet the condition of being related up to the third degree or in a brother-in-law relationship up to the second degree (KUČERA, J., 2015). The narrow interpretation would not meet the purpose of the new legislation as specified in the Explanatory Memorandum to the Civil Code.

In order to specify of the personal component of the family enterprise, it is necessary to determine also the notion of relatives and brothers-in-law of the spouses, as we have to deal exclusively with persons that may be involved as family members in the operation of an family enterprise and enjoy rights and obligations defined by the Civil Code. In specifying the sequence of relatives up to the third degree we shall apply the provision of Section 773 Civil Code that says that the degree of relationship between two people is determined by the number of birth, which comes in direct line from one another and in the next two lines from their nearest common ancestor. Therefore, we have to distinguish between relative in first degree, namely parents and their children, in the second degree grandparents and their grandchildren, and in the third degree the great-grandparents and their great-grandchildren. Further on, we may involve the side line, i.e. whether the related persons have a common ancestor and do not come from one another. In this case, the first degree is out of question of and the second degree relatives are siblings and the third degree relatives are uncle and nephew and aunt and niece

As regards the persons related on the brother-in law line, the Section 774 Civil Code applies. The affinity arises through marriage between one husband and relatives of the other spouse, in which line and to what degree is related to someone with one husband, in a line in which the degree is in brother-in-law relation with the second husband. Therefore, essential for the definition of family enterprise is the fact that after the termination of the marriage due to the death of one of the spouses or his/hers declaration for dead the brother-in-law relationship shall not cease]. The brother-in-law relationship is of relevance for the definition of the family enterprise up to the second degree. This means that a spouse shall be due to the marriage in brother-in-law relation of first degree with parents of the other spouse, his/her children, great-parents and grandsons or siblings of the spouse.

The legal rules require that the relatives or brothers-in-law are involved in the operation of the family enterprise in person or that they work for the family on a permanent basis [9], whereas no difference is made between these two categories except for the performed type of the work; all persons are held for family members involved in the operation of the family enterprise³.

It is also necessary to answer the question who represents the person in relation to that we shall determine the relativity or brother- in–law relation. The only logical person is the owner of the business enterprise, at least at the time of the establishment of the family enterprise. The Civil Code indicates the spouses or at least one of them who work in person in the enterprise. We may also encounter a broad definition of the institute of family enterprise where - in the case of existing family enterprise - every family member connection to any member of the family who is involved in the operation of the enterprise is admitted. In other words, the delegation of the involvement is possible to a person, which is the way laid down by the Section 700(1) Civil Code linked to any member of the

³ See the Explanatory Memorandum to the Act No. 89/2012 Coll. /Civil Code/:“Also the the family member who is permanently working for the family, in particular, takes care of the family household is put on the same level with the family members who perform labour for the family enterprise. It is the consistent fulfillment of the statutory principle that the personal care of the family and its members is of the same importance as the provision of proprietary performance.”

family (ŠVESTKA,J., DVOŘÁK.,J., FIALA J., ZKUKLÍNOVÁ, M. e. a., 2014, sv.II). For this interpretation the link of a family member to the owner of the enterprise is not considered and the owner may influence the non-delegation of the involvement only by his/her disapproval

It is convenient to deal also with the question how many family members at least must be involved in the operation of the family enterprise to that the characteristics of the family enterprise shall be met. However, in the doctrine and/or the existing case law we will find no reference to answer that question. So we may conclude that two family member are enough to form a family enterprise and none of them have to be in marital relationship⁴.

2.3. Owner of family enterprise

The answer to the question who can be the owner of a family enterprise, gives us Section 700(1) Civil Code in the first sentence. According to this provision we can conclude that business enterprise that is considered for a family enterprise, must be owned by one or more individuals (ŠVESTKA,J., DVOŘÁK.,J., FIALA J., ZKUKLÍNOVÁ, M. e. a., 2014, sv.II). Due to the linguistic interpretation of this provision we may deduce that no legal (moral) person is admitted as the owner. But in practice we find cases where the enterprise of a legal person is operated in the way meeting all criteria for its specification as family enterprise and the application of the rules for family enterprises would be suitable as they would meet the purpose and aim of the latter. As a typical example we may quote single-person limited liability companies where relatives or brothers-in-law of the shareholder of the company are together involved in its operation. We believe that in such cases there is no serious reason for non-application of the rules for family enterprises. This conclusion can be supported also by the second paragraph of Section 700 Civil Code that excludes the establishment of a family enterprise in cases where the rights and obligations of family members involved in the operation of the enterprise are ruled by articles of association including the founding legal act establishing a commercial company or cooperative agreement. There are thus explicitly excluded forms when community of family members exists within a commercial company but not cases when one of the family members stands as partner (shareholder) in legal person that operates a commercial enterprise and other family members are involved in a form that is not covered by a contract.

Given that the owner of a commercial enterprise can be – under the current legislation - a private non-entrepreneurial person, even a minor, we hold that identical conclusion can be made as regards the ownership of family enterprise. With respect to the fact whether the owner must be personally involved in the operation of the enterprise we can conclude that for the latter it is not the case. Also the management of the undertaking can be procured by other person than by the owner.

With respect to the circumstance that the new legislation admits that one and the same person may be the owner of more enterprises, we can't preclude the alternative that the nature of the family enterprise shall have only one of them, namely the one in the operation thereof are the family members really involved in person.

⁴ With respect to the priority of the matrimonial property law we may conclude that the family enterprise can't be established only between the spouses, not even in the case of their separated property.

2.4. Ownership form of family enterprise

There can be no doubt that a commercial enterprise in the operation of which are involved family members may be in single ownership or co-ownership by shares. It is, nevertheless, questionable whether commercial enterprise can be in the joint ownership of spouses. We would answer the question positively. Excluded is, however, application of family enterprise statute to situations when all family members involved in the operation of the enterprise will be at the same time co-owners of shares in the enterprise. The legislation of the ownership right must take precedence.

2.5. Formation of family enterprise

The legislation doesn't rule in details the conditions for the formation of family enterprise. Since the existence of a commercial enterprise brought to operation is necessary for the existence of the family enterprise, we may conclude that a family enterprise can be formed not sooner than at the moment of the formation of the commercial enterprise and/or start of its operation. No formal prerequisites are necessary for the formation of a family enterprise and the fact that we have to do with this type of commercial enterprise doesn't need to be recorded in the public register. We may hold that no third person must be aware of the fact that a commercial enterprise is run in the form of the family enterprise. We can thus characterise the formation of the family enterprise as being established by *de facto* involvement in person of relatives or brothers-in-law of the owner of the enterprise. It is obvious that the family enterprise is based on a fiction (ŠVESTKA,J., DVOŘÁK,J., FIALA J., ZKUKLÍNOVÁ, M. e. a., 2014, sv.II).

The family enterprise may be also formed at any time in the course of operation of an commercial enterprise.

The family enterprise shall not be formed by leasing of an enterprise, as a precondition for the formation of family enterprise is its ownership by a family member.

The family enterprise is based on the fact that the claims of the family members are not covered by a contract. It remains a question whether it is according to the law to rule on some questions by mutual agreement of all involved family members.

If some family communities that suit the conditions of the family enterprise under the 2012 Civil Code have been active before January 1, 2014 and continued after the record day we may hold that the family enterprise has been formed to that day and since this time the relevant rules on family enterprise of the new Civil Code shall apply. In such a case the claims of family members incurred before December 31, 2013 would be dealt according to the previous legislation and claims dated after the record day according to the new Civil Code..

2.6. Non-application of the legal rules for family enterprise

The legal regulation of family enterprise shall not apply where the rights and obligations of the family members involved in the operation of the family enterprise are covered by a contract, whether it may be articles of association, memorandum of association, silent partnership, co-operative statutes, labour or other similar type of contract. The contractual regulation shall always take precedence over the rules on family

enterprise, i.e. will apply where family members involved in operation of a family enterprise don't have any other legal guarantee of their rights and obligation.

The rules on family enterprise shall also not apply in the event when in the operation of family enterprise are involved the spouses alone. Here the Civil Code explicitly prefers the rules on matrimonial property law. Thus, the rules on Family enterprise can be held for subsidiary regulation as its application shall occur only when there is no prevalence of the above defined statutory or contractual rules.

With respect to the prevalence of the matrimonial property law the question must be asked whether a family enterprise can be founded only under the participation of the spouses. We hold that this is not the case even in situations should the commercial enterprise be in the ownership of one of the spouses and the other is personally involved in the operation of the latter or works for the family on permanent basis. In situation like this the rules on joint ownership of the spouses shall apply on the property rights for the operation of such commercial enterprise as the profit from the operation of what belongs only to one of them forms part of the joint ownership of the spouses. The question, however, is whether, for the other spouse who is involved in the operation of the family enterprise but is not the owner thereof, it would not be more useful to be in a position of the family member involved in the operation. Such a member namely is not only entitled to the profit share but has also the right to participate in the decision-making on principal questions concerning the operation of the enterprise outside the usual business and in questions on the disposal with the enterprise. Merely on the basis of being a spouse and participation on the joint ownership of the spouses under statutory rules (SOLIL, J., 2014). These rights do not belong to the other of the spouses under the rules of matrimonial property law⁵.

2.7. Claims of family members involved in the operation of the family enterprise

Civil Code specifies as the basic right of family members involved in the operation of the family enterprise the right to participate in profits from this operation. The legislation does not specify more detailed conditions for determination of the amount of profit share of each member with the exception of the rule that each family member should participate in the extent corresponding to the amount and type of his work. It follows from the wording of the legal provision that the decision-making of family members is subject to the use of the entire profit of the family enterprise and, therefore, not only the part that is intended for distribution among members of the family. Should this conclusion be accurate, it means that members of the family by their decision affect what portion of the profit will be invested back for the development of family enterprise, its maintenance and operation and what portion will be divided among family members. Family members are therefore capable to influence the primary business decision-making on the use of the profit in its entirety. The decision on the use of profits from the family enterprise belongs to all family members involved in the operation of the family enterprise, and this decision is taken by a majority of votes. At this point it should be noted that the Civil Code does not rule on the share of family members involved in the operation of the family enterprise to

⁵ The reason for the usefulness of the rules of family enterprise may be, inter alia, the fact that, pursuant to Section 118 Labour Code, there can be no employment relationship between the spouses.

cover the loss of the family enterprise. We may hold that the entire business risk is borne by the owner of the family enterprise. The legislation also doesn't rule for the obligation of the involved family members to provide any cash or non-cash deposits to the family enterprise. We hold, however, that the members of the family can mutually agree on the provision of deposits for the owner of family enterprise.

In spite of the fact that the Civil Code regulates the entitlement of the family members as the claim for share on the profit, it seems as a proper interpretation that the family members are not entitled to a regular income for their personal work for the family enterprise. With regard to the terms used there is no reason to consider the profit for something different than the result of the current accounting period. If that were the case, then the subject of decision of the family members shall be only the so called net profit, i.e. the profit, after deduction of the tax duty chargeable to the owner of the family enterprise, after deduction, when applicable, of social security contributions and contributions to the State employment policy and health insurance premiums.

We can accept the interpretation that a family member will be entitled for his work for the family enterprise to receive incomes, this regardless of whether the family enterprise earns profits or not. This conclusion is also supported by the tax legislation that rules for the taxation of income of family members involved in the operation of the family enterprise and not for taxation of earned profits.

The law does not rule for payment of profit shares exclusively in cash. We can therefore hold that a consideration can be also accepted. However, this will be in the competence of the family member community.

Family members involved in the operation of the family enterprise can waive their claim to profit shares, this in the form of a notarial deed. This rule is undoubtedly a mandatory one. However, it is questionable whether the members involved in the operation of the family enterprise may define by mutual agreement rules for more accurate profit distributions and concrete extent to which they will participate in the earned profit. We are of the opinion that this may be the case, if such agreement is not a waiver of the right to profit shares by some of the members. We also hold that family members involved in the operation of the family enterprise can agree on what part of the profit shall be distributed among them, and will not be used for further operation of the family enterprise.

If during the operation of the family enterprise some gains should be incurred, all family members are entitled to them, this to the same extent as to profit shares. They are entitled, to the same extent, to properties acquired from the profit earned. Therefore, the question is, what represents the gains to the family enterprise, and what claims arise to family members therefrom. Also in this case there are significant interpretation problems. We may not exclude the interpretation that the gains to the family enterprise are not identical with the commercial enterprise and become a separate property falling to the co-ownership of family members. The share of each family member should be determined by the extent of the amount and type of his/her work. Should this interpretation be correct, then the concept of „collective asset“ (*universitas rerum*) the concept of mass as ruled by the provisions of Section 501 Civil Code shall be lost. Among the characteristics of collective assets belongs the definition that it is a set of two or more separate assets, all of which belong to the ownership of a single person and are used for identical purpose. And this would not be the case if the gains to the family enterprise and property acquired from the profit would fall to the co-ownership of family members. Therefore we incline to the conclusion that the claim to the share of family member on the gains to the family

enterprise or on property acquired from the profits of the family enterprise should be settled in cash, this in the case of termination of its involvement in the family enterprise. The family members can waive the claims to gains and shares in property by a statement in the form of notarial deed. In the case that we admit the emergence of co- ownership shares to gains and property acquired from profit, this will bring great legal uncertainty for the owner of the family enterprise. Further on, the situation may arise that the family enterprise ceases to have the character of an organized set of assets eligible for running the business.

Further rights of family members involved in the operation of the family enterprise we consider for substantial, since they significantly restrict the ownership right of the enterprise owner. Family members in a family enterprise shall have the right to participate in decision-making with respect to operation of the enterprise and the disposal with the enterprise outside the regular operation. The Civil Code explicitly provides that the principles concerning the operation of the business or its closing down are reserved for the decision of the family members. To interpret properly the questions, what kind of changes specifically have to be decided will be the task of the application practice and the case law. However, we may presume that these issues involve changes of the subject of business, changes of the established place of business of the enterprise, changes in organizational structure and management and/ or questions of further development of investments in the operation of the family enterprise (ŠVESTKA,J., DVORÁK,J., FIALA J., ZKUKLÍNOVÁ, M. e. a., 2014, sv.II). And, lastly, the decision on termination and dissolving of the family enterprise⁶.

Family members have, unless stipulated otherwise, the pre-emption right to the family enterprise, which is to be disposed. Thus, the pre-emption right belongs to family members also in the case of assignment of the enterprise by donation. The legislation rules explicitly that even in the case of disposal of the property that, by its and designation, should permanently serve for the operation of the enterprise, the family members possess the pre-emption right. In practice, we may expect that family members will benefit from this pre-emption right even as regards the immovable properties belonging to the family enterprise. Due to the fact that the nature of the commercial enterprise as a family establishment is not recorded in any public register and cannot be ascertained from public sources [27], the person acquiring the property will not be able to find out prior to the conclusion of the purchase agreement that the transferor is restricted by the pre-emption right of the family members.

2.8. Transfer of the participation in family enterprise

The legislation is based on the non-transferability of participation of family members. Any claims of family members have personal character and are non-transferable. An exception is allowed if and only if the transferee is one of the family members exhaustively defined by the provisions. Section 700(1) Civil Code and all family members who are involved in operation of the family enterprise agree with such transfer of

⁶ We consider the resolving of this question for essential. In the case the owner of a commercial enterprise should not be allowed to cease, according to his/her own will , the operation of the commercial enterprise run as family enterprise, it can be expected that it will be more suitable for owners to give preference to contractual arrangement with working family members.

participation. It is therefore obvious that the transfer can occur only if the person who transfers or assigns ceases to be involved in operation of the family enterprise personally and this will be taken over by the person of transferee, who meets the preconditions therefor, being a relative or brother-in-law of the owner. The legislation does not rule on the contract to transfer the participation in a written form and does not provide for the prior consent of family members, as a condition for the implementation of the transfer. It is therefore possible that the transfer will occur also on the basis of an oral agreement, which shall be approved subsequently by all family members involved in the operation of the family enterprise. In the event that such consent was not given and the transfer or assignment would have taken place without the consent of all family members, we may hold such act for invalid due to the fact that the rule of Section 703 Civil Code ruling for the transfer of participation has mandatory character. It is therefore a legal rule that does not allow for any derogation and legal act arranging for transfer or assignment of the participation would, without the consent of family members, conflict by its content with the law (LAVICKÝ, P. e. a., 2014). If we agree with this argumentation we shall conclude that this is the case of absolute nullity. With regard to the fact that we may expect a broad spectre of opinions concerning the degree of the invalidity and or character as the statutory rule - mandatory or relatively mandatory, we may admit that the invalidity is a rule provided to protect the family members involved in the operation of the family enterprise, that may be invoked only these members that are protected by granting the right to provide consent to the transfer/assignment of the participation. Another issue of interest is the assessment of the legal conduct, on the basis of which the transfer of participation to other person than to a family member referred to in Section 700 (1)Civil Code would occur. In such a case, we can conclude that this would a legally non-existent conduct.

We can presume that the transfer in accordance with the legislation can occur even for consideration. We hold at the same time that only the case law will resolve the question whether by the transfer of participation the claims and rights associated therewith shall be transferred as well, for example, entitlement to payment of profit for the period preceding the transfer of participation. Making this conclusion we should deal with the fact that the transfer of participation has the same consequences for the family member whose participation terminates, as the cease of the involvement in the operation, according to Section 705 Civil Code (LAVICKÝ, P. e.a., 2014). We believe that this is not so and that the transfer of the participation is mentioned by the legislator deliberately in a separate provision than the one that terminates the participation. We tend to believe that with the transfer of the participation rights associated with the involvement in the operation of the enterprise are transferred as well and therefore the unpaid and outstanding claims shall follow. Thus we may interpret the assignment in that way that the legal status, which enjoys the family member in question, shall be assigned to another member in unchanged extent. We must realise that in the transfer of participation the family member cannot apply the pre-emption right.

It remains a question whether the transfer of participation to other family member can occur in the case of a death of family members. This conclusion we may refuse because by the death of a family member involved in the operation of the family enterprise its participation ceases and outstanding claims from this participation should be subject of the succession.

2.9. Termination of participation of a family member

Family member's involvement in the operation of family enterprise shall cease in the case he/she stops to perform work for the family. The Civil Code does not specify any formal requirements to this termination and it can be therefore expected that the demise shall occur by a *de facto* cease of work for the family enterprise. Another reason for the termination of the participation of a family member may be that he/she concludes an employment contract or similar contract or enters in another relationship with the owner of the commercial enterprise that precludes his/her participation in the family enterprise. It can be expected that with regard to the eligibility requirements for family members entitled to be involved in the operation, the termination may occur by cease through divorce of the marriage that is basis for the brother-in-law relationship. And, finally, the termination of the participation of a family member occurs also by his/her death.

For practical reasons, we consider for necessary that the termination of involvement in the operation of family enterprise shall occur also due to a unilateral act of the owner of the enterprise or on the basis of the decision of the family members involved in the operation of the family enterprise. We may admit that in the application of this unilateral termination of involvement the practices and conventions set during previous operation of the enterprise. On the other side, completely unclear is the specification of claims arising to a member family member upon termination of its involvement in the operation of the enterprise and their settlement. According to the wording of Section 706 Civil Code we may expect that the entitlement of the member is of pecuniary nature as the rules admit that it may be broken down into instalments should an agreement to such end be concluded or instalments shall be approved by decision of the Court. However, there isn't any closer definition of nature of this claim and its amount. We may suppose that the legislator refers to settlement of all claims of member whose participation terminated and, therefore, including the share on the gains and property acquired from the profits of the family enterprise, which we consider for a meaningful interpretation. This means that obviously the member's share in the property shall be settled. If it stands up to the conclusion of a mutual ownership to these increments and things taken from the profit, it would be a cancellation and settlement of the mutual ownership, when a family member whose participation to lapse, would always be entitled to a settlement amount in the money. If the conclusion on the co-ownership by shares in there gains and property acquired from the profits will stand, it would be a cancellation and settlement of the co-ownership, where a family member whose participation shall terminate, is always entitled to a settlement share in money. Due to the fact that the person that shall be obliged to pay the share, would be probably the owner of the family enterprise – even if the legislation completely avoids this issue – the claims of the former member would accrue to the ownership of the owner of enterprise. Associated issues to the latter are whether the profit of the family enterprise can be used for repayment to a former member and whether there is any obligation to repay the Member with participation terminated, shall not arise to all family members whose involvement in the enterprise continues. Specification as to whom the claim on the settlement upon the termination shall be raises will therefore remain to be settled by the case law. Whereas the question of locus standi in this dispute seems to be clear, different conclusions can be reached with regard to the legal capacity to be sued. The authors of this paper are of the opinion that the latter belongs only to the owner of the family enterprise.

2.10. Dissolution of the family enterprise

As we have defined one of the characteristics of family enterprise is its keeping in the operation, we may conclude that the family enterprise ceases to exist due to the suspension of its operation that is not of a temporary character. To the dissolution of family enterprise comes by its disposal and we expect that also due to the succession to the family enterprise. The question is whether the dissolution of the family enterprise occurs when the one or more of the family members make use of their pre-emption right to the family enterprise (ŠVESTKA,J., DVOŘÁK.,J., FIALA J., ZKUKLÍNOVÁ, M. e. a., 2014, sv.II). And, naturally, the dissolution of the family enterprise can also occur by agreement of the persons involved in its operation.

We hold that the existence of the family enterprise shall be influenced by declaration of bankruptcy on the property of its owner. To continue in the operation of the enterprise as family enterprise after such declaration would be contrary to the principles of the bankruptcy proceeding and the operation of the enterprise would also interfere with the disposal rights of the liquidator of the bankruptcy. We may also find the interpretation that the operation of the family enterprise may be terminated due to the circumstance that the liquidator of the bankruptcy will not declare towards the family members involved in the operation of the enterprise within 30 days after declaration of the bankruptcy that he shall meet their requirements. This interpretation rests on the provision of the Bankruptcy Proceedings Act that affects the contracts on fulfilment of mutual obligations, so far as they remain unfulfilled on the opening day of the bankruptcy by the other party to the contract as well. With regard to the fact that the existence of a non-fulfilled contract is the condition for application of this statutory provision – and we characterise the family enterprise as arrangement of contract-free relationships between family members, we may hold this provision of the Bankruptcy act for non- applicable to the family enterprise.

CONCLUSION

In conclusion of our analysis and considerations, we should remind you that, unless otherwise provided by law, family members can rule for their rights and obligation in a way of derogation from the law. Prohibited are only legal acts that *contra bonos mores*, violating the public order or rights relating to the personal status of persons, including rights for protection of the personality of individuals.

In the next year, after the settlement of the re-codifying rules of the Czech civil law, we may expect further interpretation of the rules on family enterprise by the case law of general courts to be established on this issues, but also the one of the administrative courts, e.g. in the context of defining the legal and illegal labour in the decisions of the labour inspectorates relating to bailout the family without labour relations⁷. In the event that the

⁷ These questions are dealt by the case law already several years before the introduction of the institute of the family enterprise. Most consequently were the features of dependent labour defined by the Supreme Administrative Court in its decision of December 13.02.2014, sp. zn. 6 Ads 46/2013. Available at http://www.nssoud.cz/files/SOUDNIVYKON/2013/0046_6Ads_13_20140220123634_prevedeno.pdf

labour will be defined as personal performance of a family member, we shall exclude the conclusion that it could be held for illegal labour.

REFERENCES

1. ČIHÁK L.: Unikátní průvodce novým občanským zákoníkem. Walters Kluwer, 2012, Plzeň, ISBN 978-80-7357-849-7
2. KUČERA, J., Rodinný závod. 2015. Dostupné online na <http://www.kuceralegal.cz/blog/2014/01/23/rodinny-zavod-2/>.
3. LAVICKÝ, Petr e. a. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014
4. PETLINA, L., KORÁB, V. Family Business in the Czech Republic: Actual Situation. Trendy ekonomiky a managementu. Volume IX – Issue 23, 2015. Available online <https://trends.fbm.vutbr.cz/index.php/trends/article/viewFile/328/263>
5. SOLIL, J.: Ustanovení § 700 NOZ, k rodinnému závodu. Available online na <http://www.pravniprostor.cz/clanky/rekodifikace/k-ustanoveni-700-noz-k-rodinnemu-zavodu>
6. ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef, ZUKLÍNOVÁ, Michaela e. a. Občanský zákoník. Komentář. Svazek II. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2014
7. TARDIVO, G., CUGNO, M.: Il sistema family business. Un patrimonio da valorizzare. 2011, Milano: ed. Franco Angelli

CONTACT INFORMATION

k.marek@centrum.cz

jankum@mendelu.cz

Vysoká škola finanční a správní, a.s.

Fakulta právnických a správních studií

Estonská 500

100 00 Praha 10

JUDr. Žofia Mrázová, PhD., MCL¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Finančná asistencia – história, vývoj a budúcnosť²

The Financial Assistance – History, Evolution and Future

Abstrakt

Označenie finančná asistencia predstavuje súbor pravidiel týkajúcich sa finančnej pomoci poskytnutej zo strany obchodnej spoločnosti pri nadobúdani jej vlastných akcií tretími osobami. Autorka v predkladanom príspevku upriamuje pozornosť na pôvod právej úpravy tzv. zákazu finančnej asistencie, ktorý je obsiahnutý v § 161e zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákoník. Cieľom príspevku je preskúmať dôvody vedúce k ustanoveniu zákazu a priblížiť vývoj právej úpravy na európskej úrovni od takmer absolútneho zákazu finančnej asistencie až po jeho zjemnenie. Slovenský zákonodarca doposiaľ nereagoval na zmeny v európskej úprave finančnej asistencie a od striktného zákazu finančnej pomoci, okrem dvoch výnimiek, neupustil. Odkazujúc na princípy súkromného práva uplatňované v práve obchodných spoločností máme za to, že zákonodarca by mal dostatočne preukázať náležité dôvody pre prísnu reguláciu zákazu poskytovania finančnej asistencie tak, ako je v súčasnosti naformulovaná v Obchodnom zákonníku.

Kľúčové slová: finančná asistencia, zákaz finančnej asistencie, akciová spoločnosť, druhá smernica

Abstract

The concept of financial assistance represents a set of rules relating to assistance given by a company for the purchase of its own shares by third parties. The author draws attention to the origin of the financial assistance prohibition, which is contained in the Sec. 161e of the Act No. 513/1991 Coll. Commercial Code. The aim of the paper is to look through the origins and development of legislation at the EU level – from an absolute ban to a more relaxed model, when financial assistance is allowed. For now, the Slovak legislator has not reacted to the changes at the EU level and has not abandoned the strict ban on providing the financial aid. Taking into consideration principles of private law,

¹ JUDr. Žofia Mrázová, PhD., MCL je odbornou asistentkou na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach.

² Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantového projektu VEGA 1/0917/16 „Atypické a faktické vzťahy v obchodnom práve“.

the Slovak legislator shall reconsider reasoning for such a strict regulation of financial assistance prohibition in the Commercial Code.

Key words: financial assistance, prohibition of financial assistance, joint stock company, Second Directive

JEL Classification: K22

ÚVODOM K OZNAČENIU FINANČNÁ ASISTENCIA

Pod označením finančná asistencia môžeme rozumieť poskytovanie finančnej pomoci obchodnými spoločnosťami tretím osobám za účelom nadobudnutia ich vlastných akcií. Ide o súbor pravidiel, ktoré sa zameriavajú na (ne)možnosť financovania nákupu akcií obchodnej spoločnosti z úverov alebo pôžičiek poskytnutých samotnou spoločnosťou.

Podľa § 161e ods. 1 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákoník (ďalej len ako „*Obchodný zákoník*“) „*Spoločnosť nesmie v súvislosti s nadobudnutím jej akcií tretími osobami poskytovať týmto osobám predavky, pôžičky, úvery ani zábezpeky.*“ Financovanie nadobudnutia vlastných akcií, priamo alebo nepriamo z majetku obchodnej spoločnosti, je tak v zmysle § 161e ods. 1 Obchodného zákoníka výslovne zakázané. Navyše, ani ovládaná spoločnosť sa nesmie podieľať na financovaní nákupu akcií alebo upisovania akcií ovládajúcej spoločnosti.

Zákaz finančnej asistencie sa odvodzuje od všeobecného princípu zachovania kapitálu, na základe ktorého sa stanovuje, okrem iného, aj obmedzenie pre nadobúdanie vlastných akcií. Proklamovaným účelom zákazu finančnej asistencie je najmä ochrana veriteľov, ale taktiež akcionárov a samotnej obchodnej spoločnosti a jej majetku pred zneužitím práva zo strany členov štatutárneho orgánu (Dolný, 2016: 69-70).

Právny úkon, na základe ktorého by obchodná spoločnosť zakázanú finančnú pomoc poskytla, sa považuje za absolútne neplatný, a to z dôvodu jeho rozporu so zákonom podľa § 39 Zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákoník. Za rozhodujúce sa považuje faktické použitie finančných prostriedkov, a nie (pôvodne dohodnutý) účel použitia poskytnutých prostriedkov spoločnosťou (Pala, Palová, Žitňanská, In Ovečková, 2017: 1113).

Obchodný zákoník v § 161e ods. 2 upravuje dve výnimky zo zákazu finančnej asistencie. Prvá výnimka sa vzťahuje na tie úkony, ktoré sa vykonávajú v rámci bežnej činnosti bank. Druhá výnimka ustanovuje, že zo zákazu finančnej asistencie sú vylúčené úkony vykonané v súvislosti s nadobudnutím akcií zamestnancami spoločnosti alebo pre zamestnancov spoločnosti. V rámci druhej z uvedených výnimiek sa finančné prostriedky poskytujú prevažne za účelom podpory zainteresovanosti zamestnancov na výsledkoch hospodárskej činnosti obchodnej spoločnosti. Prikláname sa k názoru, že *obe* tieto výnimky (Patakyová, In Patakyová, 2016: 678; Pala, Palová, Žitňanská In Ovečková, 2017: 1113), a nielen výnimka týkajúca sa poskytnutia finančnej asistencie zamestnancom (Lysina, Zelenáková In Mamoká, 2016: 640) sa uplatnia iba za predpokladu, že poskytnutím finančnej pomoci hodnota vlastného imania neklesne pod hodnotu základného imania spoločnosti spolu s povinnej tvoreným rezervným fondom, ktorý spoločnosť povinne vytvára podľa zákona (§ 161e ods. 2 *in fine* Obchodného zákoníka).

