

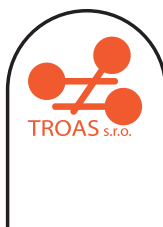
PRÁVO V PODNIKÁNÍ

VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU



**sborník příspěvků k XI. ročníku
mezinárodní vědecké konference**

Praha 8. 11. 2019



Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2019, 288 s., ISBN: 978-80-88055-08-2.

Hlavní pořadatel konference:

Katedra podnikového a evropského práva FMV VŠE v Praze,
kpep.vse.cz, www.facebook.com/KPEPFMV.

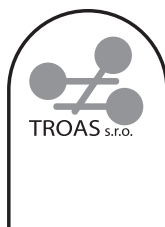
PRÁVO V PODNIKÁNÍ

VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU



**Sborník příspěvků k XI. ročníku
mezinárodní vědecké konference**

Praha 8. 11. 2019



*Tento sborník vznikl za finanční podpory Interní grantové agentury VŠE
v rámci projektu IG207029 (F2/20/2019)
a s přispěním prostředků na institucionální podporu vědecké činnosti
Fakulty mezinárodních vztahů Vysoké školy ekonomické v Praze.*

© TROAS, s. r. o., 2019.

ISBN: 978-80-88055-08-2.

OBSAH / CONTENT

Martin Adamička JEDNODUCHÁ SPOLOČNOSŤ NA AKCIE – PRAKTICKÉ UPLATNENIE V SLOVENSKEJ REPUBLIKE / SIMPLE COMPANY LIMITED BY SHARES – PRACTICAL IMPLEMENTATION IN THE SLOVAK REPUBLIC	10
Lucie Andreisová GENERAL DATA PROTECTION REGULATION AND COOPERATION WITH THIRD PARTIES OBECNÉ NAŘÍZENÍ O OCHRANĚ OSOBNÍCH ÚDAJŮ A SPOLUPRÁCE SE TŘETÍMI STRANAMI	17
Vilém Anzenbacher DŮVODY ZAMÍTNUTÍ NÁVRHU NA POVOLENÍ ODDLUŽENÍ GROUNDS FOR REJECTING THE APPLICATION FOR DEBT RELIEF	29
Vladislav Bernard OMEZOVÁNÍ ON-LINE PRODEJE SE ZAMĚŘENÍM NA CENOVÉ SROVNÁVAČE ON-LINE SALES RESTRICTIONS WITH A FOCUS ON PRICE COMPARISON WEBSITES	37
Martin Boháček ŘEŠENÍ SPORŮ O ZAMĚSTNANECKÉ VYNÁLEZY A VYBRANÉ JUDIKÁTY V ČESKÉ REPUBLICE A V NĚMECKU / RESOLUTION OF DISPUTES ON EMPLOYEE INVENTIONS AND SELECTED COURT DECISIONS IN THE CZECH REPUBLIC AND GERMANY	45
Sandra Brožová MEDIACE JAKO ZPŮSOB ŘEŠENÍ MEZINÁRODNÍCH SPORŮ MEDIATION AS MEANS OF RESOLVING INTERNATIONAL DISPUTES	54
Iva Fischerová (Chvátalová) SOCIÁLNĚPRÁVNÍ ASPEKTY VOLNÉHO POHYBU PRACOVNÍKŮ PO EVROPSKÉ UNII V SOUVISLOSTECH / SOCIO-LEGAL ASPECTS OF THE FREE MOVEMENT OF SELF-EMPLOYED PERSONS WITHIN THE EUROPEAN UNION	61
Nicole Grmelová JE VODA VOLNĚ OBCHODOVATELNÉ ZBOŽÍ ANEBO PŘEDSTAVUJE SOUČÁST NÁRODNÍHO DĚDICTVÍ Z POHLEDU PRÁVA EU? / CAN WATER BE TRADED FREELY OR IS IT PART OF NATIONAL HERITAGE UNDER EU LAW?	69
Eliška Kačírková PRACOVNÍ PRÁVO JAKO NÁSTROJ ZVYŠOVÁNÍ ZAMĚSTNANOSTI LABOUR LAW AS A TOOL FOR INCREASING EMPLOYMENT	75

Aleš Kainz ŘÍZENÁ PRACOVNÍ MIGRACE MANAGED LABOUR MIGRATION	83
Ludvík Kostelanský PROLOMENÍ POVINNOSTI MLČENLIVOSTI SPRÁVCE DANĚ VŮČI ORGÁNŮM ČINNÝM V TRESTNÍM ŘÍZENÍ OHLEDNĚ TRESTNÉHO ČINU POŠKOZENÍ VĚŘITELE / BREACHING THE DUTY OF CONFIDENTIALITY OF THE TAX ADMINISTRATOR WITH RESPECT TO AUTHORITIES INVESTIGATING THE CRIME OF CAUSING DAMAGE TO CREDITORS IN CRIMINAL PROCEEDINGS	90
Marián Kropaj PRÍSPEVOK NA ŠPORTOVÚ ČINNOSŤ DIEŤAŤA CONTRIBUTION COVERING SPORTS ACTIVITIES OF CHILDREN	96
Miloš Maďar OPODSTATNENOSŤ TRESTNÉHO PRÁVA V PODNIKANÍ ALIAS PRINCÍP ULTIMA RATIO V TRESTNOM PRÁVE / THE MERITS OF CRIMINAL LAW IN THE BUSINESS – THE ULTIMA RATIO PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW	103
Jan Mandík KRITÉRIA HODNOCENÍ NABÍDEK VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH AWARD CRITERIA FOR TENDERS	109
Tomáš Moravec ZNÁMÝ VĚŘITEL V EVROPSKÉM INSOLVENČNÍM PRÁVU KNOWN CREDITOR IN EU INSOLVENCY LAW	116
Kristine Neimane THE IMPORTANCE OF CIVIL LITIGATION EFFICIENCY AND SOME PROBLEMATIC ASPECTS BETWEEN THE COMMERCIAL LAW AND THE CIVIL PROCEDURAL LAW REGULATION IN THE REPUBLIC OF LATVIA VÝZNAM EFEKTIVITY OBČANSKOPRÁVNÍ LITIGACE A NĚKTERÉ PROBLEMATICKÉ ASPEKTY MEZI OBCHODNÍM PRÁVEM A CIVILNÍM PROCESEM V LOTYŠSKÉ REPUBLICCE	123
Jana Odehnalová PROBLÉMOVÉ ASPEKTY KOLEKTIVNÍ OCHRANY PRÁV SPOTŘEBITELŮ PROBLEMATIC ISSUES LINKED TO THE PROTECTION OF COLLECTIVE CONSUMER RIGHTS	130
Martina Pelikánová PŘESHRAŇIČNÍ PŘEMÍSTĚNÍ SÍDLA OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ – AKTUÁLNÍ TRENDY CROSS-BORDER RELOCATION OF COMPANIES – CURRENT TRENDS	137