Cieľom tohto príspevku je preskúmať dôvody, ktoré viedli slovenského zákonodarcu k stanoveniu zákazu finančnej asistencie, a priblížiť vývoj právnej úpravy od takmer

absolútneho zákazu finančnej asistencie až po jeho uvoľnenie nielen na európskej úrovni, ale aj v niektorých okolitých členských štátoch, ako napr. Poľsko, Maďarsko, Česká republika alebo Holandsko. Oproti tomu, vnútroštátna právna úprava finančnej asistencie Nemecka či Francúzska zostala zachovaná v pôvodnom striktnom znení zákazu poskytovať finančnú pomoc. Za účelom naplnenia stanoveného cieľa autorka využíva kombináciu metód typických pre oblasť práva a spoločenských vied, hlavne analýzu a syntézu v spojitosti s historickou a komparatívnu metódou.

Nakoľko slovenská právna úprava poskytovania finančnej asistencie zostáva nadľa prísnia a finančnú asistenciu okrem dvoch výnimiek zakazuje, v súčasnosti sa objavujú názory volajúce po väčšej flexibilite právnej úpravy, a to najmä s dôrazom na financovanie akvizícií (Smalik, Medvec, 2016). Poskytnutie finančnej asistencie sa uskutočňuje na základe zmluvy, je teda súkromnoprávnej povahy. Keďže kogentnosť nepochybne znamená obmedzenie princípu autonómie vôle, musí vždy existovať racionálny dôvod, ktorý by toto obmedzenie odôvodňoval (Melzer In Havel, Pihera, 2010: 227). V príspevku si preto kladieme otázku, či existuje racionálny dôvod na striktný zákaz finančnej asistencie tak, ako je v súčasnosti formulovaný slovenským zákonodarcom v Obchodnom zákonníku.

1. K HISTÓRII FINANČNEJ ASISTENCIE

1.1. Pôvod pravidiel upravujúcich zákaz finančnej asistencie

Korene právnej úpravy zákazu poskytovania finančnej pomoci siahajú do Veľkej Británie. Historicky bola finančná asistencia vnímaná anglickým právom negatívne ako zdroj fiktívneho kapitálu. Poukazujúc na historický vývoj právnej úpravy, viacerí autori sa nezhodujú v tom, či pravidlá finančnej asistencie boli vytvorené súdnym systémom už v 19. storočí, a to v spojitosti s vymedzením zásady zachovania kapitálu v obchodných spoločnostiach (Hoof, 2011: 157) alebo priamo kodifikáciou pravidiel v anglickom zákone o obchodných spoločnostiach z roku 1928 - čl. 16 *Companies Act 1928*, neskôr konsolidovaných v *Companies Act 1929* (Davies, Worthington, 2012: 359), a to na základe odporúčaní Komisie pod vedením *W. Greene-a*, podľa ktorých bolo poskytovanie finančnej asistencie v rozpore so zákazom nadobúdania vlastných akcií (*Trevor v. Whitworth 1887 12 App Cas 409*).

V súlade s odporúčaniami bol prijatý článok čl. 45 *Companies Act 1929*, neskôr novelizovaný vo forme čl. 54 *Companies Act 1948*, v zmysle ktorého bolo „*nezákonné také konanie, ktorým spoločnosť, priamo alebo nepriamo, prostredníctvom úveru, záruk, zabezpečenia alebo iným obdobným spôsobom poskytne finančnú asistenciu tretej osobe za účelom alebo v súvislosti s kúpou alebo upísaním akcií spoločnosti.*“

Článok 54 *Companies Act 1948* ďalej výslovne ustanovoval, že finančná pomoc nepodliehala zákazu, ak

- a) poskytnutie finančných prostriedkov bolo súčasťou bežnej obchodnej činnosti spoločnosti,
- b) poskytnutie finančných prostriedkov bolo zamerané na nadobudnutie akcií spoločnosti alebo akcií jej dcérskej spoločnosti správcom v prospech zamestnancov, vrátane členov štatutárneho orgánu, ktorý mali platený pomer so spoločnosťou, alebo

- c) úver bol poskytnutý osobám - zamestnancom, odlišným od členov štatutárneho orgánu, za účelom nadobudnutia akcií spoločnosti.

Ako zaujímavosť možno uviesť, že uvedený článok obsahoval taktiež peňažnú sankciu za porušenie zákazu finančnej asistencie, a to v maximálnej výške 100 libier pre samotnú spoločnosť a ďalšie zodpovedné osoby.

Až *Companies Act 2006* priniesol výraznejšie zmeny, ako nižšie poukážeme, pod vplyvom európskeho vývoja. V súčasnosti, hoci sa na akciové spoločnosti vzťahuje zákaz finančnej asistencie, finančnú pomoc môžu poskytnúť za splnenia určitých podmienok, tzv. *white wash procedure*, v zmysle ktorých musia riadiace orgány poskytnúť vyhlásenie o solventnosti spoločnosti a valné zhromaždenie musí konkrétnu finančnú pomoc odsúhlasiť. Základnou podmienkou však je, aby sa finančná asistencia nedotkla čistého obchodného imania spoločnosti, inak môže byť poskytnutá iba zo zisku určeného na prerozdelenie (*distributable profits*).

Až do prijatia *Companies Act 2006* sa anglická úprava pravidiel finančnej asistencie sa uplatňovala pre súkromné obchodné spoločnosti (*private companies*) ako aj verejné obchodné spoločnosti (*public companies*). Aktuálne sa však zákaz finančnej asistencie na súkromné spoločnosti nevzťahuje.

1.2. Zákaz finančnej asistencie na európskej úrovni

Vo väčšine európskych krajín sa zákaz finančnej asistencie stal súčasťou národných právnych poriadkov po tom, čo Veľká Británia vstúpila do Európskej únie a v roku 1973 žiadala o úpravu zákazu finančnej asistencie aj na európskej úrovni. Dňa 13. decembra 1976 bola prijatá tzv. Druhá smernica Rady č. 77/91/EHS o koordinácii ochranných opatrení, ktoré členské štáty vyžadujú od obchodných spoločností na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb v zmysle druhého odseku článku 58 Zmluvy, pokiaľ ide o zakladanie akciových spoločností, udržiavanie a zmenu ich základného imania, s cieľom dosiahnuť rovnocennosť týchto opatrení (ďalej len ako „*Druhá smernica*“), ktorá v čl. 23 upravovala zákaz finančnej asistencie nasledovne:

- „1. Spoločnosť nesmie poskytovať zálohy, poskytovať pôžičky ani záruky s cieľom umožniť nadobudnutie vlastných akcií tretej osobe.
2. Odsek 1 sa nevzťahuje na transakcie uskutočnené v rámci bežných obchodov bankami a inými finančnými inštitúciami ani na obchody uskutočnené s cieľom nadobudnutia akcií zamestnancami alebo pre zamestnancov spoločnosti alebo spoločnosti s ňou prepojených. Tieto transakcie a obchody však nesmú spôsobiť zníženie čistého obchodného imania spoločnosti pod čiastku stanovenú v článku 15 ods. 1 písm. a).“

Nakoľko mal článok 23 Druhej smernice kogentnú povahu, členské štáty boli povinné zákaz finančnej asistencie transponovať do vnútroštátnych právnych poriadkov. Postupne bolo znenie článku 23 Druhej smernice podrobene značnej kritike zo strany odborníkov a akademikov, keďže pravidlá boli postavené na premise, že poskytovanie úverov a pôžičiek za účelom nadobudnutia akcií spoločnosti by nemalo byť akceptovateľné. Avšak spoločnosti nadľa využívali na dosiahnutie rovnakého cieľa v praxi iné postupy, odlišné od finančnej asistencie, ktoré boli právne konformné (Rychlý, 2004: 145).

1.3. Upustenie od striktného zákazu finančnej asistencie

Po odborných hlasoch volajúcich po zmene, Komisia v roku 1996 začala organizovať stretnutia skupiny odborníkov tzv. skupiny SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*), ktorá navrhovala, okrem iného, aj revíziu čl. 23 Druhej smernice o finančnej asistencii. Obdobne, skupina expertov (*The High Level Group of Company Law Experts*) pod vedením J. Wintera, sledujúc celkovú modernizáciu európskeho práva obchodných spoločností, sa vo svojej správe zo 4. novembra 2002 priklonila k povoleniu finančnej asistencie v rozsahu rozdeliteľných rezerv obchodnej spoločnosti. Spoločnosť by tak bola oprávnená poskytnúť úver, ktorého nesplatená časť by bola pokrytá z rezerv spoločnosti oprávnených na prerozdelenie (*The High Level Group of Company Law Experts*, s. 85). Navyše, Skupina expertov odporúčala, aby sa poskytnutie finančnej asistencie viazalo na súhlas valného zhromaždenia, s výnimkou situácie, kedy spoločnosť poskytuje finančnú asistenciu v zmysle čl. 23 ods. 2 Druhej smernice. Podľa správy sa za prípustné považovalo aj udelenie generálneho súhlasu štatutárному orgánu valným zhromaždením s poskytnutím finančnej asistencie na určité časové obdobie, napr. na päť rokov.

Dňa 21. mája 2003 Komisia prijala Akčný plán modernizácie práva obchodných spoločností a efektívnejšie riadenie podnikov v Európskej únii (COM 2003/0284 v konečnom znení), v ktorom výslovne navrhla uvoľnenie prísneho zákazu finančnej asistencie. Prvotný návrh, formulovaný Komisiou, bol odbornou obcou prijatí kriticky vzhladom na množstvo prísnych a nejasných pravidiel, podľa ktorých malo byť spoločnostiam umožnené financovať nákup ich vlastných akcií tretími osobami. Pôvodný návrh musel byť preto prepracovaný.

Až smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2006/68/ES z 6. septembra 2006, ktorou sa novelizovala Druhá smernica, došlo k upusteniu od striktného zákazu finančnej asistencie. Novela umožnila členským štátom finančnú asistenciu povoliť za splnenia určitých, v smernici explicitne špecifikovaných, podmienok (tzv. *white-wash procedure*). Smernica však neukladá členským štátom povinnosť finančnú asistenciu povoliť. V zmysle smernice 2006/68/ES:

„Ak členské štaty povolujú spoločnosti bud' priamo, alebo nepriamo poskytovať predavky, pôžičky alebo zábezpeky s cieľom nadobúdania jej vlastných akcií treťou osobou, podmienia tieto transakcie splnením podmienok [...].“

Podmienky sú stanovené tak, aby sa finančná asistencia uskutočnila:

- a) na zodpovednosť správneho alebo riadiaceho orgánu,
- b) za spravodlivých obchodných podmienok, po náležitom preverení úverovej bonity (finančnej spôsobilosti) tretej osoby,
- c) s predchádzajúcim súhlasom valného zhromaždenia, ktoré sa oboznámi s písomnou správou o finančnej transakcii predloženou štatutárny orgánom, a
- d) v rozsahu maximálne stanovenej výšky. Transakcia totiž nesmie spôsobiť zníženie čistého obchodného imania pod výšku upísaného základného imania zvýšenú o rezervné fondy, ktoré nie je možné podľa právnych predpisov ani stanov spoločnosti rozdeliť.

Podmienky pri poskytovaní finančnej asistencie zvýrazňujú rolu riadiaceho orgánu a jeho povinnosť konáť zodpovedne. Schválenie finančnej asistencie podlieha súhlasu

valného zhromaždenia, ktorý musí byť udelený vopred. Samotný súhlas sa predpokladá iba v súvislosti s poskytnutím finančnej asistencie, nie so zmluvou, na základe ktorej je poskytovaná. Uvedený výpočet výnimiek je kumulatívny, avšak ako celok sú formulované pre členské štáty ako opcia. Členský štát môže, ale nemusí výnimky vo svojom právnom poriadku priopustiť.

2. SÚČASNÁ PRÁVNA ÚPRAVA FINANČNEJ ASISTENCIE

2.1. Európska únia

Druhá smernica, obsahom ktorej sú pravidlá o poskytovaní finančnej asistencie, bola neskôr nahradená Smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2012/30/EU z 25. októbra 2012 (Ú. v. EÚ L 315, 14.11.2012), v rámci ktorej sa právna úprava finančnej asistencie presunula z čl. 23 do článku 25, avšak bez výrazných zmien. V súčasnosti je finančná asistencia upravená v článku 64 Smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1132 zo 14. júna 2017 týkajúcej sa niektorých aspektov práva obchodných spoločností (Ú. v. EÚ L 169, 30.6.2017, s. 46 – 127). Vzhľadom na to, že za posledné obdobie nedošlo k výrazným obsahovým, ale skôr iba formálnym zmenám, niet dôvod sa opäťovne vracať k ustanoveniam o finančnej asistencii obsiahnutým v najnovšej konsolidovanej smernici, ale postačí iba odkázať na znenie formulované v smernici 2006/68/ES.

2.2. Členské štáty s prísnym zákazom poskytovať finančnú asistenciu

Napriek tomu, že na európskej úrovni došlo k uvoľneniu pravidiel pre poskytovanie finančnej asistencie, nie všetky členské štáty sa rozhodli ísť rovnakým smerom a prísnie pravidlá si ponechali. Príkladom môže byť napríklad Nemecko, Francúzsko alebo Španielsko, či už ako vyššie uviedli, Slovenská republika. I keď hovoríme o zákaze, právne poriadky nadálej upravujú výnimky vzťahujúce sa na bežné činnosti báň a nadobúdanie akcií zamestnancami, kedy sa finančná pomoc umožňuje. Napriek uvedeným výnimkám nie je finančná asistencia *per se* povolená.

V Nemecku bol zákaz finančnej asistencie transponovaný do § 71a ods. 1 nemeckého zákona o akciových spoločnostiach (*Aktiengesetz*) v roku 1978. Uvoľnenie prísnnejších pravidiel nemalo vplyv na nemeckú právnu úpravu, ktorá si prísný štandard zachovala. Na rozdiel od akciovej spoločnosti, na spoločnosť s ručením obmedzeným sa pravidlá zákazu finančnej asistencie neapplikujú. Pravidlá poskytovania finančnej asistencie sú nemeckými súdmi široko interpretované. Napríklad, príspevky bez protihodnoty alebo primeraného nároku na splatenie, t.j. dary alebo odpustenie dlhov sú rovnako považované za finančnú pomoc.

Obdobne francúzske právo zakazuje, aby spoločnosť poskytla finančnú pomoc tretím osobám za účelom nadobudnutia vlastných akcií spoločnosti. Zákaz sa vzťahuje nielen na bežnú akciovú spoločnosť (*société anonyme* – článok L.225-216) ale aj na zjednodušenú akciovú spoločnosť (*société par actions simplifiées*).

Striktný zákaz je obsiahnutý aj v právnej úprave Španielska, a to nielen pre verejné ale taktiež aj pre súkromné spoločnosti (čl. 143 ods. 2 *Ley de Sociedades de Capital* upravuje zákaz pre spoločnosti s ručením obmedzeným a článok 150 *Ley de Sociedades de Capital* pre akciové spoločnosti).

2.3. Členské štát s voľnejším prístupom k poskytovaniu finančnej asistencie

I keď anglické právo bolo prvotne vzorom pre prísnu európsku úpravu, bola to práve Veľká Británia, ktorá medzi prvými zjemuila právnu úpravu a umožnila poskytovanie finančnej asistencie podľa stanovených európskych podmienok. Túto príležitosť využilo viacero členských štátov, medzi ktorými môžeme spomenúť aj okolité štáty ako Česká republika, Maďarsko a Poľsko, ktoré implementovali smernicu 2006/68/ES do svojich vnútrostátnych právnych poriadkov.

V zmysle českej právnej úpravy sa za finančnú asistenciu považuje poskytnutie zálohy, pôžičky alebo úveru zo strany obchodnej spoločnosti na účely získania podielu, alebo poskytnutie zabezpečenia pre tieto účely (§ 41 Zákona č. 90/2012 Zb. o obchodných spoločnostiach a družstvach, d'alej len ako „ZOK“). Právna úprava finančnej asistencie pri akciovej spoločnosti obsiahnutá v § 311 a nasl. ZOK, nadvážajúc na všeobecné vymedzenie finančnej asistencie v § 41 ZOK, vychádza priamo z čl. 25 smernice 2012/30/EU, v súčasnosti z článku č. 64 smernice 2017/1132/EU. Podmienky pre poskytnutie finančnej pomoci akciovou spoločnosťou musia byť splnené kumulatívne. Pravidlá poskytovania finančnej asistencie pre akciové spoločnosti sú postavené na predpoklade predchádzajúceho povolenia obsiahnutého v stanovách spoločnosti. Oproti tomu, pri spoločnosti s ručením obmedzeným nemusí byť finančná asistencia spoločenskou zmluvou dovolená, musí však byť poskytnutá za spravodlivých podmienok. Podmienkou pri spoločnosti s ručením obmedzeným je taktiež vypracovanie písomnej správy so zdôvodnením poskytnutia finančnej pomoci a uvedením výhod a nevýhod, ktoré z takéhoto konania pre spoločnosť vyplývajú, ale taktiež aj zdôvodnenie, prečo poskytnutie finančnej asistencie nie je v konflikte so záujmom spoločnosti (§ 200 ZOK). Poskytnutím finančnej asistencie si obchodná spoločnosť nesmie privodiť úpadok.

Maďarská právna úprava finančnej asistencie je v súčasnosti upravená v čl. 3:227 maďarského Občianskeho zákonného. Úkony v rozpore s podmienkami poskytovania finančnej asistencie by spôsobovali neplatnosť transakcie z dôvodu rozporu so zákonom. Obdobne poľská právna úprava podľa čl. 345 Zákona o obchodných spoločnostiach umožňuje poskytovať finančnú asistenciu zo strany akciových spoločností po splnení podmienok obsiahnutých v zákone. Maďarská aj poľská právna úprava priamo sledujú podmienky formulované v európskej smernici.

Zaujímavosťou je, že pravidlá finančnej asistencie boli obsiahnuté v talianskej právnej úprave ešte pred samotným prijatím Druhej smernice, konkrétnie v Obchodnom zákonného z roku 1882. Až neskôr boli mierne pozmenené v Občianskom zákonného z roku 1942 tak, aby boli v súlade so smernicou č. 77/91/EHS. Taliansko neskôr smernicu 2006/68/ES implementovalo Dekrétom č. 142 zo 4. augusta 2008 a právnu úpravu prispôsobilo po vzore európskeho vývoja. Pravidlá poskytovania finančnej asistencie sú v súčasnosti upravené v článku 2358 Občianskeho zákonného pre akciové spoločnosti a v článku 2474 Občianskeho zákonného pre spoločnosti s ručením obmedzeným. Uvedený dekrét sa však vzťahuje výlučne na akciové spoločnosti (*società per azioni*), ktoré sú oprávnené poskytovať finančnú pomoc za účelom nákupu alebo upísania svojich akcií za predpokladu, že pomoc je v súlade so zákonnými podmienkami (po vzore európskej úpravy) a výška finančnej pomoci nepresiahne súčet ich čistého príjmu, nerozdeleného zisku a ostatné rozdeliteľné rezervy, ako sú uvedené v poslednej účtovnej závierke. Samotný dekrét však nemení pravidlá o poskytovaní finančnej pomoci pre spoločnosť s ručením obmedzeným, na ktoré sa nadálej aplikujú striktné obmedzenia.

Na základe komparácie viacerých právnych poriadkov členských štátov usudzujeme, že zatiaľ čo niektoré štaty svoje právne poriadky zmenili po vzore európskej právej úpravy, striktný zákaz poskytovania finančnej asistencie naďalej zostáva zachovaný v iných členských štátach bez výraznejších zmien.

3. POZÍCIA SLOVENSKEJ REPUBLIKY A JEJ BUDÚCNOSŤ

Slovenský zákonodarca doposiaľ nereagoval na zmeny v európskej úprave finančnej asistencie a od striktného zákazu finančnej pomoci (okrem dvoch pôvodných výnimiek týkajúcich sa činnosti bank a nadobúdania akcií pre zamestnancov) neupustil. Prísný zákaz dokonca rozšíril aj na novú formu obchodnej spoločnosti – jednoduchú spoločnosť na akcie. Podľa § 220s ods. 3 Obchodného zákonníka, stanovy jednoduchej spoločnosti na akcie môžu určiť, že ustanovenie § 161e ods. 2 Obchodného zákonníka sa primerane vzťahuje aj na fyzické osoby podľa § 220r ods. 1 písm. b) Obchodného zákonníka. To znamená, že vylúčenie aplikácie zákazu finančnej asistencie sa vzťahuje nielen na zamestnancov, ako je to pri akciovej spoločnosti (§ 161e ods. 2 Obchodného zákonníka), ale aj na iné fyzické osoby podnikajúce na základe živnostenského oprávnenia alebo na základe iného než živnostenského oprávnenia, ktorých výsledky činnosti pre spoločnosť sú predmetom práv duševného vlastníctva. Zákonodarca však bližšie v dôvodovej správe neuvedol, z akého dôvodu sa rozhodol striktné pravidlá zákazu finančnej asistencie aplikovať aj na jednoduchú spoločnosť na akcie.

Otázne teda zostáva, či by mala slovenská právna úprava zostať zachovaná, alebo by sa mala vydať po smere európskych zmien, a povoliť poskytovanie finančnej asistencie za podmienok *white wash procedure*. Takéto povolenie by odstránilo viaceré problematické polemiky (Smalík, Medvec, 2016: 29).

Nakoľko sme na základe komparácie nedospeli k jednotnému záveru, musíme svoju pozornosť upriamiť na povahu konceptu finančnej pomoci. Poskytnutie finančnej asistencie sa uskutočňuje na základe zmluvy, je teda súkromnoprávnej povahy. Keďže kogentnosť nepochybne znamená obmedzenie princípu autonómie vôle, musí vždy existovať racionálny dôvod, ktorý by toto obmedzenie odôvodňoval. Domnievame sa, že pravidlá finančnej asistencie by mali primerane chrániť záujmy veriteľov a akcionárov spoločnosti, avšak zvýšená ochrana by nemala byť neproporcionalná k rozsahu uplatňovania slobody zo strany spoločnosti. Ak nie je dôvod pre prísnu právnu úpravu pri uzaváraní bežných úverových zmlúv je otázne, prečo by mal byť režim finančnej asistencie v tomto prípade odlišný (Havel, 2004: 464). Keďže právna úprava obchodných spoločností by mala klásiť dôraz na posilnenie princípu zmluvnej autonómie, zastávame názor, že sa žiada formulovať pravidlá obsiahnuté v Obchodnom zákonníku flexibilnejšie. V súčasnosti autonómiu vôle strán nahradzujú do značnej miery kogentné pravidlá, a priestor pre skutočnú autonómiu vôle sa zužuje (banky, zamestnanci), prípadne dokonca celkom stráca (zákaz finančnej asistencie *per se*).

V prípade právej úpravy zákazu finančnej asistencie je teda sloboda strán výrazne obmedzená. Prikláňame sa preto k názoru, že je potrebné prehodnotiť úpravu prísnego zákazu, a to nielen vzhľadom na proklamované problémy s tým spojené (Smalík, Medvec, 2016: 29). Stotožňujeme sa tak s vyjadrením publikovaným takmer pred 15 rokmi, teda v období, kedy sa flexibilita v poskytovaní finančnej asistencie riešila v rámci (budúceho) rekodifikačného procesu súkromného práva v Českej republike „*Stát se totiž pod rouškou ochrany trhu a samotných spoločností pouští do omezení specifického okruhu smluv, aniž*

by zároveň jednoznačne prokázal, že mezi pôjčkou v rámci finančnej asistencia a běžnou pôjčkou podle občanského zákoníku je za splnení běžných podmínek rozdíl [...] soukromé společnosti a její akcionáři jsou chráněni proti vlastnímu jednání, aniž by bylo sociálně prokázáno, že je to žádoucí či vhodné.“ (Havel, 2004: 464).

ZÁVER

Pravidlá upravujúce finančnú asistenciu, obsiahnuté v právnych poriadkoch jednotlivých členských štátov Európskej únie, majú svoj pôvod v tzv. Druhej smernici, ktorá zaviedla pravidlá týkajúce sa finančnej asistencie pre akciové spoločnosti po vzore anglickej právnej úpravy. Uvoľnenie prísnej úpravy finančnej asistencie na európskej úrovni využilo viacero štátov na zmenu svojich vnútrostátnych právnych úprav. Domnievame sa, že slovenský zákonodarca by sa mal vydať cestou flexibilnejšej právnej úpravy poskytovania finančnej asistencie, a to aj s dôrazom na presadzovanie zmluvnej slobody v práve obchodných spoločností.

POUŽITÉ PRAMENE

1. DOLNÝ, J. *Obmedzenia pri výplate dividend – komparácia testov solventnosti*. In Popovič, A. a kol. Zneužitie a iné formy obchádzania práva. Košice: UPJŠ, 2016, s. 69-81. ISBN 978-80-8152-431-8.
2. DAVIES, P. L., WORTHINGTON, S. Gower and Davies' Principles of Modern Company Law. 9th ed. Londýn: Sweet & Maxwell, 2012, 1343 s. ISBN 978-0-414-02272-0.
3. HAVEL, B. Finanční asistence – vzpomínka na budoucnost českého soukromého práva. In *Právní rozhledy*, 2004, č. 12, s. 464 - 467.
4. HOOF, K. The Financial Assistance Prohibition: Origins, Evolution, and Future. In *European Company Law*, 2011, roč. 8, č. 4, s. 157-160.
5. MAMOJKA, M. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Eurokódex, 2016. 1087 s. ISBN 978-80-8155-065-2.
6. MEDVEC, M., SMALIK,M. Poskytovanie finančnej asistencie v právnom prostredí SR In *Biatec*, roč. 24, 2014, č. 5, s. 27-29.
7. MELZER, F.: *Kogentní a dispozitivní právní normy*. In HAVEL, B., PIHERA, V. (eds.) Soukromé právo na cestě. Eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010.
8. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017. 1739 s. ISBN 970-80-8168-573-6.
9. PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár. 5 vyd.* Bratislava: C. H. Beck, 2016, 1666 s. ISBN 978-80- 89603-46-6.
10. RYCHLÝ, T. Tzv. finanční asistence. Česká úprava a evropské perspektivy. In *Právní rozhledy*, 2004, č. 4, s. 141- 147.
11. Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník.
12. Zákon č. 90/2012 Sb. o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích).

KONTAKT NA AUTORA

zofia.mrazova@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

*doc. JUDr. Marianna Novotná, PhD.
doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.¹*

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Zodpovednosť za škodu spôsobenú autonómne a poloautonómne riadenými vozidlami podľa slovenského právneho poriadku²

Liability for damage caused by autonomous and semi-autonomous vehicles under Slovak law

Abstrakt

Najvýznamnejšie automobilky (*Volkswagen, Daimler, Toyota, Tesla, BMW, Volvo*) rovnako ako vedci v Silicon Valley stále naliehavějšie pracují na vývoji, testovaní a používaní autonómnych vozidiel. Štúdia *The National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA)* odhalila, že 94 % dopravných nehôd má na svedomí ľudský faktor (National Highway Traffic Safety Administration, 2016), pričom práve autonómne vozidlá (i keď samozrejme nedokážu eliminovať všetky tieto nehody) môžu významným spôsobom prispiť k zvýšeniu bezpečnosti cestnej dopravy, odborné štúdie uvádzajú zníženie stretov dopravných prostriedkov až o 80 % (Albright et al., 2015).³ Kedže autonómne systémy riadenia sa budú stávať obvyklejšou formou riadenia vozidiel, otázka „Kto by mal niesť právnu zodpovednosť za škodu v prípade ich použitia“ je čoraz aktuálnejšou a diskutovanejšou otázkou (spolu s etickými aspektami transportných algoritmov, ktoré by mali uskutočňovať rozhodnutia vedúce v niektorých prípadoch k vzniku ujmy na zdraví či živote). Príspevok sa snaží ponúknuť pohľad na využiteľnosť (vo vzťahu k vysoko a plnoautonómnym systémom vzhľadom na ich zatial chybajúce bežné využívanie skôr hypotetickú, vo vzťahu k poloautomatickým systémom už reálnu) existujúcich zodpovednostných pravidiel slovenského právneho poriadku na škodové situácie s účasťou polo- a plnoautonómnych vozidiel ako osobných vozidiel využívaných ako prostriedok dopravy na cestných komunikáciách.

¹ doc. JUDr. Marianna Novotná, PhD. a doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD. pôsobia na Katedre občianskeho a obchodného práva Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave.

² Príspevok vznikol v rámci riešenia projektu APVV č. APVV-14-0061 „Rozširovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva“.

³ Ide o odhad, ktorý počíta s masívnym nahradením súčasných stupňov riadenia 0-2, vysokoautomatizovanými a plnoautomatizovanými stupňami riadenia 3-5. Vzhľadom na postupné zavádzanie vozidiel riadených autonómnym systémom však uvedená percentuálna redukcia nehôd nebude nárazová, štúdie uvádzajú, že do roku 2035 by sa táto mala pohybovať v rozmedzí 7 až 15 %.

Kľúčové slová: internet vecí, autonómne vozidlá, zodpovednosť za škodu, zodpovedné subjekty

Abstract

Major automakers (Volkswagen, Daimler, Toyota, Tesla, BMW, Volvo) and Silicon Valley experts are working hard to develop and release fully autonomous cars. The study of the National Highway Traffic Safety Administration revealed that 94 percent of crashes can be tied to a human factor (National Highway Traffic Safety Administration, 2016). Autonomous vehicles would not eliminate all these crashes, however, they should significantly enhance motor vehicle safety, according to expert studies could be the crash frequency reduced by 80 percent (Albright et al., 2015). As autonomous driving is becoming more common, question „Who should be held liable for crashes involving autonomous vehicles“ is an increasingly upcoming and discussed issue (along with the ethical aspects of transportation algorithms that should make decisions leading, in some cases, to injuries or even death). This paper aims to provide an overview of the status of applicability (in relation to high and fully autonomous systems more hypothetical, in relation to semi-autonomous systems already real) of the existing Slovak liability rules in situations involving semi and fully autonomous vehicles that are used by individuals as means of transportation on public roads.

Key words: *internet of things, autonomous driving, liability for damage, subjects liable for damage*

JEL Classification: K13

ÚVOD

Nedeľná noc 18. marca 2018 bola tragickou nielen pre 49-ročnú chodkyňu Elaine Herzberg zo štátu Arizona, USA, ktorá práve v túto noc zomrela v dôsledku stretu s autonómne riadeným vozidlom spoločnosti Uber, ale negatívny dopad mala aj pre samotnú spoločnosť Uber, ktorá si pripísala smutné prvenstvo prvým zaznamenaným usmrtením človeka nárazom vozidla, ktoré bolo riadené roboticky v bežnej prevádzke. Napriek tomu, že prvé závery policajného vyšetrovania smerovali skôr k verzii zavinenia tejto nehody chodkyňou, čoraz výraznejšie zaznievali a zaznievajú i hlasy odborníkov, podľa ktorých došlo popri nedostatku náležitej starostlivosti na strane vodiča Uberu rovnako ako na strane obete aj k zlyhaniu autonómneho systému riadenia, ktorého senzory a kamerové vybavenie vrátane systému Lidar, ktorý vysiela laserové impulzy na

preverovanie okolia, mali detektovať chodkyňu a jej pozíciu na ceste⁴ a náležite reagovať (Calo, Smith, 2018, Arrowood, 2018).