Jan Petr	
WHISTLEBLOWER PROTECTION IN VIEW OF THE NEW “WHISTLEBLOWER DIRECTIVE” OCHRANA OZNAMOVATELŮ VE SVĚTLE NOVÉ SMĚRNICE O WHISTLEBLOWINGU	145
Michal Pohl	
PROTIPRÁVNOST STÁTNÍ PODPORY / UNLAWFUL STATE AID	152
Michal Pospřil	
GENERÁLNÍ KLAUZULE NEKALÉ SOUTĚŽE V BĚHU ČASU DEVELOPMENT OF GENERAL CLAUSE IN UNFAIR COMPETITION OVER TIME	161
Petr Pospřil	
BREXIT AND ITS POTENTIAL IMPACT ON INVESTOR PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION (EU) / BREXIT A JEHO POTENCIÁLNÍ DOPAD NA PROBLEMATIKU OCHRANY INVESTORŮ V EU	169
Julia Radanova	
MEASURING THE BEST INTEREST OF A CHILD – AN EVER INCREASING CHALLENGE BEFORE JUDGES, LAWYERS AND MEDIATORS NEJLEPŠÍ ZÁJEM DÍTĚTE A JEHO MĚŘENÍ – NIKDY NEKONČÍCÍ VÝZVA PRO SOUDCE, PRÁVNÍKY A MEDIÁTORY	177
Matěj Řepka	
VLIV LIBERALIZACE SEKTORU ENERGETIKY NA SOUTĚŽITELE A VZÁJEMNÝ VZTAH REGULAČNÍCH PŘEDPISŮ A SOUTĚŽNÍHO PRÁVA / THE IMPACT OF LIBERALIZATION OF THE ENERGY SECTOR ON COMPETITORS AND THE RELATIONSHIP BETWEEN REGULATIONS AND RULES GOVERNING COMPETITION LAW	186
Miroslava Sedláčková	
MOŽNÝ ČI NEMOŽNÝ STŘET ZÁJMŮ VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH ON THE POSSIBLE CONFLICT OF INTEREST WHEN AWARDING TENDERS	195
Vladimír Sharapae	
VEŘEJNOPRÁVNÍ ASPEKTY POSKYTOVÁNÍ PŘEPRAVNÍCH SLUŽEB V MODELU SHARING ECONOMY / PUBLIC LAW ASPECTS OF PROVIDING SERVICES IN THE MODEL OF SHARING ECONOMY	206
Andrea Slezáková, Hana Magurová	
DEVOLUTIVNÝ ÚČINOK ROZKLADU PODANÉHO PROTI PRVOSTUŇOVÉMU ROZHODNUTIU NÁRODNEJ BANKY SLOVENSKA? SUSPENSIVE EFFECT OF CHALLENGING A DECISION OF THE FINANCIAL MARKET SUPERVISION DEPARTMENT OF THE NATIONAL BANK OF SLOVAKIA?	216

<p>Simona Spisarová SPOLEČENSKÁ ODPOVĚDNOST PODNIKATELŮ ANEB SLUŠNÉ CHOVÁNÍ SE VYPLÁČÍ / CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: DECENT BEHAVIOUR PAYS OFF</p>	225
<p>Jan Škrabka EVROPSKÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA ŘEŠENÍ SPOTŘEBITELSKÝCH SPORŮ NA INTERNETU EUROPEAN REGULATION OF OUT-OF-COURT SETTLEMENT OF CONSUMER DISPUTES</p>	233
<p>Lukáš Vacuška SPOJENÉ CESTOVNÍ SLUŽBY LINKED TRAVEL ARRANGEMENTS</p>	241
<p>Lenka Vačoková PRÁVNÁ ÚPRAVA SPOLOČNOSTI S RUČENÍM OBMEDZENÝM V SR V KOMPARÁCIÍ S PRÁVNOU ÚPRAVOU V ČR / CHANGES IN THE LEGISLATION OF THE LIMITED LIABILITY COMPANY PRO FUTURE</p>	248
<p>Tereza Vaňkátová PUBLIC LAW OR PRIVATE LAW ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW: PUBLIC RESEARCH IN THE CZECH REPUBLIC / VEŘEJNÉ ČI SOUKROMÉ VYMÁHÁNÍ SOUTĚŽNÍHO PRÁVA? VÝSLEDKY PLOŠNÉHO PRŮZKUMU V ČR</p>	255
<p>Mária Veľerníková LIKVIDÁCIA OBCHODNEJ SPOLOČNOSTI V PODMIENKACH SLOVENSKEJ REPUBLIKY WINDING-UP A BUSINESS COMPANY UNDER SLOVAK LAW</p>	262
<p>Klára Vřítková, Ondřej Zezulka NOVÝ INSTITUT PREVENTIVNÍ RESTRUKTURALIZACE A INSPIRACE ZAHRANIČNÍMI ÚPRAVAMI / NEW INSTITUTE OF PREVENTIVE RESTRUCTURING AND INSPIRATION BY FOREIGN LEGISLATION</p>	269
<p>Martin Winkler DELEGOVANÝ DOHLĚD NAD FINANČNÝM SPROSTREDKOVANÍM V SLOVENSKEJ REPUBLIKE / DELEGATED SUPERVISION OVER THE FINANCIAL INTERMEDIATION IN THE SLOVAK REPUBLIC</p>	277

XI. ročník mezinárodní vědecké konference „Právo v podnikání vybraných členských států EU“, uspořádaný za finanční podpory Interní grantové agentury VŠE v rámci projektu č. IG207029 (20/2019) a s přispěním prostředků na institucionální podporu vědecké činnosti Fakulty mezinárodních vztahů Vysoké školy ekonomické v Praze, z níž vzešel tento sborník příspěvků, si klade za cíl být jednak místem výměny teoretických i praktických poznatků o vývoji právní úpravy podnikání ve vybraných státech EU, a současně prezentací výsledků výzkumné práce především studentů doktorského studia. Konference se rovněž stala tradičním místem setkávání, na němž mají účastníci příležitost navázat a prohloubit vzájemné kontakty. Lze tedy říci, že konference v plném rozsahu navázala na předšlé ročníky organizované KPEP FMV VŠE ve spolupráci s Katedrou podnikové ekonomiky a managementu Obchodně podnikatelské fakulty Slezské univerzity v Opavě a Katedrou obchodního práva Obchodní fakulty Ekonomické univerzity v Bratislavě.

Konference úspěšně proběhla dne 8. 11. 2019 v prostorách Rajské budovy VŠE v Praze. Přihlásilo se na ni celkem 48 účastníků, z toho 10 ze zahraničí. Zapojili se účastníci z mnoha předních vysokých škol i neakademických institucí. Osobně se XI. ročníku konference zúčastnilo 35 účastníků. Program konference byl mezinárodním vědeckým výborem rozdělen do několika sekcí – podle zaměření jednotlivých témat přednesených příspěvků tak, aby o specifických tématech mohla být vedena diskuse v kontextu celého právního oboru. Novinkou letošního ročníku konference byla i odpolední anglická sekce. Úvodní příspěvky od nejvýznamnějších vědeckých kapacit z řad účastníků konference byly předneseny v dopoledním plénu. Velmi si ceníme i navázání spolupráce s univerzitami v Litvě a Bulharsku a samozřejmě i prohloubení spolupráce s našimi slovenskými kolegy.