Dopravné nehody či zranenia (v niektorých prípadoch i s fatálnymi následkami) sa v procese vývoja a testovania autonómnych foriem riadenia týmto technológiám nevyhýbali ani pred udalosťou v Arizone. Napr. v roku 2016 na Floride došlo k stretu automobilu Tesla, idúceho v móde „autopilot“ s prívesom nákladného automobilu, ktorý viedol k smrti vodiča Tesly.⁵

Napriek uvedeným tragédiám ako i ďalším nehodám bez fatálnych následkov, ktorých súčasťou boli autonómne vozidlá v ich testovacej prevádzke, je už dnes zrejmé, že vzhľadom k tomu, že absolútnej väčšine nehôd dopravných prostriedkov je spôsobená chybou vodiča, zavedenie poloautonómnych či plnoautonómnych prvkov riadenia zvýši významnou mierou bezpečnosť na cestách vylúčením takých príčin nehôd ako sú prekročenie rýchlosť, riadenie pod vplyvom alkoholu a pod.

V nadväznosti na stále napredujúci vývoj autonómnych technológií riadenia a v spojení so skutočnosťou, že nehody s následným vznikom majetkovej ujmy a ujmy na zdraví, či dokonca na živote budú širšie využívanie i týchto technológií sprevádzat, autorky sa v príspevku zamýšľajú, do akej miery korešponduje technologický pokrok v tejto oblasti s existujúcou slovenskou právnou úpravou deliktného práva, ktoré vo vzťahu k škode spôsobenej dopravným prostriedkom nepočíta momentálne s osobitnou normatívnou úpravou vo vzťahu k autonómnym systémom riadenia. Základná hypotéza spočíva v presvedčení autoriek, že napriek chýbajúcej explicitnej úprave, sa dokážu aj súčasne platné a účinné zodpovednostné normy vysporiadať (i keď v niektorých prípadoch s výrazným prispením výkladových metód) s otázkou, kto, v akom rozsahu a za akých podmienok nesie zodpovednosť za škodu, príčina ktorej spočívala v použíti poloautonómneho alebo autonómneho systému riadenia vozidla.

Samozrejme s využívaním autonómnych vozidiel bude okrem zodpovednostných aspektov spojených množstvo ďalších otázok súvisiacich s využívaním získaných dát, ochranou osobnosti, etickými aspektami a pod. (pozri napr. Collingwood, 2017: 32-45), ktoré však nie sú predmetom skúmania tohto príspevku.

1. AUTONÓMNE A POLOAUTONÓMNE SYSTÉMY RIADENIA VOZIDIEL

Technické riešenia systémov autonómnosti vozidla môžu vzhľadom k zvolenému riešeniu úrovne samostatnosti riadenia vozidla variovať od situácií, v ktorých systémy vozidla nepreberajú nad vozidlom žiadnu kontrolu (túto má vodič), avšak dokážu

⁴ Uber v máji 2018 vydal stanovisko, podľa ktorého bol pravdepodobnou príčinou kolízie prototypu autonómneho vozidla problém v softwari, úlohou ktorého je rozhodnúť, akým spôsobom má vozidlo reagovať na objekty, ktoré detektuje. Senzory vozidla zistili súčasť prítomnosti chodkyne, ktorá prechádzala cez cestu s bicyklom, avšak software rozhodol, že vozidlo nemusí reagovať okamžite. Uvedené rozhodnutie bolo výsledkom algoritmu, podľa ktorého má software Uberu, rovnako ako software iných autonómnych systémov ignorovať falošne pozitívne objekty resp. objekty, ktoré sú súčasťou jazdnnej dráhe vozidla, avšak pre vozidlo nepredstavujú problém (napr. plastový sáčok v povetri). (Efrati, 2018).

⁵ Tento prípad bol prvým medializovaným prípadom samostatne riadeného vozidla s fatálnymi následkami, je však potrebné uviesť, že pred nehodou varoval systém vozidla vodiča, aby deaktivoval mód autopilota a prevzal riadenie nad vozidlom.

upozorniť vodiča výstražným znamením (zvukovým, obrazovým na displeji) na nebezpečenstvo (napr. výstraha poklesu vonkajšej teploty pod určitú hranicu so vznikom nebezpečenstva šmyku) až po situácii, kedy vozidlo preberá kompletné riadenie, pričom pasažier („vodič“) určí iba cieľovú destináciu príp. celý systém autonómneho riadenia spustí.

S cieľom zachytiť určité spoločné črty jednotlivých úrovní autonómie riadenia a zaradiť ich na podklade spoločných alebo podobných atribútov do určitých kategórií, bola nezávisle viacerými organizáciami⁶ vypracovaná (skôr deskriptívno-technická ako normatívna) kategorizácia úrovní autonómneho riadenia vozidiel, ktorú následne ako určitý referenčný rámec využíva i legislatíva a doktrína.

Podľa miery (úrovne) autonómnosti systému riadenia vozidla sú tieto obvykle zaradované do šiestich kategórií označovaných ako úroveň 0-5.⁷ Medzi uvádzanou kategóriou 0, kedy vzhľadom na technické riešenie a absolútну kontrolu riadenia vodičom o autonómnosti vozidla nemožno uvažovať a kategóriou 5, kedy sa úloha vodiča v dôsledku úplnej autonómnosti systému redukuje na púheho pasažiera, môže miera samostatného riadenia systémom variovať.

1.1. Asistenčné a poloautonómne systémy

Všeobecne sa za úroveň autonómie 1 považujú systémy, kedy je vozidlo schopné aspoň v určitom ohľade samostatnej jazdy (riadenie, zrýchlenie, spomalenie), pričom však vodič musí byť pripravený kedykoľvek prevziať riadenie resp. ide o spoločné pôsobenie ľudského riadenia a systému (systém automatického parkovania, kedy systém dáva vodičovi pokyny na brzdenie a jazdu vpred a vzad, preberá však funkciu samotného zaparkovania, systém jazdy v pruhoch s korekciou dráhy jazdy a pod.). V tomto ponímaní ide teda o rôzne formy asistenčných systémov, ktoré poskytujú vodičovi pomoc a podporu.

Miera autonómie v kategórii 2 predpokladá samostatné riadenie vozidla (zrýchľovanie, brzdenie, odbočovanie), t.j. v určitých aspektoch nejde už o spoločné pôsobenie ľudského riadenia a systému, ale len o pôsobenie autonómneho systému. Vodič však nadálej musí sledovať okolie a vykonávať všetky ostávajúce aspeky riadenia vozidla, ktoré nie sú prenechané systému. Ide o čiastočne automatizované systémy, ktoré sú schopné prevziať niektoré komplexné funkcie, napr. automatické zaparkovanie vozidla do vlastnej garáže prostredníctvom riadenia cez smartfón, kedy však vodič musí mať z bezpečnostných dôvodov stále hmatový kontakt s obrazovkou a pre prípad, že by vodič kontakt s obrazovkou stratil, vozidlo automaticky zabrzdi.

⁶ Najznámejsia a pravdepodobne najčastejšie využívaná kategorizácia úrovni 0-5 bola vytvorená Society of Automotive Engineers (SAE). Obdobnú kategorizáciu vytvoril nemecký Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt), ktorý autonómne systémy zoradil do piatich skupín Driver only, Assistiert (Assisted), Teilautomatisiert (Partially automated), Hochautomatisiert (Highly automated), Vollautomatisiert (Fully automated). US National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) vytvoril kategórie 0, 1, 2, 3 a 3/4. Napriek tomu, že uvedené kategorizácie sa úplne vzájomne neprekryvajú, jednotlivé kategórie vzhľadom na styčné body definujúce tieto jednotlivé úrovne viac-menej korešpondujú.

⁷ Úrovne autonómnosti sa vzťahujú k systému riadenia, nie k vozidlu ako takému.

1.2. Vysokoautonómne a plnoautonómne systémy

Počínajúc autonómou úrovňou 3⁸ je autonómny riadiaci systém schopný monitorovať prostredie, v ktorom sa pohybuje, rozdiel je však v situáciach vyžadujúcich zásah vodiča do riadenia autopilota príp. prostredie alebo situácie, v ktorom sa dané vozidlo môže pohybovať (napr. výlučne diaľnice alebo dopravné zápchy).

Pri tretej úrovni („eyes off“) je schopný autonómny systém kontrolovať riadenie a zároveň monitorovať prostredie v ktorom sa pohybuje, od vodiča sa však vyžaduje, že bude schopný zodpovedajúco reagovať na požiadavku systému zasiahnut’ do riadenia vozidla. Pri štvrtej úrovni („mind off“) s vysokou mierou autonómnosti dokáže systém autopilota zvládnuť väčšinu riadiacich módov prakticky za všetkých okolností s výnimkou výnimočných poveternostných podmienok (príp. v stave inej núdze) a to aj v prípade, ak ľudský faktor riadenia nedokáže zodpovedajúco zareagovať na požiadavku zasiahnut’. Plná automatizácia na úrovni 5 („steering wheel optional“) predstavuje úplné vykonávanie všetkých riadiacich módov na akýchkoľvek cestách a za akýchkoľvek poveternostných podmienok,⁹ ktoré dokáže zvládnuť ľudský prvok riadenia, pričom osoby sediace vo vozidle sú v tomto prípade iba v postavení pasažiera, ktorý nemôže zasahovať do riadenia (z tohto dôvodu nie je potrebné ani vodičské oprávnenie) príp. žiadny človek nemusí byť vo vozidle ani prítomný. Ide o úplnú autonómiu jazdy, ktorú uskutočňujú robotické vozidlá vybavené umelou inteligenciou (Porovnaj Smith, 2013; Pehm, 2018).

2. ZODPOVEDNOSTNÉ PRAVIDLÁ SLOVENSKÉHO PRÁVNEHO PORIADKU APLIKOVATELNÉ NA VZNIK ŠKODY SPÔSOBENEJ AUTONÓMNYMI SYSTÉMAMI RIADENIA

Z hľadiska dostupných zodpovednostných právnych prostriedkov ochrany, ktoré slovenské právo ponúka, budú v prípade spôsobenia škody autonómnym vozidlom prichádzat’ najčastejšie do úvahy skutková podstata zodpovednosti za škodu spôsobenú zavineným protiprávnym konaním vo vzťahu k vodičovi, ktorý porušil svoju povinnosť a nepodarilo sa mu exkulpovať (§ 420 OZ) a skutková podstata zodpovednosti za škodu spôsobenú povahou prevádzky dopravného prostriedku vo vzťahu k prevádzkovateľovi dopravného prostriedku, ktorý zodpovedá na podklade objektívnej zodpovednosti za škodu spôsobenú povahou prevádzky dopravného prostriedku, ktorý prevádzkuje (§ 427 a nasl. OZ). Prevádzkovateľ zodpovedá v tomto prípade bez ohľadu nielen na svoje zavinenie, ale aj bez ohľadu na porušenie akéjkoľvek povinnosti. Z praktického hľadiska menej často by do úvahy za určitých okolností prichádzala i zodpovednosť výrobcu autonómneho systému riadenia, a to najmä v prípadoch, ak by príčinou vzniku škody bola vada autonómneho systému riadenia vozidla, kedy možno výrobcovi uložiť zodpovednosť za škodu spôsobenú vadným výrobkom na základe osobitného právneho predpisu (zákon o zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom). Vylúčená však nie je ani

⁸ Uvedenie vozidiel s autonómnym stupňom 3 na trh sa podľa expertov predpokladá najskôr v roku 2020.

⁹ Kedže jazda v nepriaznivom počasí je náročná nielen pre vodičov, ale i pre vozidlá s autopilotom, spoločnosť Bosch začala spolupracovať s finskou spoločnosťou Foreca, portfólio ktorej tvoria predpovede počasia, na vývoji služby, ktorá má zvýšiť bezpečnosť autonómnej jazdy v rizikových podmienkach. (Bližšie Procházka, 2018).

zodpovednosť výrobcu vyvodzovaná z jeho zavineného porušenia právnej povinnosti (§ 420 OZ).

Výnimočne možno vo vzťahu k autonómnym vozidlám uvažovať i o iných subjektoch zodpovednosti, napr. v situáciách, ak sa hacker nabúra do systému autonómneho riadenia vozidla (pozri Erben, 2015) a zvonku prevezme kontrolu nad vozidlom¹⁰ alebo pozmení dátu, ktoré sústredenie vyhodnocuje takým spôsobom, že vytvorí obraz, ktorý by sice človek vyhodnotil správne, avšak autopilot (počítač) ho interpretuje nesprávne a spôsobí v dôsledku takéhoto konania nehodu.

Poškodeným môže byť akákoľvek osoba, ktorej vznikla autonómny vozidlom ujma (osoba, ktorá bola zasiahnutá prevádzkou dopravného prostriedku), pričom môže ísť o osobu, ktorá je zúčastnená na prevádzke dopravného prostriedku resp. dopravy, z ktorých vznikla škoda (cestujúci, spolucestujúci), o osobu, ktorá je zúčastnená na prevádzke iného dopravného prostriedku (cyklista zrazený autonómny vozidlom) ale aj o osobu, ktorá nie je zúčastnená na žiadnej prevádzke dopravného prostriedku resp. dopravy (chodec zranený na prechode nárazom autonómneho vozidla).

2.1. Zodpovednosť prevádzkovateľa dopravného prostriedku¹¹

Zodpovednosť za škodu spôsobenú prevádzkou dopravného prostriedku patrí medzi tie prípady zodpovednosti za škodu, v ktorých sa potreba právneho pripísania zodpovednosti určitému subjektu odvíja od miery nebezpečenstva (rizika), ktoré so sebou daná prevádzka prináša. Miera rizika prevádzky dopravných prostriedkov determinuje povahu zodpovednosti ako sprísnenej objektívnej zodpovednosti uloženej subjektu, ktorý toto zvýšené riziko vyvoláva a má z neho úžitok; z tohto dôvodu by teda mal znášať aj nepriaznivé následky, ktoré vznikli realizáciou tohto rizika. Napriek tomu, že riziko prevádzky autonómnych vozidiel zjavne nedosahuje rozsah rizika a mieru neovládateľnosti zvlášť nebezpečnej prevádzky (napriek identickému zodpovednostnému právnemu režimu, ktorým sa oba druhy prevádzok spravujú) a dokonca možno polemizovať aj o tom, či zvýšené riziko ako definičný znak osobitného charakteru prevádzky dopravných prostriedkov nie je v súčasnosti skôr historickým reluktom ako realitou, ostáva určité špecifické riziko ich prevádzky naďalej jedným z dôvodov charakteru tohto druhu zodpovednosti ako objektívnej (Novotná, 2015). Zodpovednosť uložená prevádzkovateľovi, t.j. subjektu, ktorý sa na spôsobení vzniku škody nemusel reálne vôbec podieľať, vychádza z ponímania vozidla ako určitého uzavretého systému,

¹⁰ V roku 2015 sa dvojica hackerov nabúrala v rámci riadeného experimentu (ktorý bol uskutočnený v bežnej doprave) do systémov vozidla Jeep Cherokee formou vzdialenosťného hackovania pripojeného vozidla. „Útočníci“ mohli na diaľku ovládať klimatizáciu a iné kabínové prvky, vyradili z prevádzky automatickú prevodovku a odstavili brzdy. Mohli dokonca prevziať riadenie vozidla v prípade, ak bola zaradená spiatočka. (Bližšie pozri Greenberg, 2015).

¹¹ Sprísnená zodpovednosť, ktorá nie je založená na zavinení a ktorá postihuje subjekty určitým spôsobom ovládajúce (predovšetkým) motorové vozidlá, je v súčasnosti takmer spoločným jadrom európskych právnych úprav. Aj tie krajinys, ktoré takúto povahu právnej úpravy nezakotvujú, sa budú prostredníctvom mechanizmov poistenia (napr. škandinávske krajinys) alebo prostredníctvom úpravy vyššieho standardu starostlivosti držiteľov motorových vozidiel, dostanú prakticky k rovnakým výsledkom ako v prípade sprísnenej zodpovednosti (Novotná, 2015: 1403).

ktorý je charakteristický špecifickými rizikami prevádzky, za ktoré nesie (sprísnenú) zodpovednosť prevádzkovateľ.

Zodpovednosť za škodu spôsobenú prevádzkou dopravného prostriedku je koncentrovaná v osobe prevádzkovateľa dopravy (427 ods. 1 OZ) alebo prevádzkovateľa dopravného prostriedku (427 ods. 2 OZ), vo vzťahu k využitiu autonómnych systémov má toto delenie význam najmä vo vzťahu k vývoju autonómnych kameiónov, kde by zodpovednosť niesol prevádzkovateľ dopravy a k vývoju bežných automobilov slúžiacich individuálnym potrebám ich používateľov, kde by zodpovednosť niesol prevádzkovateľ dopravného prostriedku. Svojou podstatou ide o mechanizmus právneho prenesenia zodpovednosti na právnym predpisom stanovený subjekt, ktorý vylučuje zo zodpovednosti za škodu spôsobenú povahou prevádzky dopravy resp. dopravného prostriedku (s výnimkou § 430 OZ) akékoľvek iné osoby, ktoré sa určitým spôsobom pričinili resp. prispeli k vzniku škody (vodič, výrobca vadného dopravného prostriedku). Zodpovednosť týchto osôb však nie je vylúčená na základe iných ustanovení OZ (§ 420) príp. osobitných právnych predpisov (napr. zákon o zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom).

Prechod od dnes bežne využívaných asistenčných systémov riadenia, vo vzťahu k využívaniu ktorých zodpovedá prevádzkovateľ v súlade s § 427 a nasl. OZ za škodu spôsobenú vozidlom, ktoré je týmito asistenčnými systémami vybavené (a to aj v prípade, ak k vzniku škody viedli vady čiastočne autonómneho (asistenčného) systému riadenia alebo jeho nesprávna obsluha príp. neuposlúchnutie výzvy systému),¹² k vysokoautomatizovaným alebo plnoautomatizovaným vozidlám, by sa výraznejšie nemal dotknúť zodpovednosti prevádzkovateľa. Riziko prevádzky systému vozidla ako celku, odôvodňujúce založenie sprísnenej zodpovednosti, sa ani vstupom autonómneho systému riadenia do tohto celku vo všeobecnosti nemení (možno samozrejme polemizovať o miere tohto rizika vzhľadom k eliminácii ľudského faktora). Naopak, k existujúcim atribútom povahy prevádzky vozidla, ktoré momentálne plynú najmä z fyzikálnych charakteristík prevádzky dopravného prostriedku a ktoré odlišujú prevádzku dopravného prostriedku od iných druhov prevádzky, sa v prípade autonómnych vozidiel prídá ďalší, ktorým je práve špecifikum robotického riadenia prostredníctvom algoritmov, na základe ktorých systém vyhodnocuje situáciu a rieši ju.

Zodpovednosť prevádzkovateľa podľa § 427 OZ ostáva zachovaná aj v prípade, ak neboli vodičom dopravného prostriedku, povahou prevádzky ktorého bola spôsobená škoda a reálne sa teda na vzniku škody nepodieľal. Zodpovednosť prevádzkovateľa, ktorá je aj v tomto prípade daná na základe samotnej existencie kvalifikovanej škodnej udalosti majúcej svoj pôvod v prevádzke, však nevylučuje zodpovednosť vodiča dopravného prostriedku, ktorý spôsobil škodu pri tejto škodnej udalosti zavineným porušením právej povinnosti (§ 420 ods. 1 OZ).

2.2. Zodpovednosť vodiča dopravného prostriedku

Postavenie vodiča vo vzťahu k poloautonómнемu systému riadenia nespôsobuje pri riešení zodpovednostných aspektov väčšinou problémy, keďže subjekt, ktorý vykonáva aktívne riadenie vozidla, je povinný sledovať a kontrolovať systémy riadenia a zároveň je

¹² Zodpovednosť iných subjektov, u ktorých ju možno vyvodiť na základe iných civilnoprávnych ustanovení, nie je týmto dotknutá.

povinný kedykoľvek do činnosti systému zasiahnuť, ak tento nereaguje vôbec alebo nereaguje správne, rovnako je povinný reagovať na výzvy systému na prevzatie riadenia. V prípade nedostatkov v kooperácii na strane vodiča so systémom poloautonómneho riadenia môžu tieto viest' k zavineniu vodiča a vyvodeniu jeho zodpovednosti za spôsobenú škodu.

V prípade vysokoautonómnych, ale predovšetkým v prípade plnoautonómnych vozidiel je vymedzenie subjektu, ktorého možno označiť za vodiča (t.j. subjekt, ktorý viedie, riadi vozidlo) mierne problematické, keďže riadenie v týchto prípadoch preberá počítač a ľudský faktor je v ňom zastúpený minimálne alebo dokonca vôbec.¹³

Nemecký zákon o cestnej premávke (Straßenverkehrsgesetz) po svojej novelizácii z r. 2017 považuje za vodiča aj toho, kto aktivuje vysokoautonómnu alebo plnoautonómnu funkciu jazdy a použije ju k riadeniu vozidla a to aj v prípade, ak v rámci určeného použitia tejto funkcie neradi sám vozidlo. Tento zákon zároveň výslovne stanovuje práva a povinnosti vodiča pri využívaní vysoko alebo plnoautonómnych systémov riadenia, spočívajúce v práve vodiča nevenovať sa pri použití daných systémov riadeniu vozidla a premávke (dianiu okolo), pričom však musí byť pripravený prevziať okamžite riadenie vozidla, ak je na to systémom vyzvaný alebo ak zistí alebo na základe zrejmých okolností musel zistíť, že predpoklady pre určené použitie¹⁴ vysoko a plnoautonómnych jazdných funkcií už nie sú dané (Straßenverkehrsgesetz, § 1b), napr. že príliš hustý dážď narušuje činnosť senzorov.

Vo vzťahu k aplikovateľnosti existujúcej slovenskej pravnej úpravy, nie je chýbajúce vymedzenie subjektu vodiča pri využívaní funkcií vysokoautonómnych a plnoautonómnych vozidiel a absentujúce explicitné normatívne zakotvenie práv a povinností týchto subjektov vo vzťahu k autonómному systému riadenia zásadnejšou prekážkou pri vyvodení zodpovednosti založenej na zavinení, ktorú by nebolo možné za súčasného stavu prekonáť. Je zrejmé, že ak subjekt, sediaci za volantom, reálne vozidlo nevedie, v rozsahu, v ktorom je vedenie prenechané vysoko- alebo plnoautonómemu systému¹⁵ sa na túto osobu nevzťahujú povinnosti vodiča, vymedzené v cestnom zákone, ktoré sú použitím daných systémov riadenia z povahy veci vylúčené (napr. venovať sa plne vedeniu vozidla, sledovať situáciu v cestnej premávke, zabezpečiť pred jazdou a počas jazdy, aby sa vo výhľadovom poli vodiča nenachádzali predmety, ktoré môžu odvádzat' pozornosť od bezpečného vedenia vozidla a pod.). Tam, kde so zohľadnením stupňa autonómnosti riadenia 3 až 5 nepostačuje vymedzenie konkrétnej zákonnej

¹³ Slovenský cestný zákon definuje vodiča v § 2 ods. 2 písm. v) ako osobu, ktorá viedie vozidlo, čo v kontexte plnoautonómnych systémov riadenia viedie k výkladovej neistote, keďže riadenie má robotický charakter.

¹⁴ V zmysle § 1a ods. 1 nemeckého Straßenverkehrsgesetz je prevádzka dopravného prostriedku prostredníctvom vysoko alebo plnoautomatizovaných systémov riadenia prípustná vtedy, ak je systém používaný v súlade so svojím určením. Uvedené znamená, že ak je napr. daný systém riadenia určený pre použitie na diaľnici, nemožno ho používať na bežných cestných komunikáciách.

¹⁵ Uvedené neplatí pre poloautonómne systémy riadenia (stupeň autonómnosti 1-2), v rámci ktorého má systém iba podpornú (pomocnú) povahu, avšak ľacha riadenia (t.j. i povinnosť zasiahnuť v prípade zlyhania systému) spočíva nadalej na vodičovi.

povinnosti vodiča (napr. povinnosť sledovať situáciu v cestnej premávke pri stupni autonómnosti 3 a 4, ktorú možno vyvodiť z cestného zákona) možno normatívne nezachytené povinnosti vyvodiť na účely založenia zodpovednosťného vzťahu zo spôsobenej škody zo všeobecnej zákonnej povinnosti § 415 OZ a jeho výkladu očakávaného štandardu starostlivosti (bližšie pozri Melzer, 2002) subjektu využívajúceho systémy autonómneho riadenia (napr. ak sa vodič venuje pri využívaní autonómneho stupňa 3 činnosti, ktorá nepriaznivo ovplyvňuje alebo znemožňuje prevzatie kontroly na výzvu systému alebo umožňuje prevzatie riadenia až s výrazným omeškaním).

Vo vzťahu k zodpovednosti vodiča platí, že pokiaľ ide o zodpovednosť za škodu spôsobenú vozidlami bez autonómneho systému riadenia alebo s tzv. poloautonómnym systémom riadenia, t.j. úroveň autonómie 0 – 2, uplatnia sa zodpovednosťné pravidlá ukladajúce povinnosť k náhrade škody vodičovi na podklade zodpovednosti za zavinenie (§ 420 OZ), keďže v rámci daných úrovní poloautomatického riadenia je povinnosťou vodiča sledovať a kontrolovať tieto systémy a zároveň byť schopný kedykoľvek do činnosti systému zasiahnuť príp. reagovať na výzvy systému. Keďže zavinenie vo forme nevedomej nedbanlivosti sa predpokladá, ak sa vodičovi nepodarí preukázať, že škodu nezavinil, zodpovedá za ňu aj v prípade, ak k vzniku škody viedli alebo čiastočne prispeli aj poloautonómne systémy riadenia. Ak sa mu naopak podarí vzhľadom na obrátené dôkazné bremeno zavinenia preukázať, že škodu nezavinil (napr. pri úrovni automatizácie 2 preukáže, že napriek nesprávnemu fungovaniu systému a adekvátnej reakcii vodiča bola situácia vyvolaná použitím daného systému vodičom neovládateľná), zodpovednosti sa zbaví.

V prípade vysoko autonómnych systémov riadenia (stupeň autonómnosti 3 a viac) sa vzhľadom na výraznú redukciu ľudského faktora riadenia možnosti uplatňovania nárokov z náhrady škody voči vodičovi znižujú, keďže riadenie (rozhodovaciu i výkonnú časť) vykonáva počítač. Zodpovednosť vodiča však nie je dotknutá vtedy, ak i v prípade automatizovaného riadenia možno v príčinnej súvislosti so vznikom škody ustáliť zavinenie vodiča (napr. v prípade, ak nereaguje na výzvu na prevzatie riadenia).

Pokiaľ ide o vzťah prevádzkovateľa a vodiča ako odlišných subjektov, ustanovenie § 427 a nasl. OZ upravujúce osobitnú zodpovednosť nie je vo vzťahu k všeobecnej zodpovednosti podľa § 420 OZ ustanovením špeciálnym, ale obe skutkové podstaty stojia vedľa seba. Poškodený tak môže uplatňovať právo na náhradu škody voči prevádzkovateľovi autonómneho vozidla podľa § 427 OZ na základe objektívneho princípu rovnako ako voči vodičovi dopravného prostriedku podľa § 420 OZ na základe zodpovednosti založenej na predpokladanom zavinení (porovnaj NS ČR 32 Cdo 2837/2006). Vzhľadom na pluralitu zodpovedných subjektov budú tieto zodpovedať voči poškodenému spoločne a nerozdielene (§ 438), v dôsledku čoho nie je vylučené, aby si poškodený uplatňoval právo na náhradu škody len voči jednému z nich.

2.3. Zodpovednosť výrobcu¹⁶

Otázka, z ktorej je potrebné vo vzťahu k zodpovednosti výrobcu autonómnych vozidiel vychádzať je, či výrobca nesie (mal by znášať) zodpovednosť tak za situácie, kedy k vzniku škody viedol chybný algoritmus alebo iná chyba v software riadenia autonómneho vozidla, ako aj za situácie, kedy k vzniku škody došlo v dôsledku rozhodnutia autonómneho systému (náraz do protidúceho vozidla, aby sa systém vyhol chodcovi, ktorý nečakane vstúpil do vozovky), avšak systém riadenia nevykazoval žiadnu vadu (naopak, konal v súlade s algoritmom). Základnou premisou pri zodpovedaní položenej otázky je skutočnosť, že autonómne vozidlo nie je typickým deterministickým výrobkom (Zipp, 2016: 162). Práve naopak, autonómne vozidlá sú produktmi, ktoré uskutočňujú vlastné rozhodnutia ako odpoveď na vyhodnotenie situácie, ktorá ho obklopuje, sice podľa naprogramovaných algoritmov, avšak stále na základe vlastného zhodnotenia všetkých vstupných premenných.

Explicitne je zodpovednosť výrobcu v slovenskom právnom poriadku upravená v zákone o zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom (ďalej ako ZZŠVV), ktorý je výsledkom transpozície smernice Rady 85/374/EHS o aproximácii zákonov, nariadení a administratívnych opatrení členských štátov, týkajúcich sa zodpovednosti za vadné výrobky. Už z názvu je zrejmé, že zodpovednosť je v tomto kontexte výrobcovi uložená iba v prípade, ak výrobok vykazoval vadu, t.j. poškodený by musel preukázať, že vozidlo v čase jeho uvedenia na trh malo vadu v programovom vybavení riadiaceho systému alebo inú konštrukčnú, dizajnovú či inú vadu, ktorá bola príčinou vzniku škody, pričom vozidlo sa považuje za vadné, ak nezararuje bezpečnosť jeho použitia, ktorú možno od neho odôvodnenie očakávať. Pravdepodobne platí, že ak sa autonómne vozidlá stanú komerčne dostupnými, bežný spotrebiteľ môže očakávať minimálne takú bezpečnosť prevádzky autonómneho vozidla, akú je možné očakávať od človekom riadeného vozidla resp. jeho očakávania na bezpečnosť jeho použitia môžu byť vyššie a to nielen vzhľadom na deklarované znižovanie nehodovosti elimináciou ľudského faktora tak odborníkmi ako aj výrobcami (Geistfeld, 2017: 1638).