Všechny řádně přihlášené a odevzdané příspěvky prošly anonymním recenzním řízením, ve kterém byly posouzeny dvěma nezávislými recenzními posudky. Příspěvky s kladnými posudky byly předány k publikaci v tomto sborníku. Takový postup dokládá kvalitu jejich zpracování a v neposlední řadě i jejich aktuálnost. Lze proto vyjádřit přesvědčení, že příspěvky se stanou jednak východiskem pro další vědeckou práci autorů, jednak zdrojem inspirace, námětů i polemiky pro jejich čtenáře. Ke dni 25. 4. 2019 byla konferenčním sborníkům přidělena mezinárodní standardní čísla seriálových publikací: (Print) ISSN: 2571-4074, (On-line) ISSN: 2571-4082. Aktuálně také probíhá recenze sborníků pro jejich přijetí do databáze SCOPUS.

Děkujeme za Vaši věrnost této konferenci a těšíme se na setkání v rámci XII. ročníku.

Za mezinárodní vědecký a organizační výbor konference

Ing. Lucie Andreisová, Ph.D.

*odborná asistentka na Katedře podnikového
a evropského práva FMV VŠE v Praze*

🌐 kpep.vse.cz 📘 www.facebook.com/KPEPFMV

JEDNODUCHÁ SPOLOČNOSŤ NA AKCIE

– PRAKTICKÉ UPLATNENIE V SLOVENSKEJ REPUBLIKE¹

Abstrakt: V článku sa autor zaoberá jednoduchou spoločnosťou na akcie, ktorú zákonodarcu do slovenského právneho poriadku inkorporoval s účinnosťou od 1. 1. 2017. Zameriava sa na čiastkové problémy jednoduchej spoločnosti na akcie a metódou komparácie poukazuje na rozdiely oproti právnej úprave akciovej spoločnosti a spoločnosti s ručením obmedzeným. Okrem teoretického pohľadu na jednoduchú spoločnosť na akcie autor analyzuje aj jej praktické využitie v podmienkach Slovenskej republiky.

Abstract: In this article, the author deals with a simple joint-stock company, which the legislature incorporated into the Slovak legal order with effect from 1. 1. 2017. It focuses on the partial problems of a simple joint-stock company, through the comparison method, points out the differences to the legislation of a joint-stock company and a limited liability company. In addition to the theoretical view of a simple joint-stock company, the author also analyzes practical use in the conditions of the Slovak Republic.

Klíčová slova: jednoduchá spoločnosť na akcie, akciová spoločnosť, spoločnosť s ručením obmedzeným.

Key words: simple joint-stock company, joint-stock company, limited liability company.

1. Zavedenie jednoduchej spoločnosti na akcie – motivácia

Právo obchodných spoločností bolo na Slovensku vo významnej miere novelizované naposledy v roku 2001, v rámci predvstupovej harmonizácie so smernicami Európskej únie. Do novely Obchodného zákonníka prijatej v roku 2015 bol zákonodarcu namiesto modernizácie slovenského korporatívneho práva nútený zaoberať sa problematikou sprísňovania pravidiel týkajúcich sa najmä tvorby základného imania, a to v rámci hľadania riešení pre vysokú mieru podvodných konaní a ochranu veriteľov. Tieto skutočnosti v kombinácii s vysokou mierou kogentnosti ustanovení upravujúcich obchodné spoločnosti spôsobovali značnú nevýhodu v porovnaní s ostatnými členskými štátmi Európskej únie, keďže vtedajšia právna úprava nedokázala poskytnúť dostatočne atraktívne a flexibilné právne formy, ktorých vnútorné usporiadanie by dokázalo reagovať na v súčasnosti bežné modely (rizikového) financovania začínajúcich spoločností (najmä tzv. *start-upy*²). Tie nemajú prístup k bankovému financovaniu, pričom nevyhnutne potrebujú vstupný kapitál, ktorý výrazne

1 Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-17-0562.

2 Start-up môžeme definovať ako podnikateľský zámer, ktorý sa zameriava na vývoj inovatívnych produktov a služieb, pri ktorom sa očakáva rýchly rast na trhu v globálnom alebo medzinárodnom meradle.

presahuje možnosti ich zakladateľov. Zákonodarca zohľadnil, že komplexná novelizácia či rekodifikácia korporatívneho práva, ktorá by priniesla vyššiu mieru dispozitívnosti a flexibility do celého práva obchodných spoločností, je úloha, ktorá si vyžaduje viacročnú prípravu a konsenzus. Na druhej strane, požiadavky na uľahčenie vstupu investorov do slovenských spoločností a zvýšenie ich atraktívnosti však bolo potrebné riešiť čo najrýchlejšie. Start-upy za posledných pár rokov totiž zažívajú obrovský vzostup, ktorý je zapríčinený technologickým pokrokom a rozvojom inovatívnych technológií. V snahe vyriešiť otázku rizikového investovania do obchodných spoločností bola prijatá novela prostredníctvom zákona č. 389/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony. Táto novela zaviedla do slovenského právneho poriadku novú formu obchodnej spoločnosti – jednoduchú spoločnosť na akcie. Platnosť nadobudla 12. novembra 2015 a účinnosť 1. 1. 2017. Tento krok zákonodarcu prišiel ako odpoveď na potrebu praxe nájsť správnu formu obchodnej spoločnosti, ktorá umožní alternatívne financovanie.³ Ide o model, kedy jeden zo spoločníkov má dobrý podnikateľský plán, na ktorého zrealizovanie potrebuje finančnú pomoc od investora, ktorý sa zároveň stane jeho spoločníkom. Zdroje poskytnuté investorom sú vlastné zdroje spoločnosti, a teda supľujú cudzie zdroje financovania, akými sú napríklad úvery. Investor tak má väčšiu kontrolu nad svojimi peňažnými prostriedkami, ktoré vkladá do spoločnosti a v závislosti od nastavenie zakladateľskej zmluvy a stanov má hypotetickú možnosť ovplyvňovať ich zhodnotenie prostredníctvom práva podieľať sa na riadení spoločnosti. Na zavedenie novej formy obchodnej spoločnosti bola novelou súčasne doplnená aj právna úprava niektorých štandardných inštitútov týkajúcich sa akcionárskych dohôd.⁴

2. Právna charakteristika jednoduchej spoločnosti na akcie

Jednoduchá spoločnosť na akcie (ďalej len: „j. s. a.“ alebo „jednoduchá spoločnosť na akcie“) je spoločnosť, ktorej základné imanie je rozvrhnuté na určitý počet akcií s určitou menovitou hodnotou. Hodnota základného imania jednoduchej spoločnosti na akcie musí byť aspoň 1 euro. Spoločnosť zodpovedá za porušenie svojich záväzkov celým svojím majetkom. Akcionár neručí za záväzky spoločnosti. Popri akciovej spoločnosti (ďalej len: „a. s.“ alebo „akciová spoločnosť“) zaraďujeme jednoduchú spoločnosť na akcie medzi čisto kapitálové spoločnosti. Obchodné meno spoločnosti musí obsahovať označenie „jednoduchá spoločnosť na akcie“ alebo skratku „j. s. a.“ Právna úprava jednoduchej spoločnosti na akcie obsiahnutá v zákone č. 513/1991 Zb., Obchodnom zákonníku (ďalej len „Obchodný zákonník“) je k právnej úprave akciovej spoločnosti vo vzťahu špeciality. Ustanovenia o akciovej spoločnosti sa budú aplikovať na jednoduchú spoločnosť na akcie subsidiárne s výnimkou tých, ktoré sú z aplikácie výslovne vylúčené alebo by ich použitie bolo iracionálne vzhľadom na použitie špeciálnej úpravy jednoduchej spoločnosti na akcie. Napriek komplexnému odkazu subsidiárnej aplikácie ustanovení o akciovej spoločnosti na jednoduchú spoločnosť na akcie nie je jednoduchá spoločnosť na akcie iba poddruhom akciovej spoločnosti, ale zastáva samostatný druh obchodnej spoločnosti. Subsidiárne sa nepoužijú ustanovenia

3 Dôvodová správa k zákonu č. 389/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Z. z., obchodný zákonník v znení neskorších predpisov.

4 PALA, R., FRINDRICH, J., KORMANÍK, I., MIHÁLIKOVÁ, K. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok 1*. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2017. s. 1493–1494.

o verejnej akciovej spoločnosti, pretože jednoduchá spoločnosť na akcie je vo svojej právnej podstate zjednodušenou „*súkromnou*“ akciovou spoločnosťou. Jednoduchá spoločnosť na akcie nemôže byť založená na základe výzvy na upisovanie akcií a nemôže sa stať verejne obchodovateľnou bez predchádzajúcej zmeny právnej formy na bežnú akciovú spoločnosť. Jednoduchá spoločnosť na akcie si obligatórne kreuje predstavenstvo a valné zhromaždenie. Oproti akciovej spoločnosti je dozorná rada iba fakultatívnym orgánom spoločnosti. Funkčné obdobie členov predstavenstva jednoduchej spoločnosti na akcie možno v stanovách upraviť na neobmedzenú dobu, na rozdiel od akciovej spoločnosti, pri ktorej zákon pripúšťa maximálne päťročné funkčné obdobie. Na členov predstavenstva jednoduchej spoločnosti na akcie sa neaplikuje zákaz konkurencie upravený pre členov predstavenstva akciovej spoločnosti. V prípade, ak budú členovia predstavenstva vyvíjať konkurenčnú činnosť, sú povinní o tejto skutočnosti písomne informovať spoločnosť. Valné zhromaždenie je najvyšším orgánom jednoduchej spoločnosti na akcie. Odlišnosťou od akciovej spoločnosti je osobitná právna úprava umožňujúca akcionárom prijímať rozhodnutia aj mimo valného zhromaždenia.⁵ Ako sme už vyššie načrtli jednoduchá spoločnosť na akcie kreuje dozornú radu ako fakultatívny orgán na základe príslušnej úpravy vo svojich stanovách. Hlavnou úlohou dozornej rady v prípade jej zriadenia je dohliadať na výkon pôsobnosti predstavenstva spoločnosti. Vzhľadom na vylúčenie aplikácie niektorých ustanovení o dozornej rade akciovej spoločnosti na jednoduchú spoločnosť na akcie, zamestnanci jednoduchej spoločnosti na akcie nemajú právo na zastúpenie v dozornej rade. Určité odlišnosti sa prejavujú aj pri akciách jednoduchej spoločnosti na akcie. Akcie jednoduchej spoločnosti na akcie možno vydávať len v zákonom predpísanej podobe a forme ako zaknihované akcie na meno, na rozdiel od akciovej spoločnosti, pri ktorej prichádza do úvahy aj vydávanie akcií na meno v listinnej podobe a akcií na doručiteľa v zaknihovanej podobe. Vydávanie inej formy akcií alebo akcií v inej podobe jednoduchou spoločnosťou na akcie je vzhľadom na kogentnosť ustanovenia § 220i Obchodného zákonníka vylúčené. Charakteristickou črtou jednoduchej spoločnosti na akcie, odlišujúcou ju od akciovej spoločnosti je, že s jej akciami je možné spájať takmer neobmedzenú škálu osobitných práv, čím bola prelomená, pre akciovú spoločnosť stále aktuálna zásada „*numerus clausus*“, tzn. možnosť vydávať len druhy akcií, ktoré ustanovuje zákon, ako aj možnosť určité práva vylúčiť alebo obmedziť. Právo vydávať akcie s osobitnými právami však nie je neobmedzené a nie je možné vydávať akcie, s ktorými by boli spájané práva, ktoré by boli inak v rozpore s kogentnými ustanoveniami Obchodného zákonníka. V českej právnej teórii sa v tejto súvislosti spustila diskusia týkajúca sa toho, či osobitné práva, ktoré je možné spojiť s akciami, môžu ísť nad rámec práv, ktoré vyplývajú z práv akcionára alebo môže ísť len o práva súvisiace s účasťou na obchodnej spoločnosti.

Prikláňame sa k názoru, že nie je možné vydávať akcie s akýmikoľvek neobmedzenými právami, pretože pri cenných papieroch je kladený dôraz na nespornosť práv a povinností z nich vyplývajúcich a na zachovanie právnej istoty. V prípade ak jednoduchá spoločnosť na akcie vydáva akcie rôznych druhov, musí spoločnosť vo svojich stanovách uviesť označenie vydávaných druhov akcií a určiť obsah práv spojených s jednotlivými druhmi akcií a spôsob ich výkonu.⁶

5 Pozri § 220zb zákona č. 513/1991 Zb., obchodný zákonník.

6 Pozri § 220v zákona č. 513/1991 Zb., obchodný zákonník.

3. Využitie jednoduchej spoločnosti na akcie v aplikačnej praxi

Po takmer troch rokoch od zavedenia jednoduchej spoločnosti na akcie do nášho právneho poriadku žiaľ musíme skonštatovať, že táto forma obchodnej spoločnosti sa nevyužíva v takej miere ako zákonodarca predpokladal. Toto naše tvrdenie dokazuje počet založených foriem obchodných spoločností za príslušný rok. Za kalendárny rok 2017 bol počet celkovo založených kapitálových obchodných spoločností v Slovenskej republike na úrovni 19999, pričom až 19739 bolo spoločností s ručením obmedzeným, 204 akciových spoločností a 56 jednoduchých spoločností na akcie. Za rok 2018 dosiahol celkový počet založených kapitálových spoločností v Slovenskej republike hodnotu 19961, z toho bolo 19705 spoločností s ručením obmedzeným, 190 akciových spoločností a 66 jednoduchých spoločností na akcie. Štatistické údaje získané ku dňu 01.10.2019 deklarujú, že za rok 2019 bolo celkovo založených 16243 kapitálových obchodných spoločností, z toho 16065 spoločností s ručením obmedzeným, 143 akciových spoločností a 35 jednoduchých spoločností na akcie. Z týchto čísel je jednoznačne vidieť, že jednoduchá spoločnosť na akcie sa využíva iba sporadicky. Dôvodov prečo je tomu tak je viacero.