Využiteľnosť právneho predpisu, ktorý neboli konštruovaný s víziou nástupu autonómnych technológií, má v tomto smere svoje limity, vyplývajúce najmä z jeho povahy ako prospotrebiteľsky orientovanej úpravy, priznávajúcej aktívnu legitimáciu iba

¹⁶ Na základe prieskumu pre Digitalverband Bitkom uskutočnej medzi členmi predsedníctva a konateľmi v automobilovom priemysle s 20 a viac zamestnancami, v rámci ktorého sa mali vyjadriť k otázke, kto by mal zodpovedať za škodu, ktorá bola spôsobená autonómne riadenými vozidlami, až 42 % respondentov uviedlo subjekt, ktorý daný software riadenia vyvinul a ponúka. Na druhom mieste s 21 % sa v prieskume umiestnil vodič ako zodpovedná osoba. Iba 19 % respondentov v automobilovom priemysle uviedlo výrobcu vozidla ako zodpovedný subjekt a iba 12 % sa vyslovilo pre prevádzkovateľa vozidla ako toho, kto by mal niesť zodpovednosť za spôsobenú škodu. Zdroj: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH (dostupné on-line na <https://www.springerprofessional.de/en/automatisiertes-fahren/versicherung/wer-haftet-fuer-mein-autonomes-auto-/15267628>). Obdobné výsledky (s prihliadnutím na subjekty dopytovaných a ich záujmy) boli dosiahnuté v prieskume uskutočnenom na vzorke 10006 nemeckých občanov, ktorí by primárne uložili zodpovednosť poskytovateľom softwaru autonómneho riadenia (38 %), výrobcom vozidiel (35 %) a na poslednom miesto bol uvádzaný vodič (19 % respondentov).

(Dostupné on-line na <https://www.springerprofessional.de/en/automatisiertes-fahren/versicherung/wer-haftet-fuer-mein-autonomes-auto-/15267628>).

takému poškodenému, ktorému bola spôsobená ujma na zdraví alebo na živote alebo škoda na inej veci, ako je sám vadný výrobok, pričom táto iná vec musí byť obvykle určená na osobné použitie alebo osobnú spotrebu a poškodenému na tento účel prevažne slúžiť¹⁷. Z uvedeného vyplýva, že sprísnená zodpovednosť výrobcu podľa zákona o zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom sa nebude vzťahovať na škody spôsobené autonómnymi vozidlami na verejných statkoch, obecnom majetku, vozidlách, ktoré nie sú používané na osobné použitie (napr. firemné vozidlá) alebo na vozidlách v rámci car-sharingu.

V prípade vady autonómneho systému platí, že i napriek určitým limitom (či už formou maximalizácie zodpovednosti výrobcu (§ 6 ods. 2 ZZŠVV) alebo obmedzeného okruhu aktívne legitimovaných subjektov), zodpovednosť za vadu autonómneho systému možno voči výrobcovi vyvodiť. Bude (mal by) však výrobca zodpovedať aj v situácii, kedy príčinou ujmy na živote, na zdraví alebo na majetku spôsobenej autonómnym vozidlom nebol žiadny vadný senzor alebo chyba v počítačovom programe vozidla? Čo ak by išlo o situáciu, kedy k vzniku škody viedla práve povaha prevádzky autonómneho vozidla, ktorou v tomto prípade bola schopnosť vozidla vlastného rozhodovania podľa algoritmu, v rámci ktorého sa systém riadenia rozhodol, avšak dané rozhodnutie viedlo k vzniku škody? V prípadoch nehody so vznikom škody, ktorá bola dôsledkom rozhodnutia, ktoré uskutočnil pri riadení autonómny systém riadenia, by voči výrobcovi nemala byť za takto spôsobenú škodu vyvodzovaná zodpovednosť (Zipp, 2016). Ako sa však prístup k zodpovednosti výrobcu za autonómne systémy riadenia v budúcnosti vyvinie, nie je momentálne možné predvídať. Určité smerovanie však môžu naznačovať vyjadrenia švédskej automobilky Volvo, ktorá vyhlásila, že pri nehodách s ich autonómnymi vozidlami chce do budúcnosti prevziať plnú zodpovednosť.

Zodpovednosť výrobcu sa za súčasného stavu právnej úpravy aplikuje na škody spôsobené autonómnymi vozidlami neobmedzuje výlučne na zodpovednosť za vady systému, ktoré viedli k vzniku škody. Naopak, nemožno opomenúť i možnosť uloženia zodpovednosti výrobcovi za zavinéne protiprávne konanie, ktorá nastupuje v prípade, ak výrobca koná v rozpore so svojimi zmluvnými či zákonnými povinnosťami a v dôsledku zavineného porušenia takejto povinnosti vznikne inej osobe škoda (napr. ak výrobcu nestiahne z obehu autonómne vozidlá, po tom, čo sa zistili bezpečnostné riziká alebo ak výrobcu neriese jemu známe riziko prostredníctvom aktualizácie softwaru a pod.).

ZÁVER

Výrobcovia vozidiel s autonómou formou riadenia,¹⁷ ktoré sú momentálne v štádiu vývoja a testovania (i v podmienkach bežnej premávky) avizujú dostupnosť týchto vozidiel na trhu v nie tak d'alejkej budúcnosti, pričom od ich uvedenia na trh bude len krok k ich masovému využívaniu nielen v segmente nákladnej dopravy ale i individuálnej dopravy vrátane poskytovania prepravných a doručovacích služieb (taxíky, rozvoz jedla, donáška balíkov) rovnako ako v segmente zdieľanej ekonomiky.

Nešťastia, ku ktorým došlo v rámci testovacej prevádzky a ku ktorým bude jednoznačne dochádzať i pri bežnom využívaní dopravných prostriedkov riadených

¹⁷ Momentálne využívané „autonómne systémy“ nie sú autonómnymi systémami v ich ponímaní vysoko resp. plnoautonómnych foriem riadenia a stále ide, i keď o sofistikovaný, ale stále iba asistenčný systém, ktorý vyžaduje plnú pozornosť vodiča.

roboticky ukazujú, že právna stránka vyriešenia zodpovednostných aspektov týchto technológií je minimálne tak dôležitá ako vývoj a zdokonalovanie samotnej technológie autonómnych vozidiel. I napriek myšlienke Smitha, že vozidlá budúcnosti patria do sveta budúcnosti a nie do toho dnešného (Smith, 2014), existujúce pravidlá slovenského právneho poriadku sú schopné vysporiadať sa už v existujúcej forme s otázkou zodpovednosti za škodu, spôsobenú autonómnymi vozidlami, určitá precízacia právnej úpravy, najmä pokial ide o práva a povinnosti „vodiča“ polo- a plnoautonómneho vozidla, však bude *pro futuro* žiaduca. Inšpiráciou môžu byť právne poriadky, ktoré predbehli samotný technologický vývoj a napriek stále testovacej fáze využívania autonómnych vozidiel, normatívne umožnili využívanie autonómnych vozidiel v cestnej premávke a dotkli sa aj otázok zodpovednosti za škodu, spôsobenú práve využívaním autonómnych systémov riadenia. Jedným z príkladov za všetky je novelizácia nemeckého zákona o cestnej premávke (Straßenverkehrsgesetz), v rámci ktorej bola ľudská forma riadenia vozidla zrovnoprávnená s autonómnym (počítačovo riadeným) riadením vozidla (stupeň autonómnosti riadenia 4 a 5, t.j. vysoký stupeň automatizácie riadenia a plnoautomatizované riadenie) a zároveň boli vymedzené práva a povinnosti subjektov pri využívaní autonómnych foriem riadenia.

POUŽITÉ PRAMENE

1. ALBRIGHT, J. et al. Automobile insurance in the era of autonomous vehicles. Survey results. (2015).
Dostupné na <https://home.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/05/kpmg-automobile-insurance-in-era-autonomous.pdf>
2. COLLINGWOOD, L. Privacy implications and liability issues of autonomous vehicles. In: *Information and Communications Technology Law*. ISSN 1360-0834, roč. 26, 2017, č. 1, s. 32-45.
3. EFRATI, A. Uber Finds Deadly Accident Likely Caused By Software Set to Ignore Objects On Road. Dostupné na <https://www.theinformation.com/articles/uber-finds-deadly-accident-likely-caused-by-software-set-to-ignore-objects-on-road?shared=56c9f0114b0bb781>.
4. ERBEN, L. Nejnovější cíl hackerů? Připojená auta. Hacknout jdou už i na dálku. (2015)
Dostupné na <https://www.lupa.cz/clanky/nejnovejsi-cil-hackeru-priponena-autahacknout-jdou-uz-i-na-dalku/>
5. GEISTFELD, M. A. A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation. In: *California Law Review*. Roč. 105, 2017, č. 12, s. 1611–1694.
6. GREENBERG, A. Hackers remotely kill a jeep on the highway – with me in it. Dostupné na <https://www.wired.com/2015/07/hackers-remotely-kill-jeep-highway>
7. MELZER, F. Ustanovení § 415 občanského zákoníku a stanovení protipravnosti jako předpokladu náhrady škody podle občanského zákoníku. In: *Časopis pro právny vede a praxi*. ISSN 1210-9126, roč. 10, 2002, č. 3, s. 265-271.
8. NATIONAL HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMINISTRATION Federal Automated Vehicles Policy: Accelerating the Next Revolution in Roadway Safety 5 (2016). Dostupné na www.transportation.gov/AV.

9. NOVOTNÁ, M. Zodpovednosť za škodu spôsobenú prevádzkou dopravných prostriedkov. In Števček, M. et al. *Občiansky zákonník. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2015. 1403-1446 s. ISBN 978-80-7400-597-8.
10. PEHM, J. Haftung für den Betrieb autonomer Fahrzeuge. In Zoufalý, V. *XXVI Karlovarské právnické dny*. Praha: Leges, 2018. 616 s. ISBN 978-80-7502-289-9.
11. PROCHÁZKA, J. Bosch spustí „zelenú vlnu“ pre autonómne autá. Dostupné na <https://techbox.dennikn.sk/bosch-spusti-zelenu-vlnu-pre-autonomne-auta/?ref=mpm>.
12. SMITH, B. W. Summary of Levels of Driving Automation for On-Road Vehicles, SAE Levels of Driving Automation. Dostupné na <http://cyberlaw.stanford.edu/loda>.
13. SMITH, B. W. Automated Driving and Product Liability. In Michigan State Law Review. (2017) Dostupné na <https://digitalcommons.law.msu.edu/lr/vol2017/iss1/1/>
14. SMITH, B. W. Proximity-Driven Liability. In *Georgetown Law Journal*. (2014), s. 1777-1820.
Dostupné na https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2336234
15. ZIPP, J. W. The Road Will Never Be the Same: A reexamination of Tort Liability for Autonomous Vehicles. In: *Transportation Law Journal*. ISSN 0049-450X, roč. 32, 2016, č. 2, s. 137-180.
16. Zákon č. 8/2009 Z. z. o cestnej premávke a o zmene a doplnení niektorých zákonov (cestný zákon)
17. Zákon č. 294/1999 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom
18. Straßenverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (BGBL I S. 310, 919), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 17. August 2017 (BGBL I S. 3202) geändert worden ist

KONTAKT NA AUTORA

marianna.novotna@gmail.com
monika_jurcova@yahoo.co.uk
Trnavská univerzita v Trnave
Právnická fakulta
Hornopotočná 23
918 43 Trnava
Slovenská republika

Neža Pogorelčnik Vogrinc, PhD.¹

University of Ljubljana, Faculty of Law

Another step forward for the creditors

Abstract

In the past, the European Union developed various tools to simplify the path to the enforcement of judgments, court settlements, or authentic instruments that require a debtor to pay the creditor's claim. However, these often fail due to the debtors' ability to hide assets. A unified European provisional measure was therefore needed, which was introduced by Regulation No 655/2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters. The article presents the preservation order, explains what security the order provides creditors in relations regarding debtors with assets in other Member States and polemicises its disadvantages, which prevent the regulation from being as effective as desired.

Key words: Regulation No 655/2014, European Account Preservation Order, liability of the creditor, security provided by the creditor, obtaining account information

JEL Classification: K41

INTRODUCTION

The European Account Preservation Order (EAPO) is a new provisional measure on the level of the EU. It was introduced by Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters (“Regulation 655/2014”; OJ L 189 of 27 June 2014), which has recently been commented on by Cunibert and Migliorini (The European Account Preservation Order Regulation, A Commentary, 2018) and Hess (Schlosser and Hess,

¹ Neža Pogorelčnik Vogrinc, PhD., is a Teaching Assistant in Civil and Commercial Law at the Faculty of Law of the University of Ljubljana. Her main fields of teaching and research are civil procedure, alternative dispute resolution, and private international law and procedure. After interning at the Ljubljana Court of Appeals, she passed the Slovenian Bar Exam in 2012. She obtained a PhD from the University of Ljubljana in 2014, with her doctoral thesis comprising a study on provisional measures in civil court procedures. She mentors the University of Ljubljana student team participating in the ICC commercial mediation moot court competition. She has published numerous academic articles, delivered papers at conferences, and participated in several national and international research projects.

EuZPR, EU-Zivilprozessrecht mit EuGVVO, EuMahnVO, EuBagVO, EuZVO, EuBVO, 2015), and is the subject of a collection of papers edited by Franzina and Leandro (*L'ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari: rilievi generali*), as well as a variety of papers by different authors.

Prior to Regulation 655/2014, creditors had a chance to obtain a provisional measure in the Member State (MS) that has jurisdiction as to the substance of the matter, or in the MS that has jurisdiction under domestic law (Article 35 of the Brussels Ia Regulation; for more, see Pogorelčnik, 2014: 98-106). The possibilities for the issuance of a provisional measure were broad, however it was almost impossible for such a measure to be enforced in another MS. That is why creditors had to apply for a provisional measure in the MS where the measure was enforced, which was expensive and time-consuming, with little chance of successful conclusion. Creditors therefore often decided not to collect their cross-border debts (for doubts regarding the definition of cross-border cases as used in the Regulation 655/2014, see Pogorelčnik Vogrinc, 2017: 322-325), particularly if claims were not high. This especially influenced small and medium-sized enterprises (according to the data of the European Commission, it had an impact on approximately 1 million out of 20 million enterprises in the EU, source http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-923_en.htm (22. 8. 2018) and Kyriakides, 2013: 48), which account for 99% of the businesses in the EU. Supposedly, EUR 600 million was written off yearly (source: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-923_en.htm (22. 8. 2018)).² A unified provisional measure at the level of the EU was therefore much needed by creditors – especially small and medium-sized businesses pursuing payment of their claims. Their position is now alleged to be much better. But is it really?

The EAPO is a security measure issued through a unified procedure and under the requirements determined by Regulation 655/2014. It is recognised in the other MSs without any special procedure being required and is enforceable in the other MSs without the need for a declaration of enforceability. There are many advantages to the new security measure for creditors. A creditor can request account information, the time limits for the court to decide on an application are short, and the procedure for the issuance of an EAPO is *ex parte*. The debtor does not learn of the procedure before the EAPO is enforced, i.e. the debtor's money is already frozen. For an EAPO to be effective, it is necessary to have a surprise effect on the debtor. A debtor who knows about the creditor's effort to collect the debt would have a chance and sufficient time to transfer the money from the bank account. Nevertheless, such a measure could be susceptible to malicious use. By freezing the debtor's money the creditor can easily disable another person (natural or legal) and block his business activity. A debtor has no chance to defend himself and the court decides on the issuance of an EAPO purely on the basis of the arguments and evidence of the creditor. It was therefore necessary to balance the relation between both of the parties involved and to include elements that would improve the debtor's position. Two of the main tools that burden the creditor are the security that has to be provided before an EAPO is issued, and his liability for any damage caused to the debtor by the EAPO. The hypothesis of this paper is that with all of the tools provided in Regulation 655/2014, a balance between the debtor and the creditor is established. I will examine whether the liability of the creditor and the security that he needs to provide are sufficient to protect

² Some legal theorists question these numbers and the necessity of introducing the EAPO. See Stamm, 2014: 125.

debtors and at the same time to prevent creditors from abusing the EAPO, or if they are too heavy a burden for creditors, which will lead to the non-use of the EAPO.

In the part where I examine the provisions of Regulation 655/2014, my main method will be dogmatic. I will examine problems that can arise in practise and search for the best solutions. In that part, the key methods will be systematic, grammatical, and teleological, and the secondary methods will be inductive and deductive. The same methods will be used in the part where I address the meaning of the specific rules, how they are related to each other, and how they complement and exclude each other. In this part a formal-logical method will be furthermore used as the secondary method. Because the issuance of an EAPO or its denial have a huge impact on the situation and the security of the parties, an additional secondary method applied throughout the article will be the sociological method.

1. LIABILITY OF THE CREDITOR

Regulation 655/2014 determines the liability of the creditor for any damage caused to the debtor by an EAPO (Article 13), however its provisions are not comprehensive. Regulation 655/2014 entails only the minimum standard and leaves the rest to the national legislations of the Member States (MSs). The differences among them are too great for it to be possible to introduce unified rules regarding liability (Hess, Raffelsieper, 2015: 50 and Hess in Hess and Schlosser, 2015: 449). Regulation 655/2014 therefore enables MSs to introduce or maintain other (also more strict) grounds or types of liability, or rules on the burden of proof, compared to those included in Regulation 655/2014. Therefore, there are two parallel possibilities to be held liable for damage.

1.1. Liability of the creditor on the basis of Regulation 655/2014

If damage is caused to the debtor by an EAPO, the creditor could be liable under the rules of Regulation 655/2014 itself. Regulation 655/2014 does not explicitly state that the liability is fault-based. Because of that, some legal theorists think that it is strict, i.e. no-fault, liability (Sladič in Repas and Rijavec, 2018: 345). However, in the second paragraph of Article 13, Regulation 655/2014 envisages the situations in which the fault of the creditor is presumed unless he³ proves otherwise. This enables the conclusion that the liability determined by Regulation 655/2014 is fault-based. The creditor shall be liable for any damage caused to the debtor by an EAPO due to fault on the creditor's part. The burden of proof shall lie with the debtor (Article 13/I). However, Regulation 655/2014 comprehensively determines the exceptions in which the fault of the creditor shall be presumed. This happens in the four cases outlined below.

a) The creditor has failed to initiate proceedings on the substance of the matter

If an EAPO is issued before the creditor initiates proceedings on the substance of the matter, he shall initiate proceedings within 30 days of the date on which he lodged the

³ The pronoun “he” as well as other masculine pronouns are used herein to refer to both male and female subjects, as well as to legal entities.

application or within 14 days of the date of the issuance of the EAPO,⁴ whichever date is later. Within this time limit, he has to not only initiate the proceedings but also provide proof of such initiation to the court with which the application for the EAPO was lodged. The court itself does not check whether the creditor has initiated the litigation procedure. The creditor bears the burden of proving to the court that he has fulfilled the obligation imposed on him by the EAPO itself.⁵ If the creditor does not fulfil his obligation, the court shall either revoke or terminate the EAPO (Article 10). The court responds on its own motion, as it would be unfair for the EAPO to remain in force while the creditor fails to initiate the litigation procedure in due time. Because the EAPO was in the meantime enforced unjustifiably, the creditor is liable for the damage caused to the debtor (Article 13/II(a)). His fault is presumed. Regulation 655/2014 envisages the possibility that the creditor is not liable for such an omission. If the debtor has paid the claim or the parties have settled, there is no need for proceedings on the substance of the matter. The creditor's omission is therefore justifiable and he is not liable for the damage caused to the debtor by the EAPO.

b) The creditor has failed to request the release of over-preserved amounts

If an EAPO is enforced by means of the freezing of several accounts in one or in different MSs, or if an EAPO is issued after the implementation of one or more national security measures against the same debtor aimed at securing the same claim, there is a possibility that the frozen amount will exceed the amount specified in the EAPO. In the event of such, the creditor has a duty to ensure the release of the amount exceeding that specified in the EAPO (Article 27/I of Regulation 655/2014). Regulation 655/2014 determines the manner and the time limit by which the creditor has to react in such a situation. If the creditor does not request such a release, he is liable for the damage caused to the debtor, and his fault is presumed (Article 13/II(b)). In order to achieve the release of over-preserved amounts, the debtor shall apply for the revocation or modification of the EAPO at the court of its issuance (Article 33/I(d)) or for the termination of the EAPO at the court of its enforcement (Article 34/I(b)).

c) The issuance of the EAPO was not appropriate or is appropriate in a lower amount

There is no prohibition on the creditor applying for (and being secured by) a national measure (or more than one) and an EAPO.⁶ However, this could result in an over-

⁴ The Regulation envisages that the court may extend that time period, but only at the request of the debtor. Normally, the extension of such period is not in the debtor's favour, as all this time his money is frozen on the basis of the EAPO. But in some circumstances the debtor could be interested in postponing the litigation procedure, for example when the parties try to settle the claim. If the debtor proposes the extension of the time-period to the court that issued the EAPO, the latter may decide to do so. Throughout this period the EAPO has full effects and is enforced.

⁵ See point 10, Annex II, of Regulation 2016/1823. The form that is used for the issuance of an EAPO includes this possibility.

⁶ However, Regulation 655/2014 prohibits the creditor from submitting parallel applications for an EAPO to several courts at the same time against the same debtor aimed at securing the same claim.

preserved amount. The creditor therefore bears the burden of notifying the court of issuance (Article 16):

- whether he has lodged with any other court or authority an application for an equivalent national order against the same debtor aimed at securing the same claim, or has already obtained such an order; or
- when he obtains an equivalent national order against the same debtor aimed at securing the same claim during the proceedings for the issuance of an EAPO.

The aim of such a disclosure is to enable the court to decide whether the issuance of an EAPO is needed or not. If the creditor does not fulfil his obligation, the issuance of the EAPO is possibly not appropriate or appropriate only in a lower amount. The creditor is liable for the damage caused to the debtor due to such conduct and his fault is presumed (Article 13/II(c)).

d) The EAPO is revoked or its enforcement terminated because the creditor has failed to comply with his obligations with regard to the service or translation of documents

The creditor has some obligation regarding the translation and service of documents (see Articles 28 and 49). If he does not fulfil these duties, the EAPO shall be revoked or its enforcement terminated (Articles 33/I(c) and 34/I(b)(iv) of Regulation 655/2014). If such an EAPO has caused the debtor any damage, the creditor is liable therefor and his fault is presumed (Article 13/II(d)).

If the creditor fulfils any of the conditions stated above, his liability for the damage is subject only to the provisions determined by Regulation 655/2014, and not the national rules regarding liability. In the event of any of the above-mentioned four situations, the creditor still has the possibility to prove that it is not his fault – a reverse burden of proof. All of these situations entail the creditor violating the rules of Regulation 655/2014. The possibility of the creditor's liability in the event of such is therefore not unpredictable. If the creditor respects the duties imposed on him by Regulation 655/2014, he can avoid these situations in which his fault is presumed.

In addition to these situations, a creditor could furthermore be liable for damage caused to a debtor for other reasons in which the debtor has to prove the creditor's fault. Regulation 655/2014 itself does not list other reasons for the creditor's liability based on Article 13/I. It can be any situation in which an EAPO would cause damage to the debtor, i.e. the EAPO turns out to be unfounded (for example, a judgment on the substance of the matter has dismissed the claim whose enforcement the creditor was seeking to secure by the EAPO). However, one of the reasons for the creditor's liability is envisaged in Commission Implementing Regulation (EU) 2016/1823 of 10 October 2016 establishing the forms referred to in Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters (“Regulation 2016/1823”; OJ L 283 of 19 October 2016). In an application for an EAPO (Annex 1, point 15), a creditor has to sign a declaration that the information provided in the application is true and complete to the best of his knowledge and that he is aware that any deliberately false or incomplete statements may lead to liability pursuant to Article 13 of Regulation 655/2014.

Any false or incomplete statement of the facts in the application form therefore results in the creditor's liability.

The provisions in Regulation 655/2014 regarding liability are not complete and may be supplemented with the national provisions of the MS of enforcement, e.g. regarding types of recoverable damages, the standard of proof, etc.

1.2. The liability of a creditor based on national rules

In addition to liability on the basis of the provisions of Regulation 655/2014, a creditor can furthermore be liable on the basis of national rules. These could be the rules of an MS that predate Regulation 655/2014 or that are implemented in a national legal system only in the event of the creditor's liability for the damage caused to the debtor by the EAPO.⁷ Regulation 655/2014 itself does not limit or determine any details regarding liability under national legislation. These can be on any grounds or of any type (Article 13/III), e.g. strict liability. The creditor could furthermore be liable for different types of damage. Whatever rule the national law of an individual MS regarding tort liability entails, it could be applied to the damage caused by the EAPO.

Regulation 655/2014 determines that the law applicable to the liability of the creditor shall be the law of the MS of enforcement (Article 13/IV). The rule in Article 13/IV of Regulation 655/2014 excludes the use of the relevant provision of Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II Regulation"; OJ L 199/40 of 31 July 2007) (Cuniberti and Migliorini, 2018: 166, and Hess in Hess and Schlosser, 2015: 450). The relevant liability is therefore the one determined by the law of the MS in which the debtor's bank account is frozen. If accounts are preserved in more than one MS, the law applicable to the liability of the creditor shall be the law of the MS of enforcement in which the debtor has his habitual residence as defined in Article 23 of the Rome II Regulation, or, failing that, the one which has the closest connection with the case (Article 13/IV). This and therefore which MS's law must be applied will be decided on by the court that has jurisdiction for the legal procedure that the debtor initiates against the creditor regarding the damage caused by an EAPO.

This rule enables a creditor to predict which MS's national regulation regarding liability will possibly be relevant for him and to evaluate how strict it is. This could be a factor when deciding whether to file an application for an EAPO or not. However, in order to learn of the national rules, the creditor usually needs the assistance of a domestic lawyer, which will increase the expenses of the EAPO procedure.⁸ Uncertainty furthermore exists

⁷ When introducing new rules and changing the existing ones in the national legislations to enable the use of Regulation 655/2014, MSs have changed the procedural laws (e.g. Germany changed its Zivilprozeßordnung (Civil Procedure Code, Official Gazette of Germany, No. 83/1877 *et seq.*), Austria changed its Exekutionsordnung (Enforcement Code, Official Gazette of Austria, No. 79/1896 *et seq.*), Slovenia changed its Zakon o izvršbi in zavarovanju (Enforcement and Securing of Civil Claims Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 3/07 *et seq.*)). However, tort liability is normally regulated in substantive provisions. MSs have mostly not adjusted these for reason of Regulation 655/2014 and will therefore use the general rules on tort liability.

⁸ The possibility of obtaining an EAPO without representation by a lawyer (Article 41 of Regulation 655/2014) is therefore not realistic.

if a debtor does not have a habitual residence in the MS of enforcement. In such an event, the MS whose legislation is used is determined in terms of the one with the closest connection with the case. As one of the factors when determining the closest connection, Recital 19/III of Regulation 655/2014 proposes the size of the amount preserved in the different MSs of enforcement. It is difficult for the creditor to know how the connection with the case will be evaluated and therefore to know which MS's rules will be relevant regarding his liability. But such decision (regarding which MS's law is applicable in the specific case) could have a huge impact on the final result regarding the creditor's liability.

Regulation 655/2014 envisages the application of rules regarding the liability of the MS of enforcement. On the other hand, Regulation 2016/1823 envisages the application of the national rules of the MS in which the application for an EAPO is filed. When filling out an application for an EAPO, the creditor has to sign a declaration on the truthfulness of the information that states that false or incomplete statements may lead to legal consequences under the law of the MS in which the application is lodged. Among others (e.g. criminal liability), this could furthermore entail the creditor's liability for the damage caused due to the false information.

The confusion regarding which MS's rules are to be used for the creditor's liability is therefore great.

1.3. International jurisdiction

The applicable law regarding the liability of the creditor can therefore be decided on the basis of two different grounds. On the other hand, Regulation 655/2014 does not include provisions regarding international jurisdiction. Which MS's courts have jurisdiction to decide these claims cannot be determined on the basis of its provisions. Due to its silence on that, the provisions of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ("Brussels Ia Regulation"; OJ L 351 of 20 December 2012) apply. Its general rule for matters relating to tort⁹ is that a person may be sued in the courts that have jurisdiction for the place where the harmful event occurred or may occur (Article 7/II).¹⁰ The harmful event is the enforcement of the EAPO, i.e. the freezing of a bank account. The courts of the MS in which the bank account is frozen, therefore, have jurisdiction to decide cases regarding the damage caused to the debtor. Taking into account the provision of Article 13/IV of Regulation 655/2014, this means that in the majority of cases the courts of the MS of enforcement decide the case with the application of its national law (Cuniberti and Migliorini, 2018: 167).

⁹ Compare with Article 5/III of the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ("Lugano Convention"), OJ L 339/3 of 21 December 2007.

¹⁰ In the event of a counter claim by which the creditor sues the debtor, Article 8/III of the Brussels Ia Regulation is relevant. It states that a person domiciled in a MS may also be sued in the court in which the original claim is pending if a counter-claim arising from the same contract or facts on which the original claim was based is filed. Compare with Article 6/III of the Lugano Convention. For more, see Hess, Raffelsieper, 2015: 50.

1.4. The amount of compensation

Before an EAPO is issued the creditor has to provide security.¹¹ A specific amount of money is deposited whose purpose is to cover the damage caused to the debtor by the EAPO. If the court decides that the damage is lower than the deposited money, the damages are paid out of this security and the rest is given back to the creditor. If the damage caused to the debtor is higher than the amount of money that the creditor deposited before the issuance of the EAPO, all of the security is paid out to the debtor. The creditor therefore still needs to pay the rest. If he does not pay voluntarily, the creditor needs to initiate an enforcement procedure. The litigation procedure usually lasts for quite some time, however the need to initiate enforcement procedure even extends the time until the debtor is restored to his previous state. This shows the importance of a correct decision regarding the amount of the security. It is decided by the court deciding whether to issue the EAPO, however its aim is to cover damage that normally occurs in another MS (unless the EAPO is issued and enforced in the same MS). That complicates the situation when trying to recover the damage and to compensate for it from the deposited security. To best estimate the amount of the security, the issuing court should be familiar with the national law of the MS of enforcement regarding the creditor's liability. Therefore the court could take into account how strict the liability is that will burden the creditor in the MS of enforcement. When an EAPO is enforced in more MSs, the court of its issuance would firstly have to decide in which MS the debtor has his habitual residence or which has the closest connection with the case (Article 13/IV). This would entail a great deal of work for the court, which must decide on the application without delay, however no later than by the expiry of the end of the fifth or tenth working day (Articles 17/II and 18/I, II of Regulation 655/2014). It would therefore be more effective and predictable if Regulation 655/2014 were to include complete rules regarding the creditor's liability (Hess and Raffelsieper, 2015: 48 and 50, Hess in Schlosser and Hess, 2015: 448 and 450).