4. Výhody a nevýhody jednoduchej spoločnosti na akcie

Štatistika vzniknutých novozaložených obchodných spoločností za roky 2017 až 2019 preukazuje, že väčšina vznikajúcich start-upov sa naďalej financuje prostredníctvom spoločnosti s ručením obmedzeným. Tento fakt dokazuje aj aplikačná prax, kde je prevládajúcim trendom využívať na financovanie start-upov spoločnosť s ručením obmedzeným. Komparáciou týchto dvoch foriem obchodných spoločností sa pokúsime poukázať na ich výhody, nevýhody a v konečnom dôsledku uviesť, čo môžu byť tie najvážnejšie dôvody pre voľbu spoločnosti s ručením obmedzeným. V prvom rade je potrebné zamyslieť sa nad kogentnosťou či dispozitívnosťou právnej úpravy jednoduchej spoločnosti na akcie. Zastávame názor, že aj napriek veľmi blízkej prepojenosti inštitútov jednoduchej spoločnosti na akcie a akciovkej spoločnosti, právna úprava jednoduchej spoločnosti na akcie je svojou povahou dispozitívna a z tohto hľadiska je viac podobná právnej úprave spoločnosti s ručením obmedzeným. Naproti ním stojí akciová spoločnosť, ktorej právna úprava v Obchodnom zákonníku požíva vyššiu mieru kogentných ustanovení. Akcionári jednoduchej spoločnosti na akcie a spoločníci spoločnosti s ručením obmedzeným tak majú možnosť prejaviť svoju vôľu v zakladajúcom dokumente alebo stanovách spoločnosti vo väčšom rozsahu a tým si efektívnejšie nastaviť vzájomné vzťahy medzi sebou navzájom. Práve z pohľadu kogentnosti či dispozitívnosti právnej úpravy sa do role najväčšieho konkurenta jednoduchej spoločnosti na akcie dostáva spoločnosť s ručením obmedzeným a nie akciová spoločnosť, ako by sa vzhľadom na zámer zákonodarcu mohlo na prvý pohľad zdať. Jednoduchá spoločnosť na akcie totiž mala byť flexibilnou alternatívou k rigidnej akciovkej spoločnosti. Zásada zmluvnej slobody, ktorá sa pri jednoduchej spoločnosti na akcie a taktiež pri spoločnosti s ručením obmedzeným prejavuje vo zvýšenej miere je v súkromnom práve veľmi významným lákadlom. Pri oboch formách obchodných spoločností môžu zakladatelia v stanovách alebo v zakladajúcom dokumente vymedziť dôvody zrušenia spoločnosti. Vzhľadom na uvedené je nutné podotknúť, že efektívne vystúpenie spoločníka zo spoločnosti s ručením obmedzeným je možné po naplnení účelu investora dohodnúť aj pri spoločnosti s ručením obmedzeným. Založenie obchodnej spoločnosti jednou fyzickou osobou je možné takisto pri oboch formách porovnávaných obchod-

ných spoločností. Obe spoločnosti zodpovedajú za svoje záväzky celým svojím majetkom, akcionár jednoduchkej spoločnosti na akcie neručí za záväzky vôbec, spoločník spoločnosti s ručením obmedzeným ručí za záväzky spoločnosti do výšky svojho nesplateného vkladu zapísaného v obchodnom registri. Ručenie spoločníka alebo akcionára však nemôžeme vnímať ako veľkú výhodu s prihliadnutím na výšku zapisovaného základného imania, ktorá je minimálne 750 eur na jedného spoločníka, čo nie je príliš vysoká suma. Tak jednoduchá spoločnosť na akcie, ako aj spoločnosť s ručením obmedzeným sú vyňaté spod účinnosti § 59a Obchodného zákonníka, ktorý upravuje nadobúdanie majetku spoločnosťou od zakladateľa alebo spoločníka za protihodnotu vo výške najmenej 10 % hodnoty základného imania. Nárok na podiel na zisku je možné v spoločenskej zmluve spoločnosti s ručením obmedzeným upraviť podľa predstáv spoločníkov, taktiež ako stanovy jednoduchkej spoločnosti na akcie môžu určiť rozsah nároku na zisk. Orgány a organizačná štruktúra je veľmi podobná, obe spoločnosti si kreujú dozornú radu spoločnosti len ako fakultatívny orgán.

4.1 Výhody jednoduchkej spoločnosti na akcie

Za výhody jednoduchkej spoločnosti na akcie považujeme možnosť registrovať právo pridať sa k prevodu akcií (*tag-along*) a právo požadovať prevod akcií (*drag-along*) v centrálnom depozitári cenných papierov. Tieto práva zabezpečujú akcionárovi jednoduchkej spoločnosti na akcie možnosť jednoducho vystúpiť zo spoločnosti v prípade naplnenia účelu ich spoločného podnikania. Ďalšou výhodou jednoduchkej spoločnosti na akcie oproti spoločnosti s ručením obmedzeným je možnosť rozdeliť vklad na základnom imaní spoločnosti do viacerých samostatných akcií, čo môže byť výhodou pri dispozícii s akciami, pričom v spoločnosti s ručením obmedzeným môže vlastniť každý zo spoločníkov iba jeden obchodný podiel. Jednoduchá spoločnosť na akcie má miernu výhodu, čo sa týka výšky základného imania s prihliadnutím na možnosť zakladateľov jednoduchkej spoločnosti na akcie stanoviť výšku základného imania minimálne 1 euro. Túto možnosť však nemôžeme vnímať ako relevantnú výhodu, pretože v konečnom dôsledku bude musieť i jednoduchá spoločnosť na akcie vytvárať svoje základné imanie v takej výške, aby pokryla aspoň sčasti svoje vzniknuté záväzky a nedostala sa ihneď po vzniku do úpadku. Malé pozitívum z pohľadu základného imania teda zostáva len v možnosti väčšej flexibility oproti spoločnosti s ručením obmedzeným, ktorá si vytvára povinne základné imanie vo výške najmenej 5000 eur.

4.2 Nevýhody jednoduchkej spoločnosti na akcie

Naopak, nevýhodou jednoduchkej spoločnosti na akcie je pre začínajúcich podnikateľov neprehľadnosť právnej úpravy so širokou subsidiárnou pôsobnosťou právnej úpravy akciovej spoločnosti na jednoduchú spoločnosť na akcie. Jednoducho povedané, aj keď je jednoduchá spoločnosť na akcie veľmi flexibilnou obchodnou spoločnosťou, zabezpečiť jej bežné fungovanie je stále príliš náročné oproti spoločnosti s ručením obmedzeným, pri ktorej to zvládne aj fyzická osoba bez právnického vzdelania. Spoločnosť s ručením obmedzeným navyše môže meniť svoju právnu formu na akúkoľvek obchodnú spoločnosť. Jednoduchá spoločnosť na akcie môže svoju právnu formu meniť len na akciovú spoločnosť. Najväčší problém jednoduchkej spoločnosti na akcie, ktorý jednoznačne vyznieva v prospech spoločnosti s ručením obmedzeným, je pomerne vysoká cena nákladov spojených s jej založením a bežným fungovaním. Zvýšené náklady oproti spoločnosti s ručením obmedzeným súvisia

najmä s výškou poplatkov spojených so spísaním zakladateľskej zmluvy vo forme notárskej zápisnice, s poplatkami pre centrálny depozitár za registráciu emitenta a každého druhu akcií, poplatkami za emisiu akcií, registráciu akcionárov a registráciu práv spojených s akciami jednoduchej spoločnosti na akcie.⁷ Centrálny depozitár cenných papierov je evidentne príliš drahý na to, aby sme z ekonomického hľadiska vôbec uvažovali o založení jednoduchej spoločnosti na akcie ako modelu financovania start-upu. Na základe týchto dôvodov si myslíme, že aj napriek veľmi liberálnej právnej úprave jednoduchej spoločnosti na akcie, ktorú hodnotíme pozitívne, je stále výhodnejšie zakladať spoločnosti s ručením obmedzeným, čo dokazuje aj aplikačná prax.

5. Návrhy na zlepšenie právnej úpravy *de lege ferenda*

Riešením by mohlo byť zjednodušenie právnej úpravy jednoduchej spoločnosti na akcie a síce, upraviť túto formu obchodnej spoločnosti ako samostatnú obchodnú spoločnosť bez subsidiárneho použitia ustanovení o akciovej spoločnosti. Za úvahu by ďalej stálo znížiť ceny za služby centrálného depozitára cenných papierov pre jednoduchú spoločnosť na akcie. Iným riešením by bolo, keby zákonodarcu umožniť emitovať aj listinné akcie, ktoré netreba registrovať v centrálnom depozitári cenných papierov a ponechať tak na uvážení zakladateľov spoločnosti, akú podobu akcií zvolia. Právna úprava jednoduchej spoločnosti na akcie totiž dovoľuje emitovať iba zaknihované akcie na meno, čo podľa nášho názoru môže spôsobovať problémy pre investorov. Rozumieme snahe zákonodarcu zavádzať opatrenia, ktoré vytvoria transparentnú obchodnú spoločnosť s jasnou akcionárskou štruktúrou. Na druhej strane máme zato, že takéto odhalenie anonymity akcionárov nemusí byť pre obchodnú spoločnosť prospešné. Prehľadnosť vlastníckej štruktúry môže mať nepriaznivé dopady pre rozvoj investícií a obchodných vzťahov. Pri akciovej spoločnosti je možné získať určitú anonymitu vlastníctva, pretože ak má akciová spoločnosť viac ako jedného akcionára, nemá povinnosť zapisovať akcionárov do obchodného registra⁸, čo ju robí atraktívnejším prostriedkom pre investorov.

Záver

Jednoduchá spoločnosť na akcie sa v Slovenskej republike nevyužíva v takej miere, ako bolo očakávané. Za súčasnej právnej úpravy jednoduchú spoločnosť na akcie využívajú najmä investori, ktorí potrebujú istotu bezproblémového vystúpenia zo spoločnosti a sú ochotní niesť vyššie náklady za správu spoločnosti. Spoločnosť s ručením obmedzeným je tradičnou spoločnosťou v našom právnom poriadku. Hlavným dôvodom prečo je využívaný pri vzniku start-upov prioritne tento druh obchodnej spoločnosti je jednoduchšia a finančne menej náročná správa. Jednoduchú spoločnosť na akcie však určite netreba zatracovať a máme zato, že práve táto inovatívna forma obchodnej spoločnosti s prvkami spoločnosti s ručením obmedzeným a s prvkami akciovej spoločnosti môže pre zákonodarcu do budúcnosti poslúžiť ako odrazový mostík, aby tento liberálny charakter jednoduchej spoločnosti na akcie preniesol aj na akciovú spoločnosť, čím by prispel k možnosti flexibilnejšie upraviť vzájomné vzťahy medzi akcionármi.

7 ŠULEKOVÁ, Ž.: Jednoduchá spoločnosť na akcie – nová forma obchodnej spoločnosti. *Súkromné právo*, č. 6/2016, s. 3 an.

8 Pozri § 2 ods. 2 písm. d) zákona č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

LITERATURA

- [1] PALA, R., FRINDRICH, J., KORMANÍK, I., MIHÁLIKOVÁ, K. In OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok 1*. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2017. 1739 s. ISBN 978-80-8168-573-6.
- [2] ŠULEKOVÁ, Ž.: Jednoduchá spoločnosť na akcie – nová forma obchodnej spoločnosti. *Súkromné právo*, č. 6/2016, s. 2–10.
- [3] Dôvodová správa k zákonu č. 389/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Z. z.
- [4] Zákon č. 513/1991 Zb., obchodný zákonník.
- [5] Zákon č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Martin Adamička

Právnická fakulta

Trnavská univerzita v Trnave

Kollárova 10

917 01 Trnava

E-mail: adamickam@gmail.com

GENERAL DATA PROTECTION REGULATION AND COOPERATION WITH THIRD PARTIES¹

Abstrakt: Obecné nařízení o ochraně osobních údajů (dále také „GDPR“) zavedlo pro organizace (obchodní korporace) několik nových pravidel na ochranu osobních údajů jednotlivců v rámci EU. Organizace, které jsou správci nebo zpracovateli údajů, musí mít jistotu, že jejich dodavatelé a subdodavatelé splňují příslušné požadavky GDPR – jinými slovy, jsou nyní odpovědné za osobní údaje spravované třetími stranami. Otázkou však zůstává, zda a nakolik jsou připravené toto v praxi zvládnout? Dodržování výše uvedených požadavků zahrnuje specifický metodický přístup, který by měl být pečlivě integrován do stávajících programů řízení rizik třetích stran. Úspěch takové integrace staví na několika zásadních úvahách a předpokladech. Před jejich zvážením je důležité pochopit, jak GDPR (zejména článek 28, ale i jiné) klade na dodavatele nové požadavky a ovlivňuje celkové vztahy se třetími stranami. S ohledem na výše uvedené lze shrnout, že tento příspěvek pojednává o specifických požadavcích GDPR, které byly přijaty za účelem posílení procesů řízení rizik třetích stran v korporační praxi, a obsahuje také soubor praktických doporučení, jak tyto programy v praxi zavést či upravit.

Abstract: The General Data Protection Regulation (hereinafter also the “GDPR”) has imposed several new rules on organisations (business companies) to protect EU individuals’ personal data. Organisations that are data controllers or data processors need to have assurance that their third-party suppliers/vendors as well as sub-contractors comply with applicable GDPR requirements – in other words, they are now responsible for personal data managed by their third-parties. The question however remains, whether and how they are ready to manage this in their business practice? Compliance with the above indicated GDPR requirements comprises of a specific methodical approach that should be carefully integrated into the existing third-party risk management programs. The success of this integration builds on several crucial considerations. Before weighing those, it is important to understand how GDPR (Article 28 in particular) places new requirements on suppliers/vendors and affects the overall third-party relationships. Considering the above, this paper discusses the specific GDPR requirements which were enacted to strengthen companies’ third-party risk management processes and includes a set of practical recommendations on how to establish/amend such programs in the corporate practice.