Apart from the creditor's liability to the debtor, he can furthermore be liable to the bank that enforced the measure or any third party for the damage caused thereto due to the EAPO. However, these liabilities are not a subject of Regulation 655/2014. The latter only confirms their existence (Article 13/V of Regulation 655/2014). The legislation on deciding on such liabilities and which court has international jurisdiction are decided based on the Brussels Ia Regulation and the Rome II Regulation.

2. SECURITY TO BE PROVIDED BY THE CREDITOR

The creditor's liability for damage caused to the debtor by the EAPO is theoretically a good tool for restoring the debtor to the previous state (i.e. before the EAPO was enforced). However, in reality this is quite a difficult path for a debtor. He has to file a claim, prove the damage, and pursue the litigation to the end. If the creditor does not pay the compensation voluntarily, the debtor has to initiate an enforcement procedure, which may not conclude successfully. The debtor therefore spends money and time trying to restore his position; meanwhile, he suffers damage caused by the freezing of his money. One thing that makes the debtor's situation easier and the possibility of his restitution

¹¹ See the next chapter.

greater is the security that the creditor in the majority of cases has to provide prior to the issuance of the EAPO.

2.1. Cases in which a judgment, court settlement, or authentic document is not obtained

If at the time of issuing an EAPO the creditor has not obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument, the court shall require the creditor to provide security.

The court may decide that the creditor does not have to provide security if it is inappropriate in the circumstances of the case (Article 12/I). The Regulation explains this exception a bit further. Recital 18/II states that the court does not require security or requires security in a lower amount if such security is inappropriate, superfluous, or disproportionate with regard to the circumstances of the case. The Recital therefore envisages broader possibilities for the creditor to be relieved of having to provide security compared to the text of Regulation 655/2014 itself. Examples of such exception include the following: if the creditor has a particularly strong case but does not have sufficient means to provide security; if the claim relates to maintenance or to the payment of wages; or if the size of the claim is such that the EAPO is unlikely to cause any damage to the debtor, for instance as it involves a small business debt (Recital 18/II of Regulation 655/2014). The reasons to issue an EAPO without the provision of security could therefore be either circumstances on the side of the creditor, circumstances on the side of the debtor, or the circumstances (the amount and the nature) of the claim itself. The creditor shall indicate the reasons for exemption from having to provide security in the application form for an EAPO (see point 11, Annex 1 of Regulation 2016/1823 and Article 8/II(k) of Regulation 655/2014). The question is whether the court shall decide to dispense with the requirement regarding security if the creditor does not ask therefor, but based on the circumstances of the case the court deems that requiring security is inappropriate. There are opposing opinions in legal theory. Some theorists think that the court should do so (see Cuniberti and Migliorini, 2018: 163), while others do not (see Sandrini in Franzina and Leandro, 2015: 69, and Hess in Schlosser and Hess, 2015: 447). In my opinion, the creditor's activity should be required. Without the creditor asking for an exemption from the provision of security the court would be exceeding its powers.

2.2. Cases in which a judgment, court settlement, or authentic document has been obtained

If the creditor has already obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument, he as a rule does not have to provide security. Still, it is possible that the court decides that security is needed if this is necessary and appropriate in the circumstances of the case (Article 12/II). The decision regarding the need for security is left to the court. As an example, Regulation 655/2014 presents one situation in which security could be required regardless of whether the creditor has already obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument. This is the situation in which a judgment whose enforcement the EAPO intends to secure is not yet enforceable or is only provisionally enforceable due to a pending appeal (Recital 18/III). If the creditor has already obtained a judgment, he normally does not have to provide security to obtain an EAPO, however if the judgment is not yet enforceable, this could be a circumstance in which the court would

nevertheless require security. Other relevant circumstances could be that the time limit for lodging an appeal has not yet expired or that the appeal procedure is still pending.

If a reason is strong enough for the creditor to not be required to provide security before he has obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument, then it is strong enough to not require security after the creditor has already obtained such a document. It is therefore possible to conclude that security is not necessary and appropriate and is therefore not required if the creditor has a particularly strong case but does not have sufficient means to provide security; if the claim relates to maintenance or to the payment of wages; or if the size of the claim is such that the EAPO is unlikely to cause any damage to the debtor, for instance as it involves a small business debt (Cuniberti and Migliorini, 2018: 164).

Because the creditor has already obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument, he already has quite a strong position against the debtor. Therefore, the requirement to provide security should only be imposed in exceptional circumstances.

2.3. The procedure

If the court requires that security be provided, it shall inform the creditor of the amount required and of the forms of security acceptable under the law of the MS in which the court is located (Article 12/III). Grammatical interpretation of this provision entails that the creditor is able to choose the form of the security himself. However, legal theorists interpret this provision the other way (Cuniberti and Migliorini, 2018: 160). Therefore, it is up to the court deciding on the EAPO to choose the form of security, which could be of any kind that is acceptable under its national law – the law of the *forum*, e.g. a security deposit, a bank guarantee, a mortgage.

The court shall indicate to the creditor that it will issue the EAPO once security in accordance with those requirements has been provided (Article 12/III). The creditor therefore has to provide security before an EAPO is issued. The court can require it from the moment of the form for an EAPO is filed (or from the moment the form is subsequently completed, when required) until the end of the tenth working day following – if the creditor has not yet obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument, or until the end of the fifth working day following – if the creditor has already obtained such a document. After the creditor has provided security, the court shall issue its decision on the application for an EAPO without delay (Article 18/I, II, IV of Regulation 655/2014).

However, Regulation 655/2014 does not determine when and how the security is given back to the creditor.¹² While the security is dealt with regard to the national rules of the issuing MS, its rules regarding the release of the security should also be used – when and how the creditor achieves that the security is released. The only detail determined in Regulation 655/2014 is the release of the security if the relevant information authority is unable to obtain information regarding the debtor's bank account. In the event of the unavailability of information on the account, the application for an EAPO shall be rejected in full. Consequently, the requesting court shall without delay release any security that the creditor may have provided (Article 14/VII).

¹² On the other hand, a debtor who wants his damage to be paid out of the provided security needs to initiate a litigation procedure.

2.4. The amount of the security

The decision on determining the amount of the security is to be made by the court that decides to issue the EAPO. Its amount is decided in each individual case. The decision is not entirely discretionary (however, see Cuniberti and Migliorini, 2018: 156, who speak of full discretion), while Regulation 655/2014 gives the court two directions regarding how to determine the amount of the security. Even if the circumstances for determining the amount of the security are mentioned only in Article 12/I (which describes this situation, when the creditor has not yet obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument), they can be used whenever the court imposes the payment of the security on the creditor. When deciding the amount of the security, it should first be checked whether the possible damages can be estimated in advance, for example if specific evidence as to the amount of the potential damage exists. If not, the court determines the security in an amount to justify two purposes. It has to be high enough to prevent the abuse of the EAPO and to ensure compensation for any damage suffered by the debtor due to the EAPO.

It is difficult to determine what amount of security prevents abuse of the EAPO. For a company that has a lot of money and would like to disable a competitor and cause him harm, the security would need to be very high. On the other hand, if the amount frozen by an EAPO is low, normally the security is low too; however, that will not deter creditors from abuse (Cuniberti and Migliorini, 2018: 159). In my opinion, the EAPO will in general not be subject to abuse. The requirements that have to be proved by the creditor for an EAPO to be issued (Article 7 of Regulation 655/2014) are demanding and not easily fulfilled. Therefore, it is not to be expected that an EAPO will be easy to obtain and that it will be a convenient subject of abuse.

That said, the other factor – ensuring compensation for the damage caused to the debtor by an EAPO – might be easier to determine. One of the decisive circumstances is the amount of money frozen by the EAPO. Some legal theorists propose that the amount of the claim, together with the interest and legal costs, should be taken as a reference (Hess in Hess and Schlosser, 2015: 448). Others are of the opposing opinion, i.e. that the amount of the claim is not a suitable factor to take into account (see Cuniberti and Migliorini, 2018: 159). The higher the frozen amount, the higher the possible damage.¹³ The other factors that might help the court when determining the amount of damage are the national rules and the case law of the MS of enforcement regarding liability for damage. Its legislation and case law are to be used if some damage occurs to the debtor due to the EAPO. The security provided by the creditor in the EAPO procedure will be used to pay damages to the debtor. Therefore, it would be useful for the issuing court to know the strictness of the legislation and the benevolence of the courts of the MS of enforcement when deciding tort claims. However, that would mean that the court deciding on the EAPO should not only identify which MS's legislation will be used when deciding a potential tort claim, but also have knowledge of its legislation. However, this is more or less

¹³ This is only a general norm. The frozen amount could be very high; however, if the debtor does nothing with it, no damage or only low damage (in the amount of the bank interest) would result. On the other hand, someone could make a high profit out of a relatively small amount of money that was frozen to him. However, he has to prove such in litigation. The possible damage caused by the EAPO could vary from zero to a very high amount. If a company's money is frozen, this can make it insolvent and cause it to fail. The damage caused by the EAPO will therefore be huge and almost impossible to estimate.

impossible, considering the short time periods in which it should decide on the application for an EAPO.

The amount of the security strongly depends on the case law of the specific MS issuing the EAPO. Therefore, it is to be assumed that the amount of the security required of creditors in EAPO procedures will greatly differ depending on which MS's courts will be deciding the case. Creditors will therefore have different obstacles to obtaining an EAPO depending on the issuing MS. Requiring too high a security deposit could be one of the factors deterring creditors from using the EAPO as a means to secure (Hess and Raffelsieper, 2015: 48). This could furthermore impede the creditor's right to access to court (see Cuniberti and Migliorini, 2018: 157, 160).

Security in an improper amount might be a reason for the debtor's legal remedy against the EAPO.¹⁴ He can claim that the requirements of Regulation 655/2014 regarding the security were not met. Such a remedy is decided on by the competent court of the MS that issued the EAPO (Article 33/II). A court reviews the decision regarding the security. It might require the creditor to provide security or additional security and must indicate that the EAPO will be revoked or modified if the (additional) security required is not provided within a certain time limit (Article 33/II of Regulation 655/2014).

CONCLUSION

The EAPO is a powerful tool for a creditor when pursuing the recovery of his claim. It is especially useful or even indispensable for small and medium sized enterprises with debtors in other MSs. It enables him to freeze the debtor's money without the latter knowing about the measure and without a chance to defend himself prior to its issuance. Regulation 655/2014 envisages different instruments in order to balance the positions of the creditor and debtor. These lighten the debtor's position. In my opinion, the most valuable tool is the security that the creditor has to provide before the issuance of the EAPO. Its effectiveness in protecting a debtor depends mostly on the amount of the security, which is decided on by the court in each specific case. It is similar with the creditor's liability, which is assessed based on the national law of the MS of enforcement and the amount of compensation is therefore difficult to predict. However, these – the liability and the security – are not the only factors that have an impact on the success of an EAPO. There are also other obstacles for the creditor to overcome in order to obtain an EAPO. Amongst the important factors are the requirements that have to be fulfilled for its issuance. The court issues an EAPO when the creditor has submitted sufficient evidence to satisfy the court that there is an urgent need for an EAPO because there is a real risk that without such a measure the subsequent enforcement of the creditor's claim against the debtor will be impeded or made substantially more difficult. Where the creditor has not yet obtained a judgment, court settlement, or authentic instrument requiring the debtor to pay the creditor's claim, the creditor furthermore must submit sufficient evidence to satisfy the court that he is likely to succeed on the substance of his claim against the debtor (Article 7 of Regulation 655/2014).

¹⁴ In such case, the debtor claims that the required amount was too low. While this is a remedy of the debtor, he will never claim that the security required of the creditor was too high. This would only be claimed by the creditor. However, if the creditor does not agree with the (excessive) amount of the security, he can simply decide not to pay it. EAPO is therefore not issued.

Before Regulation 655/2014 entered into force, the EAPO was promoted in MSs as a measure that would be easy to obtain and which would have a major impact on creditors with cross-border debtors. But all of the mentioned tools provided in Regulation 655/2014 to protect the debtor are at the same time a burden for the creditor. The same as with security and liability, the strictness of the issuing court also plays a main role regarding the requirements for the issuance an EAPO. In theory, the balance between the creditor and the debtor in the Regulation is achieved and the hypothesis stated at the beginning of this article is therefore confirmed. However, only years of practise and case law will show which of the two parties is really better off in their relationship stemming from Regulation 655/2014, and how popular the EAPO will be as a security measure in cross-border cases.

REFERENCES

1. CUNIBERTI, G. and MIGLIORINI, S. *The European Account Preservation Order Regulation, A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. 480 p. ISBN 978-1-107-18348-3.
2. FRANZINA, P. and LEANDRO, A. (ed.). *L'ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari: rilievi generali* [The European Account Preservation Order: General Features], in *Il sequestro europeo di conti bancari - Regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014*. Milan: Giuffrè, 2015. 186 p. ISBN 9788814207235.
3. HESS, B. and RAFFELSIEPER, K. *Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektivierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum*. In *IPRax*. ISSN 0720-6585, Vol. 35, 2015, No. 1, pp. 46-52.
4. KYRIAKIDES, N. An economic analysis of the European Commission's proposal for a European account. In: *Risk Governance & Control: Financial Markets & Institutions*. ISSN - 2077-429X, Vol. 3, 2013, No. 4, pp. 45-53.
5. POGORELČNIK, N. Razvoj ureditve ukrepov zavarovanja v evropskem civilnem procesnem pravu. In *Zbornik znanstvenih razprav*. ISSN 1854-3839, 2014, pp. 93-116.
6. POGORELČNIK VOGRINC, N. Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov. In MOŽINA, D. (ed). *Razsežnosti zasebnega prava*. Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerza v Ljubljani, 2017, pp. 319-334.
7. REPAS, M. and RIJAVEC, V. (eds.). *Mednarodno zasebno parvo Evropske Unije*. Ljubljana: Uradni list, 2018. 747 p. ISBN 978-961-204-646-0.
8. SCHLOSSER, P.F. and HESS, B. *EuZPR, EU-Zivilprozessrecht mit EuGVVO, EuMahnVO, EuBagVO, EuZVO, EuBVO*. Munich: C. H. Beck, 2015. 623 p. ISBN 978 3 406 65845 7.
9. STAMM, J. *Plädoyer für einen Verzicht auf den Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung – Zehn gute Gründe gegen dessen Einführung*. In *IPRax*. ISSN 0720-6585, Vol. 34, 2014, No. 2, pp. 124-129.
10. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II Regulation). Official Journal of the European Union L 199/40 of 31 July 2007.
11. Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in

- civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation). Official Journal of the European Union L 351 of 20 December 2012.
12. Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters. Official Journal of the European Union L 189 of 27 June 2014.
 13. Commission Implementing Regulation (EU) 2016/1823 of 10 October 2016 establishing the forms referred to in Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters. Official Journal of the European Union L 283 of 19 October 2016.
 14. European Commission to help businesses recover an extra €600 million in cross-border debts. Retrieved 22 August 2018 from http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-923_en.htm.

CONTACT INFORMATION

neza.pogorelcnik@pf.uni-lj.si

University of Ljubljana, Faculty of Law

Poljanski nasip 2

1000 Ljubljana

Slovenia

Mgr. Dušan Rostáš, PhD.¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Nariadenie o prospekte cenného papiera: zjednodušenie emisie dlhopisov bez zverejnenia prospektu pre mikro podniky?

Prospectus regulation: simplified issue of bonds without publishing a prospectus for micro-enterprises?

Abstrakt

Tento príspevok sa zaobera porovnaním výnimiek, ktoré umožňujú emisiu cenného papiera bez zverejnenia prospektu, ktoré upravuje Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2003/71/ES zo 4. novembra 2003 o prospekto a nové Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1129 zo 14. júna 2017 o prospekto. Príspevok si kladie za cieľ zodpovedať na otázku, či nové nariadenie zmení, resp. zjednoduší, emisiu dlhopisov pre podnikateľa.

Kľúčové slová: Prospekt cenného papiera, oslobodenie, emisia dlhopisov, mikro podnik.

Abstract

This paper is devoted to comparison of the exemptions from obligation to publish prospectus, according to Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus, in compare with Regulation (EU) 2017/1129 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the prospectus. The contribution aims to answer the question whether the new regulation will change, respectively simplify the issuance of bonds for the enterprise.

Key words: Prospectus, exemptions, issuance of bonds, micro enterprise.

JEL Classification: K220

ÚVOD

Vydávanie dlhopisov, ako určitého druhu cenných papierov, nie je len možnosťou financovania veľkých akciových spoločností.² Emitentom dlhopisov môžu byť podľa

¹ Mgr. Dušán Rostáš, PhD. je postdoktorandom na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva UPJŠ, Právnickej fakulty v Košiciach.

² Tento príspevok bol spracovaný v rámci projektu "VEGA 1/0917/16 Atypické a faktické vzťahy v obchodnom práve".

slovenského práva akékoľvek právnické osoby a aj fyzické osoby, ktoré sú podnikateľmi.³ Emisiu dlhopisov možno preto považovať za univerzálnie použiteľný spôsob financovania podniku.

Vydávanie dlhopisov predstavuje pre podnik hľadajúci kapitál alternatívu k financovaniu prostredníctvom bankových úverov.⁴ Pri úvahách o využití emisie dlhopisov ako formy financovania podniku, potom zohráva kľúčovú úlohu ekonomicke zistenie, či emisia dlhopisov môže byť pre emitenta lacnejší spôsob financovania jeho aktivít, než bankový úver.

Jedným z hlavných cieľov hospodárskej integrácie Európskej únie je aj únia kapitálových trhov. Doterajším nástrojom na vytváranie tejto únie bola Smernica o prospekte,⁵ ktorú v blízkej budúcnosti úplne nahradí Nariadenie o prospekte.⁶ Nariadenie o prospekte, podobne ako smernica, stanovuje niekoľko výnimiek zo schvaľovania prospektu cenného papiera, ktoré majú priamy dopad na režim vydávania emisií dlhopisov.

Cieľom tohto príspevku je analyzovať výnimky z povinnosti zverejnenia prospektu cenného papiera podľa smernice a porovnať ich s režimom nariadenia. Pojem mikro podniku nie je používaný v zmysle legálnej definície *malého a stredného podnikateľa* akú pozná Nariadenie o prospekte alebo Smernica o prospekte. Pojem mikro podnik používaný v tomto článku je požívaný vo význame pre označenie malého podnikateľa, resp. začínajúcu start up spoločnosti, ktorá má obmedzené zdroje pre možnosti emisie dlhopisu. Pohľad, ktorý ponúka tento príspevok je založený na premise, že pre mikro podniky sú vzhľadom na ich ekonomicke zdroje, žiaduce čo najjednoduchšie podmienky pre vydanie dlhopisov a preto majú snahu prispôsobovať emisie tak, aby sa využitím ponúkaných výnimiek vyhli zverejňovaniu prospektu cenného papiera. Príspevok má preto za úlohu zodpovedať ako sa súčasný stav mení aplikovaním Nariadenia o prospekte.

1. POVINNOSŤ ZVEREJNIŤ PROSPEKT PODĽA SMERNICE

Smernica o prospekte stanovila povinnosť zverejniť prospekt⁷ cenného papiera na základe splnenia čo i len jednej z dvoch podmienok určených v čl. 1 ods. 1 Smernice o prospekte. Povinnosť zverejniť prospekt sa týka emitenta, ktorý (a) zamýšľa vykonávať verejnú ponuku cenných papierov ako aj emitenta, ktorý (b) sa rozhodol vydávať cenné papiere, ktoré majú byť *prijaté na obchodovanie na regulovaných trhoch*. Tieto situácie, pri ktorých je potrebné zverejnenie prospektu, stoja na dvoch rozdielnych a na sebe nezávislých konceptoch, ktoré možno bližšie analyzovať skrz legálne definície *verejnej ponuky a regulovaného trhu*, stanovené v čl. 2 ods. 1 Smernice o prospekte.

³ § 6 Zákona č. 530/1990 Zb. o dlhopisoch.

⁴ Podobne Pihera, V. In KOTÁSEK, J. a kol. Právo cenných papíru. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 101.

⁵ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2003/71/ES zo 4. novembra 2003 o prospekte, ktorý sa zverejňuje pri verejnej ponuke cenných papierov alebo ich prijatí na obchodovanie, a o zmene a doplnení smernice 2001/34/ES (Ú. v. EU L 345, 31.12.2003, s. 64).

⁶ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1129 zo 14. júna 2017 o prospekte, ktorý sa má uverejniť pri verejnej ponuke cenných papierov alebo ich prijatí na obchodovanie na regulovanom trhu, a o zrušení smernice 2003/71/ES (Ú. v. EÚ L 168, 30.6.2017, s. 12 – 82).

⁷ Pokial' sa v tomto príspevku používa termín zverejnenie prospektu má sa ním namysli celý administratívny proces spojený s prípravou, vydávaním a schvaľovaním prospektu.

1.1. Verejná ponuka cenných papierov

Povinnosť zverejniť prospekt cenného papiera stanovila Smernica o prospekte aj v čl. 3. ods. 1. V zmysle tohto článku, mali členské štátu zabezpečiť aby sa na ich území nevykonávala verejná ponuka cenných papierov bez predchádzajúceho zverejnenia prospektu.

Definícia *verejnej ponuky* bola jedna z podstatných zmien, ktorú Smernica o prospekte zaviedla sledujúc cieľ vytvorenia únie kapitálových trhov, nakoľko k posudzovaniu verejnej ponuky cenných papierov pred prijatím smernice pristupovali členské štátu značne odlišne.⁸ Za verejnú ponuku cenných papierov sa v zmysle čl. 2 ods. 1. písm. d) Smernice o prospekte považuje: „*oznámenie osobám v akejkoľvek forme a akýmkoľvek prostriedkami, predkladajúce dostatočné informácie o podmienkach ponuky a ponúkaných cenných papierocho, aby sa investori mohli rozhodnúť kúpiť alebo upísat' tieto cenné papiere. Táto definícia sa tiež uplatňuje na umiestnenie cenných papierov prostredníctvom finančných sprostredkovateľov*“.

Vymedzenie verejnej ponuky cenných papierov je pomerne široké a opomína „verejnosť“ oznamenia ako jeden z typových znakov verejnej ponuky. Pod takto definovanú verejnú ponuku teda spadá akákoľvek ponuka, ktorá obsahuje *dostatočné informácie o podmienkach ponuky a ponúkaných cenných papierocho, aby sa investori mohli rozhodnúť kúpiť alebo upísat' tieto cenné papiere*. Inak povedané, akýkoľvek predaj cenných papierov dvom a viac osobám by mal byť považovaný za verejnú ponuku, nakoľko o povahе ponuky v praxi rozhoduje práve druhý znak definície týkajúci sa rozsahu informácií o cenných papieroch.⁹ Stanovenie výnimiek pre zverejnenie prospektu je preto zásadná otázka, nakoľko emisia dlhopisov vyžadujúca zverejnenie a schválenie prospektu bude spravidla spojená s administratívnou, finančnou a v neposlednom rade aj časovou zátazou, nakoľko prospekt pred zverejnením podlieha schváleniu.¹⁰

1.2. Ponuka cenných papierov, ktoré majú byť prijaté obchodovanie na regulovaných trhoch

Povinnosť zverejniť prospekt cenného papiera, ktorý má byť prijatý na obchodovanie na regulovanom trhu sa opiera najmä o definíciu regulovaného trhu, podľa niekdajšej Smernice MiFID¹¹ v zmysle ktorej: „*regulovaný trh* znamená multilaterálny systém prevádzkovany a/alebo riadený organizátorom trhu, ktorý spája, alebo umožňuje spájanie záujmov viacerých tretích strán nakupovať a predávať finančné nástroje – v systéme a v

⁸ SCHAMMO, P. EU Prospectus Law. New perspective on Regulatory Competition in Securities market. Cambridge. 2011. s. 80.

⁹ Samotná kúpa dlhopisu je tak v podstate dôkazom toho, že ponuka informácie potrebné pre uskutočnenie rozhodnutia o kúpe dlhopisu obsahovala. Podobne SCHAMMO, P. EU Prospectus Law. New perspective on Regulatory Competition in Securities market. Cambridge. 2011. s. 80.

¹⁰ Povinnosť schváliť prospekt pred jeho zverejnením stanovuje čl. 13 Smernice o prospekti.

¹¹ Pôvodne Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/39/ES z 21. apríla 2004 o trhoch s finančnými nástrojmi, o zmene a doplnení smerníc Rady 85/611/EHS a 93/6/EHS a smernice Európskeho parlamentu a Rady 2000/12/ES a o zrušení smernice Rady 93/22/EHS (Ú. v. EÚ L 145, 30.04.2004, s. 1). V súčasnosti nahradená Smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2014/65/EÚ z 15. mája 2014 o trhoch s finančnými nástrojmi, ktorou sa mení smernica 2002/92/ES a smernica 2011/61/EÚ (Ú. v. EÚ L 173, 12.6.2014, s. 349 – 496).

súlade s nediskrečnými pravidlami – spôsobom, ktorého výsledkom je zmluva týkajúca sa finančných nástrojov priatých na obchodovanie podľa jeho pravidiel a/alebo systémov a ktorý je povolený a funguje pravidelne a v súlade s ustanoveniami hlavy III;“ Regulovanými trhmi sa v jednoduchosti rozumejú burzy cenných papierov, na ktorých sú cenné papiere obchodované a preto sa na nich v plnej miere vzťahuje regulácia trhu cenných papierov.

Koncept prijatia na obchodovanie (*admission to trading*) nie je v Smernici o prospekte bližšie definovaný, ide však o pojem, známy z regulácie cenných papierov, ktorým sa nahradil starší koncept „zalistovania“ cenného papiera na burze.¹² Prijatie na obchodovanie je v tomto smere „len spôsob“ akým sa cenný papier na „burzu“ dostane. Pre posúdenie vzniku povinnosti zverejnenia prospektu je tak klíčovým to, že taký cenný papier má byť obchodovaný na regulovanom trhu (teda napr. na burze).

2. VÝNIMKY Z PÔSOBNOSTI PODĽA SMERNICE

Smernica o prospekto obsahovala niekoľko výnimiek z povinností zverejniť prospekt cenného papiera. V úvode príspevku bolo naznačené, že zverejnenie prospektu je v tomto príspevku vnímané ako administratívna, finančná a časová záťaž. Preskúmanie a porovnanie rozsahu výnimiek podľa smernice a podľa nariadenia, je preto klíčové pre uskutočnenie záveru o tom, či nové nariadenie poskytne rámec pre jednoduchší prístup mikro podnikom k umiestňovaniu dlhopisov na trh. Najprv je však potrebné analyzovať výnimky stanovené Smernicou o prospektke.

V prvom rade možno konštatovať, že z pôsobnosti smernice boli vyňaté cenné papiere, resp. emisie, ktoré napĺňali jednu z podmienok podľa čl. 1 ods. 2 Smernice o prospekto. Vyňatie regulácie cenných papierov z pôsobnosti smernice pritom znamenalo to, že bolo prenechané na úvahu členských štátov ako budú vyňaté prípady regulať vo svojom vnútrostátnom poriadku. Uvedené výnimky z pôsobnosti sa vzťahujú ako na *verejné ponuky* tak aj na ponuky cenných papierov určené *pre obchodovanie na regulovanom trhu*.

Z pohľadu emisie dlhopisu mikro podnikom, je v tejto skupine relevantnou najmä výnimka podľa čl. 1 ods. 2 písm. h) Smernice o prospekto, v zmysle, ktorej sa táto smernica nevzťahuje na cenné papiere zahrnuté v ponuke, ak celková protihodnota ponuky je nižšia ako 5 000.000 EUR, pričom limit sa vypočíta za obdobie 12 mesiacov, pre každú separátnu emisiu.¹³

Nariadenie o prospekto dáva v tomto smere členským štátom ešte väčšiu voľnosť, nakoľko im v čl. 3 ods. 2 písm. b) umožňuje osloboodiť ponuky, ktorých celková veľkosť za 12 mesiacov nepresahuje sumu 8 000.000 EUR. Obdobne ako v prípade smernice, by sa mal tento limit pre vyňatie z pôsobnosti posudzovať pre každú emisiu cenných papierov.

¹² SCHAMMO, P. EU Prospectus Law. New perspective on Regulatory Competition in Securities market. Cambridge. 2011. s. 79.

¹³ Pozri Európska Komisia European Commission, ‘4th informal meeting on prospectus transposition’ (Záznam zo stretnutia 8. 3. 2005) http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/prospectus/summary-note-050308_en.pdf

3. OSLOBODENIE OD POVINNOSTÍ ZVEREJNIŤ PROSPEKT PODĽA SMERNICE

Na rozdiel od výnimiek z pôsobnosti regulácie, výnimky spadajúce do tejto kategórie regulujú prípady emisií na ktoré sa smernica vzťahuje, a teda aj ich následná implementácia v členských štátach mala prebehnuť na úrovni maximálnej harmonizácie. To v podstate znamená, že pokial pri úprave *výnimiek vyňatých z pôsobnosti smernice* mohli členské štáty vytvoriť aj vlastný režim, prípadne na ne rozšíriť režim Smernice o prospekte, tak *oslobodenia od povinnosti zverejniť prospekt* museli byť pri implementácii zachované vo všetkých členských štátach v rovnakej podobe. Tieto výnimky majú základ v čl. 3 ods. 2 a čl. 4 Smernice o prospekte.

3.1. Oslobodenia pre určité druhy ponúk

Oslobodenia pre určité druhy ponúk majú základ v čl. 3 ods. 2 Smernice o prospekte a niekedy bývajú označované aj ako oslobodenia pre neverejné ponuky, resp. pre súkromné ponuky.¹⁴ Takéto označovanie však môže byť z časti zavádzajúce, nakoľko sa zdá, že Smernica o prospekte rozlišuje medzi pojmom *ponuka* a *verejná ponuka*. Nasvedčujú tomu najmä osobitné oslobodenia pre verejnú ponuku podľa čl. 4 ods. 1 Smernice o Prospekte. Nejednoznačnosť takého výkladu potom môže spôsobovať to, že by bolo možné dospiť k záveru, že výnimky podľa čl. 3 ods. 2 Smernice o prospekte, nemožno vzťahovať na verejné ponuky.¹⁵ Tento záver je nesprávny a výnimky sa vzťahujú aj na verejné ponuky, čo potvrdilo aj Nariadenie o prospekte.¹⁶ Oslobodenia pre určité druhy ponúk, sa však nevzťahujú na ponuky určené na prijatie na obchodovanie na regulovanom trhu. Je tomu tak z dôvodu, že majú odlišný právny základ povinnosti zverejniť prospekt, čo plynie z toho, že čl. 1 ods. 1 Smernice o prospekte, stanovujúci túto povinnosť, stojí na dvoch rôznych konceptoch.

V našom právnom poriadku boli tieto výnimky prevzaté do § 120 ods. 3 Zákona o cenných papieroch¹⁷ a to tak, že bol prevzatý text smernice, že ide o ponuky cenných papierov (tj. bez výslovného rozlíšenia verejnej ponuky a ponuky). Na uvedené ustanovenie slovenského zákona tak možno aplikovať výklad smernice, ktorý stanovuje, že ide o výnimky aj pre verejné ponuky. Pre aplikovanie výnimky je postačujúce splnenie čo i len jednej z ďalej uvedených podmienok.

3.1.1. Ponuka cenných papierov adresovaná výlučne kvalifikovaným investorom

Povinnosť zverejniť prospekt sa nevzťahuje na ponuku, ktorá je adresovaná kvalifikovaným investorom. Pri definícii kvalifikovaného investora (resp.

¹⁴ Tak napr. SCHAMMO, P. EU Prospectus Law. New perspective on Regulatory Competition in Securities market. Cambridge. 2011. s. 123.

¹⁵ Problému sa podrobnejšie venujú PIETRANCOSTA, A., MARRAUD des GROTTES, A. Has the notion of „private offerings“ been abolished by The Prospectus regulation of 14 june 2017? In Bulletin Joly Bourse, č. 1, 01.01.2018, s. 60.

¹⁶ Nariadenie o prospekte v čl. 1 ods. 4. vyslovene uvádza, že sa osloboedenie vzťahuje aj na verejné ponuky.

¹⁷ Zákon č. 566/2001 Z. z o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch).

profesionálneho klienta¹⁸⁾ sa opäť odkazuje na niekdajšiu Smernicu MiFID. Za kvalifikovaného investora¹⁹ sa tak v súčasnosti môžu považovať subjekty, ktoré:

- a) musia mať povolenie alebo musia byť regulované, pokiaľ ide o činnosti na finančných trhoch;
- b) veľké podniky splňajúce aspoň dve z nasledujúcich podmienok: (i) celková súvaha: 20 000 000 EUR, (ii) čistý obrat: 40 000 000 EUR, (iii) vlastné zdroje: 2 000 000 EUR
- c) národné a regionálne vlády vrátane orgánov verejnej moci, ktoré sa podielajú na riadení verejného dlhu na celoštáte alebo regionálnej úrovni, centrálne banky, medzinárodné a nadnárodné inštitúcie, ako napríklad Svetová banka, MMF, ECB, EIB a iné podobné medzinárodné organizácie
- d) iní inštitucionálni investori, ktorých hlavná činnosť je investovanie do finančných nástrojov, vrátane subjektov, ktoré sa venujú sekuritizácii aktív alebo iným transakciám súvisiacim s financovaním.
- e) klient, ktorý požiada aby sa s nimi zaobchádzalo ako s profesionálnym klientom a ak splňa ďalšie požiadavky a dodrží sa postup zmeny zaobchádzania podľa Smernice MiFID.

3.1.2. Výnimky pre ponuky neprofesionálnym klientom

Uvedená výnimka mala zabrániť obchádzaniu povinnosti zverejňovať prospekt tým, že by bol prvotný predaj realizovaný kvalifikovanému investorovi, ktorý by následne predával cenné papiere neprofesionálnym investorom.²⁰

Do tejto skupiny výnimiek možno zaradiť tri druhy výnimiek a to: (i) ponuka cenných papierov adresovaná menej ako 150 fyzickým alebo právnickým osobám na členský štát, (ii) ponuka cenných papierov adresovaná investorom, ktorí získavajú cenné papiere v celkovej protihodnote najmenej 100.000 EUR na investora, na každú osobitnú ponuku, (iii) ponuka cenných papierov, ktorých menovitá hodnota na jednotku dosahuje najmenej 100.000 EUR. Pre aplikáciu výnimky pritom postačuje naplnenie čo i len jednej z podmienok podľa i až iii. Tieto výnimky sa nevzťahujú na zverejnenie prospektu cenných papierov pri ponukách cenných papierov určených na obchodovanie na regulovanom trhu.²¹

Práve táto skupina výnimiek môže byť z pohľadu mikro podniku cesta k zjednodušenej emisií dlhopisov. Umiestňovanie dlhopisov takýmto spôsobom ale bude

¹⁸ Pojem kvalifikovaný investor používa slovenský Zákon o cenných papieroch, zatiaľ čo termín profesionálny klient používa Smernica MiFID.

¹⁹ V súčasnosti túto úpravu obsahuje Príloha II. Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/65/EÚ z 15. mája 2014 o trhoch s finančnými nástrojmi, ktorou sa mení smernica 2002/92/ES a smernica 2011/61/EÚ Text s významom pre EHP (Ú. v. EÚ L 173, 12.6.2014, s. 349 – 496).

²⁰ Problému tzv. *retail cascade* sa dôslednejšie venuje SCHAMMO, P. EU Prospectus Law. New perspective on Regulatory Competition in Securities market. Cambridge. 2011. s. 128.

²¹ Vyplýva to z toho, že povinnosť zverejniť prospekt pre verejné ponuky, plynie aj z čl. 3 ods. 1 Smernice o prospektu a preto ods. 2 stanovuje výnimky práve k tejto povinnosti. Nestanovuje však výnimky z povinnosti zverejniť prospekt pre ponuky, ktoré sú určené pre prijatie na obchodovanie na regulovanom trhu, ktorá plynie z čl. 1 ods. 1 Smernice o prospektu.

stáť medzi dvoma mlynskými kameňmi. Podnik snažiaci sa využiť ponúkanú výnimku totiž bude stáť pred nasledujúcimi rozhodnutiami, a to:

- a) pripraviť emisiu dlhopisov vhodnú aj pre investorov, ktorí majú záujem o menšiu investíciu než 100.000 EUR a tak byť obmedzený rozsahom ponuky (tj. ponuka pre max 150 investorov), čo v konečnom dôsledku znamená obmedzenia propagácie emisie dlhopisov, alebo
- b) pripraviť emisiu dlhopisov, ktorá by bola určená pre investorov, so záujmom investovať viac ako 100.000 EUR, čo však pravdepodobne obmedzí okruh investorov, pre ktorých by kúpa dlhopisu mikro podniku prichádzala do úvahy.

Do účinnosti Nariadenia o prospekte existovala aj ďalšia výnimka z povinnosti zverejniť prospekt a to podľa, čl. 3 ods. 2 písm. e) Smernice o prospekte, ktorý stanovoval *výnimku pre ponuky pre neprofesionálnych klientov*. V zmysle tejto výnimky potrebe zverejňovania prospektu nepodliehala ponuka cenných papierov s celkovou protihodnotou nižšou ako 100.000 EUR, pričom tento limit sa vypočítal za obdobie 12 mesiacov. Vypustenie tejto výnimky možno z pohľadu mikro podniku hodnotiť negatívne, nakoľko práve táto podmienka teoreticky umožňovala dostupnejšie financovanie pre podnik, pre ktorý by bolo problémové nájsť investorov so záujmom o dlhopisy v hodnote prevyšujúcej 100.000 EUR. Výsledok však bude závisieť od toho, ako k vypusteniu tejto výnimky pristúpia jednotlivé členské štáty, nakoľko na nich ostáva možnosť vlastnej vnútrostátnnej úpravy.²²

3.2. Oslobodenia založené na čl. 4 smernice

V oslobodeniach spod povinnosti zverejnenia prospektu podľa čl. 4 Smernice o prospekte možno nájsť výnimky spojené so špecifickými situáciami emisie cenných papierov a akcií pri zlúčeniach spoločností, vydávaní zamestnanecích akcií alebo bonusových, či vymenených akcií pre už existujúcich majiteľov cenných papierov.

Zároveň v tejto kategórii výnimiek možno nájsť výnimky z povinnosti zverejnenia prospektu pre ponuky cenných papierov, ktoré boli určené na obchodovanie na regulovanom trhu. Ide o výnimky podľa čl. 4 ods. 2 Smernice.

Z pohľadu emisie dlhopisov malým podnikom takáto výnimka, bude mať význam najmä z pohľadu možnosti pridelovania a ponúkania cenných papierov pre zamestnancov a bývalých zamestnancov. Okruh osôb, ktoré by mohli finančovať potreby podniku bude v prípade mikro podniku značne obmedzený, výnimka je však aplikovateľná bez obmedzenia hodnoty emisie.

4. ZMENY VÝNIMIEK, KTORÉ PRINIESLO (NEPRINIESLO) NARIADENIE O PROSPEKTE

Nariadenie o prospekte zrušuje Smernicu o prospekte s účinnosťou od 21.7.2019. Napriek tomu, pri *výnimkách pre ponuky neprofesionálnym klientom*, zaviedlo nariadenie zmeny už v súčasnosti. Jednou z týchto už vyššie spomenutých zmien je vypustenie výnimky pre emisiu s protihodnotou, ktorá je za obdobie 12 mesiacov menšia ako 100.000

²² Tejto možnosti bude pozornosť venovaná v 4. státi tohto príspevku.

EUR. Toto vypustenie možno z pohľadu mikro podniku považovať skôr za negatívum. Odňatie tejto výnimky nútí podnik hľadajúci osloboodenie z pod povinnosti zverejnenia prospektu uskutočniť voľbu limitovanú bud', obmedzeným okruhom osôb pre ponuku, alebo sa rozhodnúť pre emisiu s relatívne vysokou hodnotou cenného papiera.

V tomto svetle treba spomenúť, že napriek už účinnému zrušeniu tejto výnimky nariadením sa toto osloboodenie ešte stále nachádza v § 120 ods. 3 písm. e) Zákona o cenných papieroch.²³ Vo svetle toho, že v prípade nariadenia ide o priamo účinný akt, možno preto uvažovať, či sa § 120 ods. 3 písm. e) Zákona o cenných papieroch dostáva do rozporu s nariadením, nakoľko Nariadenie o prospekte zrušilo smernicu transponovanú do Zákona o cenných papieroch a zaviedlo unifikovaný režim právnej regulácie, v ktorom takáto podmienka absentuje.

Skutočný rozpor zákona s Nariadením o prospekте by však nemal hrozit'. Pokial by slovenský zákonodarca chcel takúto výnimku nadľaľ ponechať, môže sa oprieť o *výnimku z pôsobnosti Nariadenia o prospekte*, v zmysle ktorej sa nariadenie nevzťahuje na verejnú ponuku cenných papierov s celkovou protihodnotou v Únii nižšou ako 1 000.000 EUR, ktorá sa vypočítava za obdobie 12 mesiacov. Nastala tak technická zmena, kedy sa *osloboodenie z pod povinnosti*, presunulo do širšej *výnimky z pôsobnosti regulácie*. Navyše, zákonodarca môže podľa čl. 3 ods. 2 písm. b) Nariadenia o prospekte rozhodnúť o oslobodení verejných ponúk z pod povinnosti zverejniť prospekt. Rozhodnúť tak môže pre situácie, kedy hodnota ponuky za 12 mesiacov je nižšia než 8 000.000 EUR. Zákonodarca teda v súčasnosti môže zjednodušený režim pre emisie dlhopisov mikro podnikmi výrazne rozšíriť zo súčasnej emisie vo výške 100.000 EUR až do výšky 8 000.000 EUR.

Vo vzťahu ku koncepcii *verejnej ponuky a regulovaného trhu*, ako dvoch kľúčových aspektov pre vznik povinnosti zverejniť prospekt neprináša Nariadenie o prospekte žiadne zmeny. Nariadenie o prospekte svoju systematikou zjednodušuje systém výnimiek založených na *výnimke z pôsobnosti právnej regulácie a oslobodeniach, založených na špecifických podmienkach*. Túto zmenu možno naopak privítať. Z nariadenia možno teraz jasnejšie poznať, za akých podmienok nie je potrebné zverejňovať prospekt a možno jasne rozlišovať, ktoré oslobodenia sa týkajú iba *verejných ponúk* a ktoré sa týkajú *ponúk cenných papierov určených na obchodovanie na regulovanom trhu*. V predchádzajúcej úprave podľa Smernice o prospektele, bolo rozsah týchto výnimiek možné určiť iba ich systematickým a logickým výkladom.

ZÁVER

Na základe vyššie uvedeného možno konštatovať, že Nariadenie o prospekte ponúka takmer totožné výnimky pre zjednodušené emisie dlhopisov bez prospektu, ako doposiaľ účinná Smernica o prospektele. Zrušenie doterajšej výnimky pre emisie, ktorých protihodnota je za 12 mesiacov menšia ako 100.000 EUR, je stážením len na prvý pohľad. Práve naopak, členským štátom sa umožňuje prijať benevolentnejšiu právnu úpravu a prah pre posúdenie emisie potrebnej pre zverejnenie prospektu zvýšiť až na 8 000.000 EUR.

Odpoved' na otázku, či dôjde k zjednodušeniu emisií dlhopisov pre mikro podniky teda závisí od toho, aký prístup zvolia zákonodarcovia jednotlivých členských štátov.

²³ Zrušenie toho oslobodenia podľa Smernice o prospekte vplýva z čl. 46 ods. 1 písm. b) Nariadenia o prospekte

Nariadenie o prospekte im poskytuje priestor na to, aby oslobodenia ponechali minimálne v takom režime v akom ich poskytovala Smernica o prospektke.

POUŽITÉ PRAMENE

1. KOTÁSEK, J. a kol. Právo cenných papíru. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 242 s. ISBN 978-80-7400-515-2.
2. SCHAMMO, P. EU Prospectus Law. New perspective on Regulatory Competition in Securities market. Cambridge. 2011. 385 s. 978-0-521-51765-2
3. PIETRANCOSTA, A., MARRAUD des GROTTES, A. Has the notion of „private offerings“ been abolished by The Prospectus regulation of 14 june 2017? In Bulletin Joly Bourse, č. 1, 01.01.2018, s. 60.,
Voľne dostupné z https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124225
[odkaz zachytený dňa 15.09.2018]
4. Zákon č. 530/1990 Zb. o dlhopisoch.
5. Zákon č. 566/2001 Z. z o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch).
6. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2003/71/ES zo 4. novembra 2003 o prospektke, ktorý sa zverejňuje pri verejnej ponuke cenných papierov alebo ich prijatí na obchodovanie, a o zmene a doplnení smernice 2001/34/ES (Ú. v. EÚ L 345, 31.12.2003, s. 64.).
7. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/65/EÚ z 15. mája 2014 o trhoch s finančnými nástrojmi, ktorou sa mení smernica 2002/92/ES a smernica 2011/61/EÚ Text s významom pre EHP (Ú. v. EÚ L 173, 12.6.2014, s. 349 – 496)
8. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1129 zo 14. júna 2017 o prospektke, ktorý sa má uverejniť pri verejnej ponuke cenných papierov alebo ich prijatí na obchodovanie na regulovanom trhu, a o zrušení smernice 2003/71/ES (Ú. v. EÚ L 168, 30.6.2017, s. 12 – 82).
9. Európska Komisia European Commission, ‘4th informal meeting on prospectus transposition’ (Záznam zo stretnutia 8. 3. 2005)

KONTAKT NA AUTORA

rostas.dusan@gmail.com

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc., emeritný profesor

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Metamorfózy Slovenského Obchodného práva (úvahy)

Metamorphoses of the Slovak commercial law (reflections)

Abstrakt

Autor vo svojej podnetnej štúdii skúma a porovnáva viaceré spoločensko-historické okolnosti formovania slovenského obchodného práva a jeho významnejšie zmeny počas zložitého dejinného vývoja. Vznik slovenského obchodného práva, ako samostatného právneho odvetvia v systéme slovenského právneho poriadku, vymedzuje v zložitom kontexte práva platného na Slovensku, v minulosti začleneného do širšieho rámca Uhorského štátu, od 16. storočia Rakúsko – Uhorskej monarchie (stredoeurópskeho superštátu) a v 20. storočí po prvej svetovej vojne do právneho poriadku Česko – Slovenskej republiky. Vzhľadom na pretrvávajúci model dualistickejho právneho poriadku česko-slovenskej štátnosti až do jej zrušenia v roku 1992, obchodné právo platné na Slovensku vykazovalo svoje špecifiká. Ich korene treba hľadať už v období tzv. archaického (pôvodne slovanského) práva, ktoré na Slovensku platilo pred sformovaním uhorskej štátnosti na prelome prvého a druhého tisícročia. Jeho nesporný vplyv presiahol až do novoveku, napr. vo forme obyčajov (obyčajového práva). Dôkazom toho je dlhodobosť viacerých právnych inštitútorov. Autor predkladanej štúdie si napokon všíma aj moderné impulzy na formovanie a zmeny slovenského obchodného práva, predovšetkým nesporné vplyvy európskych historických kodifikácií (napr. francúzskej kodifikácie zo začiatku 19. storočia, rakúskeho ABGB z roku 1811 a nemeckých kódexov súkromného práva, najmä Obchodného kódexu Handelsgesetzbuch z roku 1897). Rovnako sa autor zamýšľa nad koncepciou práva Európskej Únie a jeho podnetov vo vzťahu k národnému právu členských krajín EÚ.

Kľúčové slová: obchodné právo, Obchodný zákonník, vzťah ekonomiky a práva, rekopodifikácia súkromného práva, hospodárske právo, systém práva, slovanské právo, výučba práva, právne inštitúty, právo Európskej Únie.

Abstract

The author in his presented study examines and compares several socio-historical determinants of the genesis of the Slovak commercial law and its more important changes on the background of complicated historical events, especially crucial ones, taking place mainly in the central European area. He outlines the origin of the Slovak commercial law as relatively independent legal branch in the system of Slovak legal order in the complicated context of law (legal system) valid on the Slovak territory, in the past incorporated first into the framework of the Ugrian state (the Crown of St. Stephen), since

the 16th century into the widely conceived the Austro-Hungarian monarchy (so called Central-European super-state) and finally in the 20th century after the first world war into the legal order of the new established the Czechoslovak republic. With respect to existing model of legally (legislatively) dualistic Czechoslovak state, what was actually historical relict of the vanished Austro-Hungary (so called reception), commercial law valid within Slovakia (compared to the so called historical countries) showed its, we can say inherited, peculiarities. Its roots ought to be sought in the period of the so called archaic (originally Slavic) law, which was valid on the territory of current Slovakia before the Ugrian statehood was formed. Its undisputed influence has infiltrated till modern times, for example in the form of customs (customary law). The evidence of the fact is continuousness (persistence) of several legal institutes in the legal awareness of the society. The author of presented study finally observes also modern impulses influencing the formation and changes of the Slovak commercial law, mainly undisputed influences of the European historical codifications, for example the French codification at the beginning of the 19th century, the Austrian ABGB from 1811 and the German codes of private law, mainly the Commercial code (Handelsgesetzbuch – HGB) from 1897. The author also contemplates on the concept of law of the European Union and from it resulting impulses in relation to national law of the Member States of the EU.

Key words: commercial law, Commercial code, relationship between economy and law, recodification of private law, economic law, system of law, Slavic law, teaching the law, legal institutes, law of the European Union.

JEL Classification: K220

1. METODOLOGICKÉ VÝCHODISKÁ

Aktuálne a dosť časté zmeny slovenskej legislatívy podnecujú a generujú viaceré otázky a úvahy, týkajúce sa funkčnosti a efektívnosti novelizovaných právno-normatívnych aktov, hlavne zákonov, vzťahujúcich sa predovšetkým na oblast regulácie národného hospodárstva.

V právnických kruhoch vznikajú pochybnosti ohľadne reálnej efektívnosti prijímaných zákonov a z nich odvodenej d'álších právno-normatívnych aktov. Neraz sa stáva, že nové legislatívne riešenia nezapadajú úplne do širších kontextov osvedčených systémových rámcov, tak ako sa postupne vytvárali v priebehu kreovania právno-regulačného mechanizmu a jeho fungovania v ekonomike. Regulačný systém prostredníctvom právnych noriem a ustálených právnych inštitútorov prichodí skúmať, postupne overovať a v praxi realizovať len so zreteľom na reálne poznatky a potencionálne dopady jeho efektívnosti.

Týka sa to najmä tzv. ekonomických právnych odvetví, na prvom mieste práva obchodného, tiež hospodárskeho, finančného, daňového a d'álších s tým súvisiacich súborov a corpusov, napokon aj vrátane práva verejného (správneho, d'alej tzv. komunálneho etc.). Hypertrofia zákonov a d'álších právnych noriem nastoľuje okrem iného nevyhnutnosť ich selekcie, (adekvátej reštrukturalizácie) hodnotovej orientácie

a vyváženosť berúc pritom do úvahy aj potenciálnu regulačnú spôsobilosť (akcieschopnosť) a kvalitu skúmaných právnych nariem v zmysle všeobecne uznávaných kritérií právej normotvorby. Časté zmeny v legislatíve v určitom zmysle produkujú neodôvodnenú eufóriu zákonodarcov, čo viedie k preceňovaniu regulačných ambícii a možnosti nových právno-normatívnych riešení.

Staršie právne úpravy v spojitosti s viacvrstevnou masou novelizovaných zákonov vytvárajú nesúrodú veličinu často spôsobujúcu interpretačnú problémovosť, rozporuplnosť a viac zmyselnosť. Snahy o odstránenie uvedeného javu, napokon opäť vytvárajú neadekvátny, akýsi umelý priestor pre expanziu produkcie ďalších právnych nariem, usilujúcich sa o kvázi jasnejšiu interpretáciu už existujúcich normatívnych aktov.

Recipienti právno-normatívnych aktov, napr. podnikateľské kruhy, často poukazujú na zdanlivú všeobecnosť, akúsi medzerovitosť, neúplnosť a strohosť nariem, a to aj takých, ktoré v minulosti neboli spochybňované a právo aplikujúca sféra riešila veci s prihliadnutím na rozumnosť usporiadania a prirodzený chod vzťahov a to bez špekulačných interpretácií a akéhosi alibizmu. Oblast' aplikácie a interpretácie práva potom generuje a produkuje jeho tzv. dotváranie a to cestou vydávania ďalších právno-normatívnych aktov.

V sieti normatívnej inflácie tak postupne vzniká „akýsi pohyb v začarovanom kruhu“. Navonok sa môže zdať, že pestrosť foriem obchodovania, čo je zákonitý trend a jeho právnej regulácie objektívne spôsobuje potrebu meniť ustálené normatívne rámce, prinajmenej ich postupne a citlivovo korigovať. Zákonodarca však často favorizuje metódou tzv. zásadnej zmeny právnych predpisov, a to aj napriek tomu, že ide o normatívnu sféru kódexu napr. Obchodného zákonného, čím vlastne kódex ako historický produkt zákonodarstva stráca svoju legislatívnu stabilitu, napokon aj svoje funkčné miesto v normatívnej sústave štátu, čím dochádza k jeho postupnej degradácii a anulovaniu. V tejto súvislosti sa žiada poznamenať, že už prof. Ján Krčmar, ako popredná vedúca osobnosť pri príprave československej kodifikácie občianskeho práva za prvej Československej republiky požadoval a v legislatíve presadzoval, aby právne normy zodpovedali požiadavkám spravodlivosti a prirodzenej slušnosti¹.

Idea spravodlivosti a prirodzenej slušnosti predstavujú imanentnú zložku práva (právnej normy ako právno-normatívnych a ďalších právnych aktov) a jeho právno-genetického a interpretačného základu (podstaty). Predstavujú napokon axiologickú (hodnotovú) stránku práva v takej alebo onakej mieri, závislej na intenzite a dôrade uvedených princípov späť s právom. Pravda existujú aj ďalšie relevantné dotyky a interakcie skúmaných fenoménov s normatívnou sústavou písaného práva, osobitne práva obchodného. V ňom sa integrujú ako prvky písaného tak aj nepísaného práva. K uvedenému sa ešte vrátim v druhej časti predmetnej štúdie, najmä s prihliadnutím na vplyv ďalších všeobecne uznávaných faktorov na proces krokovania a zmien slovenského

¹ Porovnaj KRČMAR, J.: Pojem práva a idea spravodlivosti. Jejich miesto v díle Randoš. In: PRÁVNÍK 1934, roč. LXXIII, s. 565 a nasl.: „U Randa snad častejši se setkávame s pojmem pôrodené slušnosti, ale také pojem spravedlnosti se vyskytuje hojně.“ Ďalej píše: „Sledujeme-li pak Randovy úvahy, kterým říkal úvahy *de lege ferenda* a kterým dnes říkame spíše právní politika, poznáme, jak jsou neseny oním heslem *justicia rerum publicarum fundamentum*, čili jak usiloval o onu konvergenci mezi právem a spravedlnosťí, o to, aby to co je právem, bylo také spravodlivé.“ (s. 569). Osobnosti prof. KRČMARE ale aj iným napr. E SVOBODOVI, venoval mimoriadnu pozornosť predovšetkým V. KNAPP (Cesta Emila Svobodu a Jana Kačmára k pravdě. In: PRÁVNÍK, 1951, roč. 90, s. 350 a nasl.

obchodného práva v kontexte právno-historických peripetií Slovenska v spojitosti s dejinami čs. štátnosti.

Výskum problému ako má legislatíva reagovať na prekotné pohyby a zmeny v právnom systéme štátu, osobitne pokiaľ ide o oblasť obchodovania (obchodných vzťahov), v širšom zmysle regulácie národochospodárskych vzťahov a procesov, je vo všeobecnosti úzko spätá s doktrínou vzťahu práva a ekonomiky. Nejde len o teoretický (náukový) problém, ale aj odvodené súvislosti zo skúmaného okruhu ekonomických a právnych vzťahov. Treba však dodať, že v rovine reálnych vzťahov sa veci vyvíjajú vždy inak, než ako sa nám prejavujú v štylizovaných, sofistikovaných predstavách, ktoré sú zväčša iba potencionalitou skutočného vývoja.

Fenomén vzťahu práva a ekonomiky (a obrátene ekonomiky a práva) ich vzájomné interakcie, vrátane výskumu súvislostí medzi nimi, patrí do základného vedeckého poznávania, ekonomickej náuky, v istom zmysle aj právnej vedy, hoci je nepopierateľné, že tento vzťah dôsledne vzato, produkuje tiež rýdzo pragmatické sféry teoretického záujmu. Napr. formovanie a spresňovanie ekonomickej (hospodárskej) politiky štátu s vyústením do konkrétnejších postulátov právnej politiky a teda aj úvah de lege ferenda².

V dejinách výučby práva na československých právnických fakultách, už aj v období Rakúsko-Uhorskej monarchie bolo možné zaznamenať pozoruhodný trend, spočívajúci vo vedeckom poznávaní vplyvu ekonomických vied na právny systém, vrátane teoretických otázok metodológie. Dokazuje to aj skutočnosť, že na právnických fakultách sa úspešne etablovali katedry národného hospodárstva, na ktorých pôsobili významní vysokoškolskí pedagógovia (univerzitní profesori), ktorí v prevažnej miere mali aj právnické vzdelanie, napr. prof. Karel Engliš (1881-1961), prof. Imrich Karvaš (1903-1981) etc³.

2. VŠEOBECNÉ OTÁZKY SLOVENSKÉHO OBCHODNÉHO PRÁVA

Systém práva (právnej vedy, doktríny), ktorý v jednotlivých krajinách v stredoeurópskom priestore doposiaľ pretrváva, bol budovaný, teoreticky formovaný a v ďalšej vývojovej etape relativne ustálený. V pedagogickom procese s istými výhradami traktovaný sa dnes ocitol pred zásadnou legislatívou vol'bou, či skôr primárne politicko-právnej recepcie koncepcie, vo všeobecnosti označovanej a vlastne v určitom slova zmysle aj akceptovateľnej ako európska, t.j. so zreteľom na vplyv európskeho práva (práva Európskej únie), tzv. europeizácie národného práva. Základný problém uvedeného

² Uvedenými otázkami som sa zaoberal aj vo svojej štúdie, publikovanej v teoretickom časopise, t.j. in : Ekonomický časopis, 61, 2013, č. 5, s. 514-537 pod názvom : SUCHOŽA, J. „Vzťah práva a ekonomiky v období krízových situácií v národnom hospodárstve (legislatívne úvahy a podnety) – The Relation of Law and Economics in the period of Crisis in National Economy (Legislative Reflections and Impulses).“

³ Pozri napr. BAŽANTOVÁ, J. Dějiny výuky národního hospodářství jako právněhistorický směr a jeho tvůrce Albín Bráf In: Právěhistorické studie č. 45/1, Univerzita Karlova v Praze. Nakladatelství KAROLINUM, 2015, s. 88 a nasl.

Z mladšej generácie, zaoberajúcej sa vedou a výučbou národného hospodárstva na Karlovej univerzite v Prahe, je namiestne spomenúť Jozefa Grubera (1865-1925), Cyrila Horáčka (1862-1943), Karla Engliše (1880-1961). Emanuela Schindlera (1882-1936) a ďalších.

javu spočíva v intenzite tohto vplyvu, jeho rozumnej a vyváženej etapizácii s určením priorit a zachovaním autenticity a historického zmyslu inštitútorov národného práva⁴.

Treba však dodať, že v období dynamických spoločenských a politických premien na európskom kontinente v 19. storočí, a nového strategického, skôr imperiálneho usporiadania (prerozdelenia) veľmocenských ambícií vo svete, dochádza tiež k prijatiu významných historických kódexov súkromného práva, vrátane práva obchodného. A teda k modernej, trvalejšej fixácii právno-normatívneho rámca obchodovania a tvorbe jeho právne sofistikovaných modelov, v zásade dodnes relevantných⁵.