Klíčová slova: obchodní korporace, compliance, IT a informační bezpečnost, statutární orgán, řízení rizik, obecné nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR), dodavatel (třetí strana).

Key words: business company (corporation), compliance, IT and information security, statutory body, risk management, general data protection regulation (GDPR), supplier/vendor.

¹ This article has been supported by the Internal Grant Agency (“IGA”) of the University of Economics in Prague, project ref. IG207019.

1. Introduction: The General Data Protection Regulation

– overview

The General Data Protection Regulation is a **European law** that acts as the primary regulation on how business companies protect European Union (hereinafter also the “EU”) citizens’ personal data. This law became effective on 25 May 2018 and extended the data rights of individuals, requiring organisations to take more steps to protect citizens’ data with them or with their third-parties.²

Even though the regulation itself has undergone a vast amount of professional and/or public discussions, and has already been targeted by many academic writers, the author believes that the following key aspects of the GDPR should be reminded in the introduction of this paper – as all of them do have a significant impact on the below introduced third-party risk management programs and related processes³:

- ◆ **Rights of individuals:** The GDPR provides the EU individuals with enhanced rights regarding the processing of their personal data;
- ◆ **Data protection officers** (hereinafter also the “DPOs”): Business companies need to appoint a DPO (where large-scale personal data processing is required);
- ◆ **Privacy by design:** Business companies need to design compliance policies, procedures and processes and/or systems to ensure privacy of individuals’ personal data;
- ◆ **Privacy impact assessments** (hereinafter also the “PIA”): A PIA needs to be conducted for third-parties to identify and mitigate applicable data privacy risks; and
- ◆ **Data breach notifications:** Data controllers must notify the data protection authority and data subjects of any personal data breach within 72 hours of detection.

But how did the GDPR influence cooperation with third-parties? Third-parties are essential to the way most business companies process and manage personal data. The most recent research indicates that majority of data breaches include involvement of a third-party.⁴ In addition, the author believes that this figure is still to be growing – as hackers realise that technology platforms often represent an easily accessible entrepreneurial vulnerability.⁵ Under the GDPR, business companies now have a clear legal responsibility to select and manage their third-party data processors responsibly.⁶ The following text, among others, lays out the author’s professional suggestions and/or practical recommendations for building and maintaining such an internal risk management

2 Garrubba, T. *Expect the Unexpected: 5 Keys to Managing Third-party GDPR Risk*. Santa Fe: Shared Assessments, 2018. Available online: <<https://sharedassessments.org/expect-the-unexpected-5-keys-to-managing-third-party-gdpr-risk/>>.

3 Nuliček, M., Donát, J., Nonnemann, F., Lichnovský B., Tomíšek, J. *GDPR. General Data Protection Regulation (practical commentary)*. Prague: Wolters Kluwer, 2017.

4 NAVEX Global, Inc. *2018 Ethics & Compliance Third-party Risk Management Benchmark Report*. Navex Global: London, 2018. Available online: <<https://www.navexglobal.com/en-us/resources/benchmarking-reports/2018-ethics-compliance-third-party-risk-management-benchmark-report?RCAssetNumber=4022>>.

5 Ernst & Young Global Limited. *Cyber threats are a priority for managers in risk management. Lack of experts leads to outsource selected activities*. Prague: EY Global, 2018. Available online: <https://www.ey.com/cz/cs/newsroom/news-releases/2018_kyberneticke-hrozby-jsou-pro-manazery-prioritou-v-rizeni-rizik>.

6 Garrubba, T. *Expect the Unexpected: 5 Keys to Managing Third-party GDPR Risk*. Santa Fe: Shared Assessments, 2018. Available online: <<https://sharedassessments.org/expect-the-unexpected-5-keys-to-managing-third-party-gdpr-risk/>>.

framework (program) that would successfully mitigate the risks related to the use of third-parties (suppliers/vendors).

At its core, the GDPR positions numerous requirements regarding how business companies, regardless of their industry or location, manage the personal information of European “data subjects” (*i.e.* customers and employees). This regulation replaces the EU’s Data Protection Directive (95/46/EC), which had been the basis for EU laws that governs data privacy. Many of the ways that GDPR differs from the previous directive require third-party (vendor) risk management capabilities to be significantly updated and enhanced. Those changes should include⁷:

- ◆ The extension of legal obligations to service providers (which the regulation refers to as “data processors” – see below);
- ◆ A broader definition or so called “higher classification” of personal data (sensitive data) that must be protected;
- ◆ New operational requirements for data processing;
- ◆ Severe consequences for violations, including a maximum fine amounting to the greater of €20 million or 4 percent of global revenue⁸; and
- ◆ A new set of requirements for third-party data processors, as laid out in Article 28 of the GDPR.

The GDPR also introduces a **brand-new terminology**. Four of the most relevant phrases (with regards to third-party risk management processes) include:

- ◆ **(Data) processing**, *i.e.* any operations or a set of operations – either automated or manual – performed on personal data, including collection, recording, organization, storage, adaption, alteration, retrieval, consultation, use, disclosure *etc.*;
- ◆ **Data subject**, *i.e.* a person whose personal data is to be collected, stored or processed;
- ◆ **Data controller**, *i.e.* the entity or organisation (a business company) that determines the purposes (“why”), conditions and means of the processing of personal data (“how”);
- ◆ **Data processor**, *i.e.* an entity (a supplier/vendor) that processes personal data on behalf of the controller.

In addition to the above, it shall be noted that **Article 28 of the GDPR** requires a closer analysis for business companies and vendors that qualify themselves as “processors” and must thereby comply with the new rules. In other words, Article 28 identifies the technical and procedural measures that the data processors are required to implement. This section

7 Vaswani, V. *Rethinking Third-Party Risk Management (TPRM) in the GDPR Regime*. London: Corporate Compliance Insights, 2018. Available online: <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/rethinking-third-party-risk-management-tprm-in-the-gdpr-regime/>>.

8 The latest GDPR-related enforcement cases include British Airways (for further details please see – for example – the following article: “British Airways faces record £183m fine for data breach” at <https://www.bbc.com/news/business-48905907>), and Marriott (for further details please see – for example – the following article: “UK proposes another huge data fine. This time, Marriott is the target.” at <https://edition.cnn.com/2019/07/09/tech/marriott-data-breach-fine/index.html>).

also stipulates that data controllers (*i.e.* business companies that use vendors/suppliers which are being qualified as data processors) should only use those processors, which provide “sufficient guarantees” on being fully compliant with the individual requirements of the regulation.

Achieving the desired level of compliance with the GDPR thereby requires a **comprehensive, multi-step process that works in conjunction with an organisation’s existing third-party risk management program**. In summary, domestic as well as international undertakings should identify their critical vendor relationships and, after having clarity on that, they should further⁹:

- ◆ Understand which GDPR requirements clearly apply to the concerned vendor/supplier (third-party);
- ◆ Assess the third-party’s level of GDPR (data privacy) compliance;
- ◆ Assess the third-party’s overall security posture;
- ◆ Track how the third-party retains, accesses and transfers sensitive data;
- ◆ Amend and update respective contract provisions to ensure that they reflect all applicable GDPR requirements;
- ◆ Define key compliance items for satisfactory due diligence responses; and
- ◆ Conduct testing of key privacy and IT/information security-related controls.