V 20. storočí s presahom do 21. storočia, najmä po dvoch veľkých svetových vojnách, sa v národnom hospodárstve jednotlivých krajín prehľbjujú a reprodukujú krízové javy ako napr. veľká hospodárska kríza v 30. rokoch minulého storočia ako aj vznik globálnej finančnej krízy v rokoch 2007 -2008. Prof. Thomas Piketty vo svojej publikácii **Kapitál v 21. storočí** (Bratislava, Vydavateľstvo IKAR, 2015, ISBN 978-80-551-4248-7) v tejto súvislosti na str. 515 a nasl. označuje: „Nová globálna ekonomika so sebou priniesla veľké nádeje (napr. odstránenie chudoby) a zároveň veľkú nespravodlivosť (niektorí jednotlivci sú v súčasnosti bohatí ako celé krajiny).“ Vychádzajúc z nových politických a hospodárskych skutočností vo svete, ktoré výraznejšie presahujú do sociálnej oblasti štátov, sa dnes opäť vynárajú a reprodukujú spoločensky neúnosné excesy, trvalo

⁴ Noam CHOMSKÝ, poukazujúc na peripetie budovania základov ekonomiky niektorých štátov (nielen rozvojových), uvádza: „*Na základe obsáhlé dokumentace môžeme učinit obecnejší záver : suverenita chápána ako schopnosť kontrolovať domáci ekonomiku a vstúpiť na mezinárodní trhy na základe vlastních podmínek, je kľúčovým predpokladom hospodárskeho rozvoja.*“ In: Noam CHOMSKÝ, Disident Západu. Praha, Univerzita Karlova v Praze, 2014, s. 217, ISBN 978-80-2462629-1.

⁵ Kodifikáčné procesy súkromného práva prebiehajúce v stredoeurópskom priestore sú do značnej miery ovplyvňované historickými tradíciami rakúskeho občianskeho práva (ABGB), pričom v niektorých krajinách (napr. v Maďarsku), badať snahu po komplexnejšom prístupe aj v úprave práva obchodných spoločností, tzv. korporačného práva. Takú tendenciu dokumentuje tiež rekodifikovaný Občiansky zákonník Maďarska (zákon č. V. z roku 2013 s účinnosťou od 15. marca 2014). Porovnaj Suchoža, J. - Bujňáková, M. - Červená, K. - Treščáková, D. - Marjak, D. : *Účinnosť vybraných právnych inštitútorov a ekonomicko-finančných nástrojov v systéme regulácie ekonomiky*. Košice, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2013, s. 9 a nasl.

Pozri tiež zborník z vedeckej konferencie, Gondosné dr. Pusztahegyi Réka – dr. Juhász Agnes etc. JAVITANDÓ ÉS JOBBÍTHATÓ ELEMÉK A PTK. KODIFIKÁCIÓJÁBAN (Tanulmánykötet), Kiadó: Novotni Alapítvány Magánjog Fejlesztéséért, Miskolc, 2012, 248 s. Porovnaj ďalej zborník z vedeckej konferencie ŠTENPIEN, e. – MISKOLCZI BODNÁR, P. etc., A tulajdonátruházás összehasonlító kereskedelmi és üzleti jogi kérdései, Budapest, 2015, 313 s.

V poľských koncepciach aj napriek historickej tradícii práva obchodného, danej predovšetkým prijatím Obchodného kódexu v roku 1934 (tzv. Kodex handlowy), sa postupne sformovalo do dnešného dňa platné poľské právo obchodných spoločností, odvájajúce sa z osobitného, pomerne rozsiahleho, relatívne komplexného kódexu, označeného ako **Kodex spółek handlowych** z roku 2000. Porovnaj W.J.Katner, Prawo spółek handlowych jako cześć prawa gospodarczego prywatnego (handlowego) – kwestie teoretyczne i legislacyjne. In : Acta Universitatis Lodziensis. Folia iuridica 68, Wydawnictwo Uniwersytetu Lódzkiego, LÓDŹ 2006, s. 5 a nasl. V tom istom zborníku bola publikovaná aj stat' autora tejto štúdie (Suchoža, J. :

Právo obchodných spoločností ako súčasť obchodného práva – teoretické a legislatívne otázky, s. 29 a nasl.).

ohrozujúce stabilitu a sociálno-politickú rovnováhu jednotlivých krajín. Tzv. ekonomická nespravodlivosť je negáciou základných hodnôt (princípov), na ktorých spočívajú právne systémy demokraticky založených štátov.

Imperatív spravodlivosti práva (zákonov), už klasické rímske právo definovalo v zmysle a v spojitosti s vymedzením, že **právo je umenie dobra a slušnosti** (spravodlivosti)⁶.

V takom vymedzení práva a jeho interpretáciách napokon bol a aj do dnešnej doby je zakomponovaný etický (hodnotový) rozmer práva. So zreteľom na uvedené, teória práva sa aj v súčasnom období zaobera základnými dimenziami vzťahu fenoménu spravodlivosti a práva, predovšetkým v zmysle písaného práva, najmä pokial' ide o zákony (príp. iné právno-normatívne akty), v ktorých viac alebo menej absentujú prvky, princípy (požiadavky) všeobecne uznávané a požadované s poukázaním na hodnotové určenie (obsah) právnych noriem a ústavnoprávnych prerogatívov⁷.

Fenomén „spravodlivosti“, ako hodnotová kategória práva sa prezentuje a presadzuje jednak v právno-normatívnej sfére a jednak v aplikačnej praxi, predovšetkým v interpretácii a aktivizácii (realizácii) príslušných zákonov a ďalších právnych noriem.

⁶ BARTOŠEK, M. : VERRINAE. Význam Ciceronových řečí proti Verrovi. Pro základní problémy státu a práva. Vydala Univerzita Karlova, Praha 1977, s. 161 a nasl. Rozlišuje **konanie proti dobrým mravom predkov**, čomu korešponduje výraz MOS (Mos maiorum, instituta maiorum a pod.) a výrazom **CONSUETUDO, t.j. právna obyčaj**, pričom nejde vždy o obyčajové právo, skôr o zvyklosť v zmysle mos maiorum (tiež consuetudo maiorum). Vedľa toho tu stojí výraz **humanitas, aequitas, ius a exempla**, ius, aequitas, a edicta, instituta a leges etc. Pozoruhodné na tom je, že Cicero poukazuje na nekalé praktiky, ktorých sa dopustil Verres a tak vlastne z uvedenej konkrétnej kauzy proti Verrovi odvíja svoje úvahy, že „jako první porušil (zvláště na Sicílii) nejen normy platného práva, nýbrž i dávné obyčeje, uznávané všemi jeho předchůdci.“ S. 163. Bartošek k tomu poznamenáva : „Jednou ze základních vlastností Ciceronových, která se v něm zakořenila již od dětství, kdy od svého děda slýchával o slavných činech římských hrdinů a přísných mravech starých dob, byla neobyčejná úcta k odkazu předků, k mravoučným příkladům z římských dějin...“

Porovnaj tiež BOHÁČEK, M. : Nástin přednášek o soukromém právu římském. I. Úvod – práva věcna., Praha 1945, Nákladem vlastním, s. 10 a nasl. Okrem iného tu autor skúma tzv. „materiálne pramene vzniku súkromného rímskeho práva, pod ktorými rozumie napr. základné zásady ovládajúce právny poriadok alebo pomery sociálne, hospodárske, historickú tradíciu.“ Autor v tejto súvislosti poukazuje tiež na to, že „prvotná právna organizácia, ktorá vznikla na území neskoršieho Ríma, zjednotením pastierskych kmeňov latinského pôvodu, zrejme pod etruským vplyvom, podľa tradície niekedy v polovici 8. storočia pred Kristom (vyrástla z práva obyčajového – mores maiorum)“.

⁷ Porovnaj KNAPP, V. a kol.: Tvorba práva a její současné problémy. Praha : Linde Praha a.s., 1998, s. 74 a nasl., ISBN 80-7201-140-5. Pozri tiež BARÁNY, E. : Hodnoty v právnom pozitivizme, In: Gerloch, A., (ed.) Viktor Knapp.: Vědecké dílo v proměnách času. Plzeň: Aleš ČENĚK, 2014, s. 94 a nasl.

Podobne ŠTURMA, P.: Pojetí spravedlnosti v právni filozofii a mezinárodním právu. In: tamže, s. 84 a nasl. ISBN 978-807380-509-8. Barány okrem iného uvádza : „Žiadna, ani tá najlepšia a najspravodlivejšia norma sa nestane právom, kým ľudským konaním, okrem právneho obyčaja, rozhodnutím nebude vtelená do prameňa práva, ale **zvlášť kvalifikovaná nespravodlivosť zbavuje pravidlo správania charakteru právej normy**, i keď má vonkajšiu formu prameňa práva, tak ako učí Radbruchova formula.“ Pozri Radbruch, G., Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, Rechtsphilosophie, Stuttgart 1950, s. 363, slovenský preklad A.Bröstl, G.Radbruch, Zákonné neprávo a nadzákonné právo. In : OS Fórum občianskej spoločnosti, 1-2, 2005, s. 27-33.

Podľa môjho názoru existujú viaceré dimenzie a realizačné zóny kategórie „spravodlivosti“ a to s prihliadnutím na sféru jej uplatňovania.

So zreteľom na to, možno hovoriť predovšetkým o **sociálnej spravodlivosti** (sociálnom štáte), garantovanej ústavnoprávnym zakotvením⁸.

Vo viacerých právnych normách daňového práva a rovnako k tomu sa vzťahujúcej odbornej literatúre sa skôr vo všeobecnej rovine než meritórne, pojednáva o tzv. **daňovej spravodlivosti**⁹.

3. ÚVAHY A POZNÁMKY KU GENÉZE SLOVENSKÉHO OBCHODNÉHO PRÁVA

Vydaním prvého československého Obchodného zákonníka v roku 1991, boli v bývalom Česko-Slovensku vytvorené legislatívne predpoklady pre rozvoj slobodného trhu, pričom kodifikácia obchodného práva bola súčasťou širších legislatívnych riešení a zásadných politických a ústavnoprávnych zmien, naštartovaných koncom roka 1989

⁸ Pozri ústavnoprávnu úpravu hospodárskych, sociálnych a kultúrnych práv (čl. 35 a nasl. Ústavy SR), napr. právo na spravodlivé a uspokojujúce pracovné podmienky etc. , najmä tiež ústavnoprávny akcent princípov hospodárskej sústavy SR, garantujúcej sociálnu a ekologickú orientáciu trhovej ekonomiky. Problematikou sociálneho štátu sa najnovšie zaoberá PIKETTY, T.: Kapitál v 21. storočí (Le Capital Au XXIe siècle). Do slovenského jazyka preložil P. Fridner a J. Minárik. Vydavateľstvo IKAR, Bratislava 2015, 749 s., ISBN 978-80551-4248-7. Ten okrem iného píše : „Nová globálna ekonomika so sebou priniesla veľké nádeje (napr. odstránenie chudoby) a zároveň nesmiernu nespravodlivosť (niektorí jednotlivci sú v súčasnosti bohatí ako celé krajiny).“ (str. 515). Porovnaj tiež Jakub Rákosník, Igor Tomeš et alieeni napr. Vojtech Tkáč: Sociální stát v Československu. Právne institucionálne vývoj v letech 1918-1992. Vydavateľ Auditorium, Praha, 2012, s. 416, ISBN 978-80-87284-30-8.

⁹ Napr. STARÝ, M. a kol. : Dějiny daní a poplatků. Vydavatel Havlíček Brain Team, Praha 2009, 207 s. (Štúdia Šouša, J. : Daně a poplatky v 19. století a za československé republiky v letech 1918-1938, str. 88 a nasl.), okrem iného uvádza: „ v průběhu 19. století došlo s rozvojem finančního práva k nahrazení koncepce rovné daně ve prospěch principu tzv. **daňové spravedlnosti** a zavedení **daněprostého minima**, tzn. minimálních příjmů dosažených za rok, pod než se daň neplatila.“

Porovnaj tiež CAHA, J.: Finanční věda a finanční právo, Brno, 1921, Nakladatelství Barvič-Novotný, 106 s. Medzi zásady finančno-politické, daňových princípov o.i. uvádza tie : „**zásady spravodlivosti daňovej**, t.j. zásadu všeobecnosti a stejnometnosti. V tejto súvislosti, s odvolaním sa na Bráfa , uvádza: „, daňové princípy sú všeobecné maximy, ktoré vyplývajú z úkolu daní vo finančnom systéme i z národochospodárskej ich povahy, ďalej tiež z etických princípov, ktoré podľa platných názorov ovládajú pomer štátu k jednotlivcom.“

Prof. Babčák sa tiež podrobne zaoberá princípmi zdaňovania, pričom princípy súhrne chápe aj ako daňové zásady. Medzi uvedené princípy (zásady) zaraďuje **princíp daňovej spravodlivosti**, ktorý považuje za jeden z popredných. Vychádza z toho, že „spravodlivosť je základným kritériom daňového systému.“ Babčák, V.: Daňové právo Slovenskej republiky. Vydavateľstvo Ing. Miroslav Mračko, EPOS, Bratislava, 2010, 638 str. ISBN 978-80-8057-851-0.

Pozri ďalej Karfíková, M.: Postavení daňového práva v systému práva. In Acta Universitatis Carolinae. IURIDICA 3-4/2003, s. 109. Autorka o.i. zdôrazňuje požiadavku na **spravodlivé rozloženie daňového bremena**.

Prof. ENGLIŠ, Národní hospodárství, Praha, 1946, ORBIS, 314 str. v makroekonomickej rovine sa zaoberal aj problematikou tzv. **daňovej únosnosti**, predovšetkým osobnej, s. 189 a nasl.

a nasledujúcich rokov.¹⁰ Okrem adaptácie nových zákonov na meniac sa spoločenské pomery, predovšetkým v ekonomickej oblasti, právny systém spoločného čsl. štátu, bol v uvedenom období nútenej „za pochodu“ riešiť a usporiadať sústavu a hierarchiu prakticky zmenených, historicky prelomových právnych javov (kategórií, inštitútorov, medziodvetvových interakcií a interpretácií). So vznikom nástupníckych štátov v roku 1993, sa spája proces budovania samostatných právnych systémov Slovenskej, rovnako aj Českej republiky. Základná „legislatívna výbava“ nových štátnych celkov, bola produktom recepcie československého práva, hoci ani zdedený čsl. právny systém neodstránil počas svojej existencie reziduálneho dualizmu, ktorý tu bol už pri konštituovaní čsl. štátnosti v historickom roku 1918¹¹.

V uvedenej súvislosti mi napadá, že všeobecne vzato, proces vznikania akoby „nového práva“, sa na našich územiach (v širšom zmysle v stredoeurópskom priestore), je často späť s fenoménom recepcie práva. Už neraz v histórii práva sa „presadenie“ cudzieho práva v niektorých štátoch spája s recepciou práva, často aj naoktrojovanou nielen demokraticky pripravovanou¹².

Osobitnú pozornosť si v tejto súvislosti zaslhuje recepcia európskeho práva v štátoch EÚ¹³. Základným atribútom procesu tvorby práva, je vytváranie práva (právneho poriadku, systému) z vnútorných zdrojov tej-ktorej krajiny so zreteľom na historické

¹⁰ Zákon č. 513/1991 Zb. – Obchodný zákonník v platnom znení s účinnosťou od 1. januára 1992.

¹¹ Zákon č. 11/1918 Sb.z. a n. o zriadení samostatného štátu československého. Tento ustanovil, že všetky doterajšie zemské a rišske zákony zostávajú zatiaľ („prozatím“) v platnosti. Keďže zákon prevzal uhorský a rakúsky právny poriadok, bol označovaný ako **recepčný zákon**.

Porovnaj HORÁK, O.: Vznik Československa a recepcie práva. K právnej povaze a významu zákona č. 11/1918 Sb.z. a n. In: Právne historické studie č. 38. Univerzita Karlova v Praze. Nakladatelství KAROLINUM, 2007, s. 153 a nasl.

Pozri ŠROBÁR, V.: Osvobodené Slovensko. Pamäť z rokov 1918-1920, sväzok prvy. Vydavateľstvo ČIN PRAHA, 1928, 470 str.

Porovnaj tiež Ráth, A.: Unifikácia. In: Časopis PRÁVNIK, 1920, roč. 59, s. 153 a nasl.

¹² Porovnaj LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku. Bratislava, 1946, Nákladom Knižnice Právnickej Jednoty, str. 59, „...naoktrojovaním rakúskeho občianskeho zákonníka, čo sa stalo patentom z 29.novembra 1852, podľa ktorého dňom 1. mája 1853 začal platiť v Uhorsku rakúsky občiansky zákonník. Jeho vláda trvala do 23. júla 1861. Bola to krátka epizóda panstva cudzieho zákonného práva, po ktorej nastal zase návrat k právu obyčajovému.“

¹³ Porovnaj TOMÁŠEK, M. – Týč, V. a kol. : právo Európskej unie. 1. vydanie. Praha: Leges, 2013, 496 str. ISBN 978-80-87576-53-3. Autori sa zaoberejú o.i. povinnosťou pristupujúceho štátu do EÚ akceptovať tzv. **acquis Union**, predtým známe ako **acquis communautaire** a to tejto súvislosti uvádzajú : „ Tímto termínom se označuje soubor celého únijního práva, které musí daný stát přjmout jako záväzné právo. Zahnuje nejen právo primární a sekundární, ale i judikaturu Soudního dvora, mezinárodní smlouvy, které sou součástí unijního právního rádu a také obecné zásady unijního práva.“ V tejto súvislosti tu v istom slova zmysle možno hovoriť o **špecifickej recepcii práva**.

Porovnaj tiež Čorba, J. – Klučka, J.- Procházka, R.- Vávrová, V. : Uplatňovanie európskeho práva na Slovensku. In: Juraj Čorba (editor), Európske právo na Slovensku. Právny rozmer členstva SR v Európskej únii. Druhé vydanie. Nadácia KALLIGRAM, Bratislava 2003, s. 215 a nasl. ISBN 80-968886-1-7.

a národné tradície danej krajiny. Tu sa dostávame k všeobecnému problému (fenoménu) označovaného ako **tvorba práva**¹⁴.

V tejto súvislosti treba zdôrazniť, že tak ako vznik štátov je ovplyvnený súhrnom viacerých determinujúcich príčin a okolností (vonkajších aj vnútorných), tak aj konštituovanie právneho systému štátov má svoje špecifické príčiny. Tu neexistuje žiadna schéma alebo model. Tu nie je na škodu všimnúť si genézu práva v niektorých starovekých spoločenstvách, keďže viaceré právne javy ako aj ich aspekty z tohto obdobia presahujú svoj staroveký, „archaický“ rámc a dochádza k ich prenosu, „pretaveniu“ do historicky novších období stredoveku, ba v niektorých smeroch až novoveku (napr. niektoré prvky starobylého obyčajového práva v dikcii niektorých corpusov – zbierok obyčajov). V tomto smere si zasluhuje pozornosť právny dokument uhorského kráľovstva zo začiatku skorého novoveku, prinajmenej európskych rozmerov, ktorý je všeobecne známy a označovaný ako TRIPARTITUM¹⁵.

Uvedené právne javy, v určitom slova zmysle juristické artefakty, vrátane niektorých zbierok mestského práva, boli v minulosti objektom pozornosti právnej vedy (jurisdikcie) a literárneho spracovania¹⁶.

Osobitným problémom tvorby práva na našom území je vplyv, presah (v určitom slova zmysle „dozvuky“) starobylého slovanského práva. Uvedené problémy a otázky sú v ostatnom období predmetom vedeckého poznávania a spracovania viacerých právnych historikov prevažne mladých¹⁷.

¹⁴ Problematika procesu tvorby práva (tvorby zákonov) obsahuje v sebe viaceré dimenzie. Na prvom mieste je to rozmer **juristický**, ďalej **politologický**, prípadne tiež **sociologický**. Z uvedených prístupov nie je možné vylúčiť **historicko-právne** (právno-historické) hľadisko poznávania, konkrétnie t.j. ako sa v určitej historicko-spoločenskej realite generovalo právo (právne normy) a to nielen písaného ale aj obyčajového práva, jeho štruktúrne časti (zložky), ktoré sa postupne presadili ako zárodky rodiacich sa právnych inštitútov, t.j. spočiatku ako morálne pravidlá. Porovnaj HART, H-L.A.: Pojem práva. The Concept of Law. Z anglického jazyka preložil Petr Fantys. Vydavateľ PROSTOR, Praha, 2004, s. 157 a nasl., s. 185 a nasl., ISBN 80-7260-103-2.

¹⁵ Pozri ŠTENPIEN, E.: TRIPARTITUM, Vydavateľstvo EUROPODEX, Bratislava, 2008, 320 str., ISBN 978-80-89363-24-7.

¹⁶ V roku 1834 bola vo Viedni vydaná publikácia: Johann von Steeger, Darstellung der Rechte und rechtlichen Gewohnheiten der Königlichen freyen Städte in Ungarn. Im Verlage den Bauer und Dirnböd. Počet strán 259.

Pozoruhodným právnym dokumentom je súpis mestského práva, ktorá je považovaná za najstaršiu právnu pamiatku na Slovensku. Obsahuje zápis z rokov 1380-1524, pričom od roku 1451 je písaný prevažne už v národnom jazyku. Dokument vydal Václav Chaloupecký pod názvom **ŽILINSKÁ KNIHA**, Bratislava, 1934, Nákladom Učenej spoločnosti Šafaříkovy, 239 s.

¹⁷ V tejto súvislosti pozornosť si zasluhuje vedecká publikácia slovenských renomovaných právnych historikov Tomáša Gábriša a Roberta Jágera o „najstaršom archaickom práve našich slovanských predkov usadených v Strednej Európe a vytvárajúcich prvé predstátne útvary pod názvom Samova ríša, Nitrianske Moravské kniežatstvo a prvý štátny celok západných Slovanov, nesúci zaužívaný historický názov Veľká Morava.“ Pod názvom „Najstaršie právo Na Slovensku?“ Pokus o rekonštrukciu predeyrolometodského normatívneho systému. „Bratislava : Wolters Kluwer v spolupráci s Právnickou fakultou UK v Bratislave, 2016, 311 str.

Pozri recenziu Miriam Laclavíkovej a Adriany Švecovej v českom časopise PRÁVNÍK, roč. 2018, č. 6, s. 535 a nasl.

V tejto súvislosti treba dodať, že čsl. právna história už v minulosti sa zaoberala vedeckým poznávaním slovanského práva, objasňovala a interpretovala viaceré historicko-právne dokumenty, zákony a corpusy archaického práva, vrátane prekladov zborníkov byzantského práva z gréčtiny, napr. NOMOKANON (tzv. Korčnije knigy), EKLOGA, PROCHEIRON a napokon aj významný historický relikt (právny corpus), z pôsobenia byzantskej misie Konštantína (Cyrila) a Metóda na Veľkej Morave a Bulharsku, t.j. ZÁKON SUDNYJ LJUDEM¹⁸.

V otázke historickej genézy starobyľého slovanského práva a okolnosti jeho širších determinantov, pozornosť si zasluhujú úvahy o niektorých črtách slovanskej povahy, napr. zmysel pre spravodlivosť, v ktorých o.i. pojednával profesor Karlovej univerzity L. NIEDERLE vo svojom rozsiahлом diele „Život starých Slovanov. Základy kulturných starožitnosti slovanských“ – díl III., svazek 2, Praha: Nákladom Bursíka a Kohouta, 1925, str. 763 a nasl.

4. ZÁVEREČNÉ POZNÁMKY A NÁVRHY

Prezentované úvahy a návrhy de lege ferenda ohľadne legislatívnej koncepcie noriem obchodného práva rešpektujú skutočnosť, že celý problém rekodifikácie súkromného práva, sa u nás redukuje do dvoch akoby protichodných záverov. Podľa môjho názoru ľažisko skúmaného problému nespočíva v tom, či zákonodarcovia schvália jeden rozsiahlejší kódex súkromného práva (tzv. megakódex) alebo zotravajú na pozícii dvoch kódexov Občianskeho zákonného a Obchodného zákonného. Favorizácia legislatívnej koncepcie (tzv. dualistickej), korešponduje u nás s historiccko-právnou tradíciou osobitného kódexu obchodného práva s prepojením na všeobecné súkromné právo (akési **ius commune**), v podstate obsiahnuté v Občianskom zákonného.

Pri úvahách de lege ferenda, však aj nadálej meritórnou zostáva otázka, ktoré aspekty a vzťahy viazáce sa na obchodovanie, budú formou kódexu upravené, aká bude miera ich zákonnej záväznosti, so zreteľom na vzťah tzv. **práva heteronomného a autonomného**¹⁹.

Problém kodifikácie súkromného práva a to aj v spojitosti s právom obchodným, treba skúmať komplexne, pričom niektoré stránky tohto problému presahujú do systému teórie práva (právnej vedy, náuky, doktríny). K otázke všeobecne akceptovateľného a historickej podmieneného systému práva (tzv. štrukturalizácie právnych odvetví), treba zdôrazniť, že ustálený systém práva, ktorý sa v stredoeurópskom priestore vytváral pod vplyvom francúzskej kodifikácie, tiež rakúskej a nemeckej, doposiaľ v väčšej časti pretrváva. Uvedený systém bol budovaný a teoreticky formovaný postupne, pričom v 19. storočí mimoriadny význam pri konštrukcii a formovaní vedy súkromného práva, zohrala nemecká škola pandektného práva (**usus modernus pandectarum**).

¹⁸ Pozri SATURNÍK, Th, Příspěvky k šíření byzantského práva u Slovanů, Praha : Nákladem České Akademie věd a umění, 1922, s. 33 a nasl. Treba dodať, že vedecký výskum a výučba Slovanskej právnej histórie sa úspešne realizovali na Karlovej univerzite najmä po jej osamostatnení a zriadení českej právnickej fakulty v roku 1882. Porovnaj MALÝ, K.: Jaromír ČELAKOVSKÝ – Zakladatel univerzitného oboru českých právnických dejín, In: Právno-historické studie č. 45/1, Vydala Univerzita Karlova v Praze. Nakladatelství KAROLINUM, 2015, s. 7 a nasl. ISSN 0079-4929.

¹⁹ Porovnaj KNAPP, V.: Teorie práva, 1.vydání. Praha, C. H. Beck 1995, s. 52 a nasl. ISBN 80-7179-028-1.

Treba tiež podčiarknúť, že v období dynamických spoločenských a politických premien na európskom kontinente v 19. storočí, v súvislosti s prijatím historických kódexov súkromného práva (vrátane práva obchodného), dochádza k akejsi, kvázi modernej fixácii normatívneho rámca obchodovania a tvorbe jeho juristicky sofistikovaných modelov, v zásade dodnes frekventovaných a právne relevantných.

Prvé kodifikácie odštartovali sériu ďalších legislatívnych procesov, často označovaných termínom „rekodifikácia“ vo väzbe na korešpondujúce „decodifikácie“. Dalo by sa povedať, že v niektorých krajinách prebiehal spontánny kodifikačný boom. Špecifická situácia bola v Uhorskej časti Rakúska – Uhorského mocnárstva, keďže aj napriek tvrdším, dokonca imperiálnym pokusom Viedenskej administratívy, právny systém Uhorského štátu si dlhodobo udržal akúsi autonómiu. V súkromnom práve dominovalo právo obyčajové. V obchodnom práve sa presadil samostatný kódex obchodného práva (Obchodný zákon z roku 1875), keď vlastne už predtým v roku 1840, boli v Uhorsku prijaté viaceré obchodnoprávne predpisy (formou zákonov), upravujúce obchodné podnikanie²⁰.

Vytvárala sa tu špecifická pozícia uhorského práva, ktoré bolo v zásade konštruované na princípoch obyčajového práva. V dôsledku uvedeného, slovenské právo je v určitom slova zmysle poznámenané tradíciami uhorského práva (napr. Uhorský Obchodný zákon z roku 1875 a nadväzujúce právne akty platili na Slovensku až do vydania a začiatku účinnosti prvého čs. Občianskeho zákonného zákona z roku 1950). Týkalo sa to aj uhorského obyčajového práva (tzv. TRIPARTITUM a Dočasné súdne pravidlá Judex-kuriálnej konferencie z roku 1861).

Dynamika obchodných vzťahov, najmä so zreteľom na medzinárodný obchod a interakcie subjektov v rámci Európskej Únie v súčasnom období, však nastoľuje nové prístupy aj v chápani práva EÚ. Súvisí to s otvorením niektorých nových (skôr staronových) problémov v otázke vzťahu národného práva členských krajín EÚ a práva únijného, so zreteľom na prekonávanie určitého napäťia a javov, ktoré vznikli v ostatnom období v rovine legitimity niektorých aktov orgánov EÚ (napríklad viaceré rozdielne prístupy v chápani ústavnoprávnej pozície Európskej Únie).

Proces tzv. europeizácie národného práva by nemal spôsobiť anulovanie a ani výrazné oslabovanie a obmedzovanie historických a ústavnoprávnych prerogatívov a suverenity členských štátov EÚ. Ide tu však o otázky a problémy, ktoré si vyžadujú osobitný komplexný prístup.

KONTAKT NA AUTORA

jozef.suchoza@upjs.sk

Univerita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

²⁰ Porovnaj LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Bratislava, 1946, Nákladom Knižnice Právnickej Jednoty v Bratislave, s. 159, s. 373 a nasl. Boli to najmä zákony (zákonné články) č.16/1840 o obchodníkoch, č.17/1840 o priemysle, č.18/1840 o verejnej obchodnej spoločnosti, 19/1840 o obchodných spoločenstvách a makléroch, č. 20/1840 o konkurze etc.

JUDr. Lubomír Zlocha, PhD.

Slovenská akadémia vied v Bratislave, Ústav štátu a práva

Kapitálové fondy obchodných spoločností po novele Obchodného zákonníka¹

Capital funds of companies after the amendment of the Commercial code

Abstrakt

Dňa 1. januára 2018 nadobudla účinnosť novela Obchodného zákonníka, ktorou sa ustanovenia Obchodného zákonníka rozšírili o § 217a upravujúci kapitálový fond z príspevkov. Aj keď Obchodný zákonník na niektorých miestach pracoval s pojmom tzv. iných vlastných zdrojov, výslovná úprava ostatných kapitálových fondov v zákone absentovala, čo v aplikačnej praxi spôsobilo viaceré právne a aj účtovne nejasnosti ohľadom ich tvorby a rozdeľovania.

Kľúčové slová: kapitálový fond, obchodné spoločnosti, účtovanie, vlastné zdroje spoločnosti

Abstract

On 1 January 2018, an amendment to the Commercial Code entered into force, extending the provisions of the Commercial Code to a new provision of Section 217a regulating the capital fund from contributions. Although the Commercial Code in some places worked with the term of "other own resources", the explicit alteration of other capital funds in the law was absent, which in application practice caused several legal and accounting uncertainties regarding their creation and distribution.

Key words: capital fund, companies, accounting, company own resources

JEL Classification: K22

¹ Príspevok vznikol v rámci projektu APVV-15-0456 Dlhodobé a recentné tendencie vývoja pozitívneho práva vo vybraných odvetviach právneho poriadku.

ÚVOD

V kapitálových spoločnostiach sa postupom času môžu „nahromadiť“ záväzky spoločnosti voči spoločníkom (akcionárom), ktorí poskytli spoločnosti svoje súkromné prostriedky. Niektorí podnikatelia ich ľudovo nazývali „vklady mimo základného imania“, ktoré sa spravidla účtovali ako krátkodobé či dlhodobé pôžičky. Ak sú peňažné prostriedky, ktoré kapitálovej spoločnosti poskytol spoločník (akcionár), zaúčtované ako pôžička, zvyšujú záväzky spoločnosti. To samo o sebe nemusí vyzeráť sympaticky najmä pre obchodných partnerov, banky či investorov. Pre spoločnosť je dôležité, aby pomer jej vlastného imania a záväzkov neboli príliš nízky. Od roku 2016 totiž novelou Obchodného zákonného nadobudli účinnosť nové ustanovenia o spoločnosti v kríze (§ 67a Obchodného zákonného), čo má za následok, že plnenia, ktoré v prospech spoločnosti v kríze poskytnú zákonom stanovené osoby, nebude môcť spoločnosť až do prekonania svojej krízy vrátiť.²

Nakoľko zvýšenie základného imania je predsa len administratívne pomerne komplikovaný proces, v praxi spoločníci (akcionári) často hľadali iné **alternatívne riešenia navýšenia vlastných zdrojov spoločnosti**. Vlastné zdroje financovania majetku spoločnosti sa označujú aj ako **vlastné imanie** (§ 6 ods. 4 Obchodného zákonného). Z účtovného hľadiska sa strana aktív musí rovnať strane pasív, nakoľko každý majetok musí byť financovaný z určitého zdroja (vlastného alebo cudzieho). Pojem „pasíva“ nie je identický v zmysle súkromnoprávnom a účtovnom, keďže v účtovníctve ním označujeme tak cudzie zdroje (záväzky podľa Občianskeho zákonného a Obchodného zákonného), ako aj vlastné zdroje financovania majetku, ktoré podľa Občianskeho zákonného a Obchodného zákonného za záväzky nepovažujeme. Zákon o účtovníctve však pojem „vlastné imanie“ priamo nedefinuje, ale vyjadruje ho matematicky ako **rozdiel majetku a záväzkov**.³

S informáciou o výške vlastného imania a svojich záväzkov sa štatutárni zástupcovia spoločností a ich vlastníci stretávajú minimálne raz ročne, a to v súvahe riadnej účtovnej závierky. Spoločnosť je však povinná vývoj svojej finančnej situácie sledovať sústavne, rovnako stav svojho majetku a záväzkov tak, aby mohla včas zistíť prípadnú hrozbu

² Ako vypĺýva z dôvodovej správy zákona č. 87/2015 Z. z. k ustanoveniam o kríze, účelom ich prijatia bolo zamedziť poškodzovaniu veriteľov v rámci konkurzného a reštrukturalizačného konania a posilniť zodpovednosť za podnikanie. Ustanovenia o kríze majú za cieľ určiť pravidlá pre poskytovanie pôžičiek a úverov spoločnostiam v kríze. Osoby spriaznené s týmito spoločnosťami majú krízu spoločnosti riešiť najmä zvýšením základného imania a nie tým, že prostredníctvom reálnych, či fiktívnych pôžičiek si pripravujú svoju pozíciu na ovládnutie procesu konkurzu, či reštrukturalizácie na úkor skutočných veriteľov.

³ Výška vlastného imania hovorí o tom, aká časť majetku spoločnosti pochádza z vlastných zdrojov spoločnosti (napríklad vklady spoločníkov do firmy, dary spoločníkov v prospech firmy, zisk firmy). Naopak, výška záväzkov hovorí o tom, aká časť majetku spoločnosti pochádza z cudzích zdrojov, ktoré spoločnosť musí niekedy vrátiť (napríklad úvery voči bankám, neuhradené faktúry dodávateľom, nevyplatené mzdy zamestnancom). Vlastné imanie, rovnako ako aj záväzky, sa skladá z niekoľkých zložiek. Výška majetku sa musí vždy rovnať výške vlastného imania a záväzkov spolu. Všetok majetok teda pochádza buď z vlastných alebo z cudzích zdrojov. Ak má firma napríklad majetok vo výške 30 000 eur a vlastné imanie vo výške 10 000 eur, tak časť majetku vo výške 10 000 eur pochádza z vlastných zdrojov. Zvyšná časť majetku, teda vo výške 20 000 eur, pochádza z cudzích zdrojov, ktoré spoločne označujeme ako záväzky.

úpadku a prijať opatrenia, ktoré hroziaci úpadok odvrátia (pozri § 4 ods. 2 zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov).

Obchodný zákonník na viacerých miestach pracuje s pojmom tzv. **iných vlastných zdrojov**. Aplikačná prax signalizovala viaceré nejasnosti ohľadom ich tvorby a rozdeľovania. Táto problematika sa stala ešte viac aktuálnou, práve po kodifikovaní ustanovení o kríze spoločnosti do Obchodného zákonného. S cieľom vyhnúť sa tomuto špecifickému režimu, s ktorým je spojený celý rad osobitných práv a povinností, najmä pre členov statutárnych orgánov, môže mať spoločnosť záujem relativne rýchlo zvýšiť vlastné zdroje. Cieľom doplňujúcej úpravy je, v spojení s ďalšími ustanoveniami predkladanej novely Obchodného zákonného (zákon č. 264/2017 Z. z.), odstrániť problém z aplikačnej praxe a vysvetliť pozíciu vlastných zdrojov spoločnosti. Táto otázka je nevyhnutne prepojená aj s účtovnými aspektami.⁴

1. PRÁVNA ÚPRAVA PRED 1.1.2018

Už pred samotným legislatívnym zakotvením „kapitálových fondov z príspevkov“ do § 217a Obchodného zákonného, podnikatelia využívali tzv. ostatné kapitálové fondy, ktoré boli legislatívne upravené výlučne v účtovných predpisoch, za účelom zvýšenia vlastných zdrojov akciovej spoločnosti alebo spoločnosti s ručením obmedzeným. A to najmä týmito spôsobmi:

- poskytnutá suma hotovostných či bezhotovostných peňazí alebo nepeňažného vkladu sa zaúčtovala rovno ako kapitálový vklad (účet 413),
- poskytnuté sumy boli v účtovníctve vedené ako pôžička, t.j. záväzok voči spoločníkovi (účet 365). V mnohých prípadoch, ak už išlo o pomerne veľkú sumu, ktorá navyšovala záväzky spoločnosti, sa neskôr táto suma preúčtovala zo záväzkov voči spoločníkovi na kapitálové fondy (účet 413).

Ako sme uviedli, Obchodný zákonník už pred 01.01.2018 na viacerých miestach pracoval s pojmom **tzv. iných vlastných zdrojov spoločnosti**, medzi ktoré **môžeme zaradiť aj príspevky (v tom čase platnej účtovnej terminológii „vklady“) spoločníkov (akcionárov) do kapitálových fondov**. Z právneho hľadiska bola problematická nielen tvorba ostatných kapitálových fondov, ale najmä jej použitie. Názory odbornej verejnosti na tvorbu, resp. použitie ostatných kapitálových fondov sa líšili.

V účtovných predpisoch je tvorba ostatných kapitálových fondov upravená od r. 1993. **Podľa § 59 ods. 6 Opatrenia MF SR č. 23054/2002-92**, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o postupoch účtovania a rámcovej účtovej osnove pre podnikateľov účtujúcich v sústave podvojného účtovníctva, **v znení účinnom do 31.12.2017**: „*Na účte 413 – Ostatné kapitálové fondy sa účtujú ostatné peňažné kapitálové vklady a nepeňažné kapitálové vklady, ktoré pri ich vytvorení nezvyšujú základné imanie účtovnej jednotky a nie je pre ne v predchádzajúcich úctoch tejto účtovej skupiny samostatný syntetický účet.*

⁴ Dôvodová správa k zákonom č. 264/2017 Z. z. Časť novely týkajúca sa fúzii spoločností upravená v čl. I. bod 18, 24 a 31, ako aj novela zákona o sociálnom zabezpečení, trestného zákona a zákona o konkurze a reštrukturalizácii nadobudli účinnosť dňom vyhlásenia v Zbierke zákonov dňa 8. 11. 2017 a zostávajúca väčšia časť novely nadobudla účinnosť od 1. januára 2018 a niekoľko bodov až 1. septembra 2018.

V prospech účtu sa účtuje najmä bezodplatne prijatý majetok od spoločníkov, členské podiely v družstvách na družstevnú bytovú výstavbu.“

Je evidentné, že účtovné predpisy do 31.12.2017 pre svoje účely nazývali tieto príspevky „vkladmi“, čo sa dá považovať za nedostatočnú presnosť a jednotnosť legislatívnej terminológie, na ktorú sme bohužiaľ v slovenskom právnom prostredí zvyknutí. **Účtovné predpisy výslovne počítali s tvorbou ostatných kapitálových fondov**, ktoré mohli tvoriť:

- peňažné kapitálové vklady a nepeňažné kapitálové vklady, ktoré:
 - pri ich vytvorení nezvyšujú základné imanie účtovnej jednotky a nie je pre ne v predchádzajúcich útočoch tejto úctovej skupiny samostatný syntetický účet (ako napr. účet 412)
 - Emisné ážio, účet 417 - Zákonný rezervný fond z kapitálových vkladov),
- bezodplatne prijatý majetok od spoločníkov,
- členské podiely v družstvách na družstevnú bytovú výstavbu.

Použitie ostatných kapitálových fondov do 01.01.2018 v účtovných predpisoch upravené nebolo.

Právna doktrína taktiež pripúšťala tvorbu iných fondov, a to v súvislosti s emisným ážiom: „*Emisným ážiom sa pri vzniku spoločnosti nevytvára základné imanie spoločnosti, spoločnosť ním vytvára rezervný fond, prípadne iné fondy, ktoré vytvára dobrovoľne.*“ (OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2017, s. 1082) „*Čiastka, ktorá vznikne ako rozdiel medzi emisným kurzom a menovitou hodnotou, sa označuje pojmom „emisné ážio“ a je určená na tvorbu povinného rezervného fondu alebo fondov, ktoré si bude tvoriť akciová spoločnosť pri svojom vzniku dobrovoľne.*“ (PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník, Komentár*. 5. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2016, ISBN 978-80-89603-46-6, s. 659)

Podľa názoru časti odbornej verejnosti pred zakotvením § 217a „Kapitálový fond z príspevkov“ do Obchodného zákonníka, bola prípustná nielen tvorba, ale aj použitie ostatných kapitálových fondov, a to najmä na základe nasledovných argumentov:

- a) Účtovné predpisy chápu pojmom vklad širšie, než ho chápe Obchodný zákonník. O vkladoch hovoria nielen v súvislosti so základným imaním, ale aj v súvislosti napr. s ostatnými kapitálovými fondami na účte 413 – Ostatné kapitálové fondy.
- b) Vklad do ostatných kapitálových fondov je v súlade so zásadou ochrany veriteľov spoločnosti. Zvyšuje vlastné imanie spoločnosti, čím sa zvyšuje ochrana veriteľov spoločnosti.
- c) Je v prospech zásady udržiavania základného imania spoločnosti. V prípade, že by spoločnosť dosahovala straty, môže ich uhradiť z ostatných kapitálových fondov bez toho, aby musela na ich úhradu použiť základné imanie prostredníctvom administratívne náročnej procedúry zníženia základného imania (nesmie sa však znížiť pod minimálnu hranicu stanovenú Obchodným zákonníkom),
- d) Vklad do ostatných kapitálových fondov je oveľa flexibilnejší ako vklad do základného imania.

- e) Pri použití ostatných kapitálových fondov na zvýšenie základného imania⁵ alebo na úhradu straty, sa celková výška vlastného imania nemení, mení sa len jeho štruktúra. Ide len o presun medzi jednotlivými položkami vlastného imania. Ochrana veriteľov preto nie je ohrozená (FARKAŠ, R. Dane a účtovníctvo v praxi, Wolters Kluwer, vydanie 1/2013, ročník 2013, ISSN 1335-7034).

Na opačnej strane sa vyskytli názory, že:

- a) Obchodný zákonník nepozná formu vkladu spoločníka do vlastného imania mimo základného imania a bližšie nerieši vklad do vlastného imania mimo základného imania (vklad do ostatných kapitálových fondov).
- b) Ak spoločník poskytol spoločnosti pôžičku (tzn., že spoločník v budúcnosti očakáva vrátenie peňazí), pôžička by nemala byť účtovaná na účte 413 – Ostatné kapitálové fondy. Uvedeným účtovaním dochádza k skresleniu skutočnosti o finančnej situácii spoločnosti (napr. o likvidite spoločnosti). V súlade s postupmi účtovania sa poskytnutie pôžičky spoločníkom účtuje v prospech účtu 365 – Ostatné záväzky voči spoločníkom a členom.⁶
- c) Vyplatenie vkladov z účtu 413 – Ostatné kapitálové fondy nie je možné.
- d) Pokiaľ by bolo možné vytvárať vlastné imanie hocikedy ľubovoľným vkladom spoločníkov (akcionárov) do spoločnosti formou „vkladu do ostatných kapitálových fondov“, tak by strácalo akýkoľvek význam vytvárať základné imanie v zákonom stanovenej výške. Postačovalo by symbolické určenie podielov na spoločnosti.
- e) Vklad do ostatných kapitálových fondov je bezdôvodným obohatením spoločnosti, ktoré v žiadnom prípade vlastné imanie spoločnosti nezvyšuje.
- f) Slovenský právny poriadok umožňuje akcionárovi zaplatiť len príspevok do vlastného imania spoločnosti mimo vkladu do základného imania, plne v súlade so Smernicou č. 2012/30/EÚ o koordinácii ochranných opatrení, ktoré členské štáty vyžadujú od obchodných spoločností na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb, a to prostredníctvom (1) záväzku podriadenosti v zmysle § 408a Obchodného zákonného. V žiadnom prípade sa však nejedná o „vklad do ostatných kapitálových fondov“. Podľa slovenského práva môže akciová spoločnosť taktiež od akcionára (2) prijať dar, resp. obdobné bezodplatné plnenie.
- g) Ostatné kapitálové fondy, vytvorené zo zisku, je možné vyplatiť spoločníkom (akcionárom) vo forme dividendy z titulu výplaty čistého zisku spoločnosti za predpokladu, že budú dodržané všetky obmedzenia uvedené v § 179 Obchodného zákonného (ČARNOGURSKÝ, J. Tvorba a použitie ostatných kapitálových fondov podľa slovenského práva, dostupné elektronicicky).

⁵ Obchodný zákonník s takouto možnosťou výslovne počíta. Podľa § 144: „*Valné zhromaždenie môže rozhodnúť, že nerozdelený zisk alebo fondy vytvorené zo zisku, ktorých použitie nie je zákonom ustanovené, alebo iné vlastné zdroje spoločnosti vykázané v individuálnej účtovnej závierke vo vlastnom imani spoločnosti sa použijú na zvýšenie základného imania. Spoločnosť môže takto zvýšiť základné imanie iba pri dodržaní podmienok podľa § 179 ods. 3 a 4. Ustanovenie § 208 ods. 2 sa použije primerane.*“

⁶ Názor Kompetenčného centra finančných operácií, ktoré bolo zrušené a časť jeho kompetencii sa presunula na Finančné riaditeľstvo SR.

2. PRÁVNA ÚPRAVA PO NOVELE OBCHODNÉHO ZÁKONNÍKA A ÚČTOVNÝCH PREDPISOV

2.1. Kapitálový fond z príspevkov de lege lata

Nevyhnutným predpokladom pre tvorbu kapitálových fondov z príspevkov je jej úprava v zakladateľských dokumentoch alebo v stanovách spoločnosti. Kapitálový fond z príspevkov možno vytvoriť už pri vzniku spoločnosti, kde musí byť kapitálový fond schválený zakladateľmi alebo počas existencie spoločnosti, kedy jeho vznik schvaľuje valné zhromaždenie. Iná osoba ako spoločník (akcionár) nie je oprávnená príspevok do kapitálového fondu poskytnúť. Tvorba kapitálového fondu z príspevkov je podmienená ich splatením, prevzatie záväzku na splatenie príspevku nepostačuje.

Predmetom príspevku do kapitálového fondu môže byť to, čo môže byť predmetom vkladu do základného imania (peňažné aj nepeňažné príspevky). V prípade nepeňažných príspevkov je nutné postupovať analogicky podľa pravidiel pre stanovenie hodnoty nepeňažných vkladov do základného imania spoločnosti.⁷ Na splatenie príspevku akcionára do kapitálového fondu sa primerane použijú ustanovenia o vkladoch a za kapitálový fond sa považuje okamihom splatenia.

Splatený kapitálový fond z príspevkov akcionárov možno použiť na prerozdelenie medzi akcionárov alebo na zvýšenie základného imania, ak tak ustanovuje zakladateľská zmluva alebo stanovy spoločnosti. O použití splateného kapitálového fondu z príspevkov rozhoduje valné zhromaždenie. Ak je však spoločnosť v kríze alebo ak by sa v dôsledku prerozdelenia kapitálového fondu z príspevkov spoločnosti kríza hrozila, kapitálový fond z príspevkov akcionárov nemožno použiť na prerozdelenie medzi akcionárov.

Ak sa má splatený kapitálový fond z príspevkov akcionárov použiť na prerozdelenie medzi akcionárov, najneskôr v lehote 60 dní vopred sa musí zverejniť o oznamenie výške jeho prerozdelenia.

Pre prípad, že by došlo k prerozdeleniu kapitálového fondu z príspevkov v rozpore s ustanoveniami tohto zákona, má to rovnaké následky ako zakázané vrátenie plnení nahrádzajúce vlastné zdroje, teda ten akcionár, ktorý prijal plnenie z kapitálového fondu z príspevkov akcionárov v rozpore s ustanoveniami tohto zákona, je povinný toto plnenie vrátiť. Aby sa akcionár tejto povinnosti zbavil, bude musieť vedieť preukázať, že plnenie prijal dobromyseľne, v tom prípade nebude povinný plnenie prijaté z kapitálového fondu z príspevkov akcionárov vrátiť.

Takto zavedená úprava kapitálového fondu z príspevkov akcionárov sa prioritne týka akciových spoločností. Vo vzťahu k spoločnostiam s ručením obmedzeným sa upravuje znenie § 123 Obchodného zákonníka tak, že spoločnosť môže vyplácať podiely na zisku alebo rozdeliť iné vlastné zdroje (napr. kapitálový fond z príspevkov), ak tým spoločnosť s prihliadnutím na všetky okolnosti nespôsobí svoj úpadok. Na samotnú tvorbu kapitálových fondov príspevkami spoločníkov sa vzťahujú rovnaké podmienky ako v prípade kapitálového fondu tvoreného z príspevkov akcionárov. Platby spoločníkom pri použití kapitálového fondu z príspevkov spoločníkov sa spolu s platbami poskytnutými spoločníkom v súvislosti so znížením základného imania spoločnosti nepovažujú za vrátenie vkladu spoločníkom.

⁷ § 59 Obchodného zákonníka.

2.2. Účtovné aspekty

V súlade s novelizovanými ustanoveniami Obchodného zákonníka týkajúcimi sa kapitálového fondu z príspevkov, vytvorenie kapitálového fondu z príspevkov sa **bude účtovať až vtedy, keď bude tento fond splatený**, a nie už vtedy, keď spoločnosti vznikne pohľadávka voči spoločníkovi (dovtedy len na podsúvahe, nie v súvahe).⁸

Akcionár (spoločník) sice svoj záväzok voči spoločnosti splatiť príspevok zaúčtuje na účte 367 – Záväzky z upísaných nesplatených cenných papierov a vkladov, ale až v momente, keď je vklad splatený. Zrkadlovo, prijímateľ príspevku (spoločnosť) svoju pohľadávku voči akcionárovi (spoločníkovi) zaúčtuje na účte 353 – Pohľadávky za upísané vlastné imanie (súvzťažne s účtom 413 – Ostatné kapitálové fondy), ale až v momente, keď je vklad splatený.

Doterajšie ustanovenie § 59 ods. 6 Opatrenia MF SR č. 23054/2002-92, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o postupoch účtovania a rámcovej účtovej osnove pre podnikateľov účtujúcich v sústave podvojného účtovníctva, s účinnosťou od 1.1.2018,⁹ nanovo vymedzuje obsahovú náplň účtu 413 – Ostatné kapitálové fondy: „*Na účte 413 – Ostatné kapitálové fondy sa účtujú peňažné príspevky a nepeňažné príspevky do kapitálového fondu z príspevkov. V prospech tohto účtu sa účtuje napríklad bezodplatne nadobudnutý majetok od akcionárov a spoločníkov, priaté podiel v družstvách na družstevnú bytovú výstavbu a vydané družstevné podielnické listy.*“ Ustanovenie § 59 ods. 6 v znení účinnom od 1. januára 2018 sa prvýkrát použije na účtovné prípady, ktoré začínajú po 31. decembiri 2017. Z citovaného ustanovenia je zrejmé, že zákonodarca napokon zjednotil terminológii Obchodného zákonníka s účtovnými predpismi a nahradil termín „vklad do kapitálového fondu“ termínom „príspevok do kapitálového fondu“.

Použitie ostatných kapitálových fondov do 1.1.2018 nebolo v účtovníckych predpisoch špecificky upravené. V zmysle § 217a ods. 2 Obchodného zákonníka kapitálový fond z príspevkov je možné použiť len na:

- prerozdelenie medzi akcionárov (spoločníkov),
- zvýšenie základného imania.

Použitie kapitálového fondu z príspevkov je po novom upravené v § 27b ods. 4 až 6 Opatrenia MF SR č. 23054/2002-92, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o postupoch

⁸ § 28 ods. 5 zákona č. 431/2002 Z. o účtovníctve v znení účinnom od 1.1.2018: „*Na základe splatenia príspevkov do kapitálového fondu z príspevkov sa účtuje v obchodnej spoločnosti a u spoločníka alebo akcionára vytvorenie kapitálového fondu z príspevkov podľa osobitného predpisu. V účtovníctve spoločníka alebo akcionára sa splatené príspevky do kapitálového fondu z príspevkov účtujú ako súčasť oceniaenia cenného papiera alebo podielu na základnom imani.*“

§ 2 ods. 3 Opatrenia MF SR č. 23054/2002-92, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o postupoch účtovania a rámcovej účtovej osnove pre podnikateľov účtujúcich v sústave podvojného účtovníctva v znení účinnom od 1.1.2018: „*Pri príspevku do kapitálového fondu z príspevkov je dňom uskutočnenia účtovného prípadu deň splatenia príspevku; deň splatenia pri nepeňažnom príspevku je deň prevzatia príspevku obchodnou spoločnosťou a u akcionára alebo spoločníka je to deň odovzdania príspevku obchodnej spoločnosti.*“

⁹ V znení Opatrenia MF SR č. MF/14776/2017-74 s účinnosťou od 1. januára 2018 (Oznámenie č. 329/2017 Z. z.).

účtovania a rámcovej účtovej osnove pre podnikateľov účtujúcich v sústave podvojného účtovníctva, pričom upravené je len jeho použitie na prerozdelenie medzi akcionárov (spoločníkov). Ustanovenie § 27b ods. 4 až 6 postupov účtovania upravuje účtovanie použitia splateného príspevku do kapitálového fondu z príspevkov na prerozdelenie medzi akcionárov v účtovníctve obchodnej spoločnosti a v účtovníctve akcionára. Použitie splateného príspevku do kapitálového fondu z príspevkov na základe rozhodnutia valného zhromaždenia sa účtuje v účtovníctve obchodnej spoločnosti ako zníženie ostatných kapitálových fondov (účet 413).

V súvislosti s tvorbou kapitálových fondov z príspevkov sa spresnili aj obsahové náležitosti individuálnej účtovnej závierky, kde sa k vlastnému imaniu uvádzajú informácia, či účtovná jednotka vytvorila kapitálový fond z príspevkov podľa § 123 ods. 2 a § 217a Obchodného zákonníka. V prílohe účtovnej závierky s názvom „*Poznámky k účtovnej závierke*“, sa dopĺňajú informácie, ktoré vysvetľujú a dopĺňajú súvahu a výkaz ziskov a strát, o informácii o tvorbe kapitálového fondu z príspevkov.

2.3. Daňové aspekty

V praxi sa najčastejšie budeme stretávať s tvorbou kapitálových fondov u najpočetnejšieho druhu obchodných spoločností, a to spoločností s ručením obmedzeným, kde sú spoločníkmi prevažne fyzické osoby. Príjem vyplatený fyzickej osobe (spoločníkovi spoločnosti s ručením obmedzeným) z účtu 413 - ostatné kapitálové fondy je **súčasťou ostatných príjmov** podľa § 8 zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov. Tento príjem si môže daňovník **znížiť** podľa § 8 ods. 2 zákona o dani z príjmov o výdavok vo výške preukázateľne vloženého peňažného príspevku do ostatných kapitálových fondov. Z toho vyplýva, že u fyzickej osoby pri tomto postupe nepríde k zdaneniu príjmu plynúceho z výplaty ostatných kapitálových fondov. Opäťovne zdôrazňujeme, že pri výplate prostriedkov z iných vlastných zdrojov však musia byť dodržané kogentné ustanovenia Obchodného zákonníka a nesmie dojsť ku konaniu, ktoré by malo za následok vznik takej situácie v spoločnosti, v dôsledku ktorej by sa spoločnosť dostala do krízy.

ZÁVER

Doterajšie právne vákuum ohľadne tvorby a použitia kapitálového fondu spôsobilo to, že v praxi často prostredníctvom kapitálového fondu dochádzalo k umelému vytváraniu vlastného imania spoločnosti namiesto záväzkov s tým, že kapitálový fond bol neskôr zrušený a vrátený spoločníkom (akcionárom). Už pred novelou Obchodného zákonníka išlo o postup, ktorý bol v rozporu s kogentnými ustanoveniami Obchodného zákonníka a špekulačnou praktiku, ktorá skresľovala hospodársku situáciu spoločnosti.

Podľa účtovných predpisov a Obchodného zákonníka, platných a účinných od 1.1.2018, je možné tzv. „kapitálový fond z príspevkov“ legálne nielen tvoriť, ale aj použiť. Vytvorenie kapitálového fondu z príspevkov musí byť upravené v zakladateľskej zmluve alebo v stanovách. Použitie kapitálového fondu z príspevkov podlieha schváleniu najvyššiemu orgánu spoločnosti, ktorým je valné zhromaždenie. To, čo spoločníci (akcionári) do spoločnosti poskytnú vo forme príspevku do kapitálového fondu, im môže spoločnosť prerozdeliť za podmienok uvedených v § 217a Obchodného zákonníka. Rovnako je možné z kapitálových fondov zvýšiť základné imanie spoločnosti.

Situáciu, keď spoločnosť kapitalizuje spoločníkmi (akcionármi) už poskytnuté pôžičky ich „preúčtovaním“ do kapitálového fondu, Obchodný zákonník ani po novele výslovne neupravuje, avšak podľa nášho názoru takémuto postupu nič nebráni. Predovšetkým v prípade malých spoločností práve kapitalizácia záväzkov dokáže spoločnosť zachrániť pred režimom „krízy“, resp. pred konkurzom. Ak následne dojde k použitiu takto vytvoreného kapitálového fondu, opäť je nutné dodržať nielen podmienky uvedené v § 217a Obchodného zákonníka, ale aj ďalšie jeho kogentné ustanovenia.

POUŽITÉ PRAMENE

1. CENIGOVÁ, A. *Podvojné účtovníctvo pre podnikateľov. Praktická príručka.* Doplnená a aktualizovaná k 1.1.2018. Sedemnáste vydanie. Bratislava : CENIGA, 2018, ISBN 978-80-969946-9-4.
2. ČARNOGURSKÝ, J. *Tvorba a použitie ostatných kapitálových fondov podľa slovenského práva.* Elektronicky dostupné:
<http://www.ulclegal.com/sk/novinky/novinky/4694-ostatne-kapitalove-fondy-ucet-413-v-podvojnom-uctovnictve>
3. OVEČKOVÁ, O. a kolektív. *Obchodný zákonník. Veľký komentár.* Bratislava : Wolters Kluwer, 2017, ISBN 978-80-8186-573-6
4. PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník, Komentár. 5. vydanie.* Bratislava : C. H. Beck, 2016, ISBN 978-80-89603-46-6.
5. FARKAŠ, R. *Dane a účtovníctvo v praxi,* Wolters Kluwer, vydanie 1/2013, ročník 2013, ISSN 1335-7034, elektronicky dostupné:
<https://www.daneaucovnictvo.sk/sk/casopis/dane-a-uctovnictvo-v-praxi/ostatne-kapitalove-fondy-ucet-413.m-2180.html>
6. Dôvodová správa k zákonu č. 87/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a doplňajú niektoré zákony.
7. Dôvodová správa k zákonu č. 264/2017 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a doplňajú niektoré zákony.
8. Opatrenie MF SR č. 23054/2002-92, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o postupoch účtovania a rámcovej účtovej osmove pre podnikateľov účtujúcich v sústave podvojného účtovníctva v znení účinnom od 1.1.2018.
9. Opatrenie MF SR č. MF/14776/2017-74, ktorým sa mení a dopĺňa opatrenie Ministerstva financií Slovenskej republiky zo 16. decembra 2002 č. 23054/2002-92, ktorým sa ustanovujú podrobnosti o postupoch účtovania a rámcovej účtovej osmove pre podnikateľov účtujúcich v sústave podvojného účtovníctva v znení neskorších predpisov.
10. Zákon č. 513/1991 Z.z. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov.
11. Zákon č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov.
12. Zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.
13. Zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov.
14. Smernica č. 2012/30/EÚ o koordinácii ochranných opatrení, ktoré členské štáty vyžadujú od obchodných spoločností na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb.

KONTAKT NA AUTORA

zlocha.lubomir@gmail.com

Ústav štátu a práva SAV

Klemensova 19

813 64 Bratislava

Slovenská republika

PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA VIII.

Zborník príspevkov z medzinárodného vedeckého sympózia

Editori:

prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

prof. JUDr. Ján Husár, CSc.

doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.

Vydavateľ: Vydavateľstvo ŠafárikPress UPJŠ v Košiciach

Odborné poradenstvo: Univerzitná knižnica UPJŠ v Košiciach

(<http://www.upjs.sk/pracoviska/univerzitna-kniznica/>)

Rok vydania: 2018

Náklad: 160 ks

Rozsah strán: 317

Rozsah: 27 AH

Vydanie: prvé

Tlač: EQUILIBRIA, s. r. o.

Účelová publikácia, nepredajná.

ISSN 2453-921 X

ISBN 978-80-8152-649-7