A **detailed “manual”** on how to implement and/or adapt the already existing (internal) third-party risk management programs so as they meet the applicable GDPR requirements is being introduced below.

2. How to manage third-party risk under the GDPR¹⁰

2.1 General comments and recommendations

The following process should be treated as a basic risk management framework focusing on third-parties and their GDPR (data privacy) compliance. Whilst the sequence and emphasis of different phases may vary within each undertaking, all steps as proposed below should be existing and demonstrable. **Demonstrability** and **accountability** are fundamental requirements of GDPR (data privacy) compliance.¹¹ There should also be clear **roles and responsibilities** allocated within each business company – to ensure that these steps are utilised as legally or otherwise required. Those roles and/or responsibilities should be clearly **documented**.¹²

9 Galdies, P. *6 Steps for Managing the GDPR Third-Party Threat*. London: DQM GRC, 2019. Available online: <<https://www.dqmgrc.com/article/6-steps-managing-gdpr-third-party-threat>>.

10 Please note that apart from the below mentioned citations and references, this part of the text represents author’s personal proposals and recommendations (derived from her own professional experience and subject matter expertise).

11 Bowdler, J., Kettle, R. and coll. *Diploma in Governance, Risk and Compliance: Course Manual*. Birmingham: International Compliance Training Ltd, 2017.

12 Andreisová, L. *Current Trends in the Global Compliance Environment*. Business Law in Selected EU Member States – Proceedings of IX. International Scientific Conference. Prague: TROAS., 2017.

As indicated above, any process like this must not only be **implemented**, but also further **maintained**, *i.e.* seen as an ongoing one. One-off third-party risk management programs reduce the risks only in short run.¹³

Also, one of the most frustrating but at the same time the most valuable aspects of third-party risk management programs involves **reconciliation of relevant business processes** (*i.e.* how are they executed in practice) **to internal procedures** (*i.e.* documentation that identifies how the applicable processes should be performed). The goal is to find out how processes are being performed before looking at how that same processes are being documented in the formal (internal) procedures. Based on author's professional experience, it is very often the case that severe discrepancies are being found when conducting such reconciliations in practice. Such gaps must be identified and properly remediated (or potentially fully eliminated). After all, internal procedures often represent the record that various enforcement teams use to hold the organisations accountable.

It is a matter of fact that most multinationals already operate **an internal third-party risk management program**.¹⁴ To address and comply with the applicable GDPR third-parties related requirements, companies doing business in Europe should consider creating an **action plan** that enhances their existing third-party risk management programs with the following components¹⁵:

- ◆ Adding new GDPR-related criteria to their vendor risk-ranking formulas;
- ◆ Adding data privacy-related requirements to the standard contractual clauses and rolling those addendums out to impacted third-parties;
- ◆ Adding data privacy-related requirements to due diligence questionnaires;
- ◆ Adding additional data privacy-related controls to onsite audits (reviews); and
- ◆ Enhancing the frequency of ongoing monitoring to detect changes in the scope of suppliers'/vendors' data processing and facilitate reporting of data privacy impact assessments and suspected compromises of EU personal data.

Although business companies themselves have the ultimate decision on when due diligence assessments and processes should be performed, it is important to **evaluate all third-parties that may impact the rights and freedoms of natural persons**. Unfortunately, an exhaustive list of processes or activities that would require such assessment does not exist – and the author believes that it is impossible to create a generally applicable one (as this can certainly differ undertaking to undertaking). Regardless of the above, it shall be noted that the GDPR has provided some basic guidance and sample scenarios. As an example, the guidance includes the following¹⁶:

13 Drastich, M. *Information Security Management Systems*. Prague: Grada Publishing, 2011.

14 NAVEX Global, Inc. *2018 Ethics & Compliance Third-party Risk Management Benchmark Report*. Navex Global: London, 2018. Available online: <<https://www.navexglobal.com/en-us/resources/benchmarking-reports/2018-ethics-compliance-third-party-risk-management-benchmark-report?RCAssetNumber=4022>>.

15 PwC Global Limited. *An action plan for tackling third-party GDPR risk*. PwC Global: United States of America, 2018. Available online: <<https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/cybersecurity/general-data-protection-regulation/third-party-risk-management-gdpr.html>>.

16 Vaswani, V. *Rethinking Third-Party Risk Management (TPRM) in the GDPR Regime*. London: Corporate Compliance Insights, 2018. Available online: <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/rethinking-third-party-risk-management-tprm-in-the-gdpr-regime/>>.

- ◆ A third-party is, or will be, performing a high-risk process or service which may impact the rights and freedoms of natural persons;
- ◆ A third-party is, or will be, systematically monitoring a large scale publicly accessible area;
- ◆ As referred to in Article 9(1) of the GDPR, any third-party processing special categories of data on a large scale and/or personal data containing criminal convictions or offense;
- ◆ A third-party is, or will be, evaluating personal aspects relating to natural persons based on automatic processing, including profiling, and on which decisions are based that produce legal effects concerning the natural persons;
- ◆ A third-party is, or will be, leveraging new technologies, or those of a type in which no data protection impact assessment has yet been carried out; and
- ◆ A third-party is, or will be, performing additional processing activities which require the completion of a data privacy impact assessment as defined by the supervisory authority.

2.2 A five-step process to achieving GDPR (data privacy) compliance

2.2.1 Data mapping and discovery

The GDPR mandates that larger organisations are required to maintain dedicated documentation including comprehensive details of all processors¹⁷. However, the recent research shows that in today's corporate practice it is often the case that many business companies are not sufficiently aware of the full range of third-parties that are engaged in their business activities.¹⁸ As an example, cloud-based services can often be engaged outside of standard procurement processes and thereby also beyond the traditional IT and information security controls. It shall be highlighted though, that **it is impossible to manage third-party risks without a complete understanding of who they are and what they do**.¹⁹ The first recommended step is therefore to develop a robust internal process to build and maintain a full list of potentially high-risk vendors/suppliers which needs to identify and describe each processor in detail.

The question for the corporate world therefore remains: *"Which suppliers (vendors) and third-parties in general shall be seen as potentially high-risk, i.e. how to compile the list of potentially high-risk suppliers (for further risk-investigation)?"* The author believes that a set of following key initial assessment questions may serve as a good practical example/instrument²⁰:

- ◆ Does the supplier have (or will it be given) access to company's internal systems/applications/network?

¹⁷ GDPR Article 30: "Each controller and, where applicable, the controller's representative, shall maintain a record of processing activities under its responsibility."

¹⁸ NAVEX Global, Inc. *2018 Ethics & Compliance Third-party Risk Management Benchmark Report*. Navex Global: London, 2018. Available online: <<https://www.navexglobal.com/en-us/resources/benchmarking-reports/2018-ethics-compliance-third-party-risk-management-benchmark-report?RCAAssetNumber=4022>>.

¹⁹ Galdies, P. *6 Steps for Managing the GDPR Third-Party Threat*. London: DQM GRC, 2019. Available online: <<https://www.dqmgrc.com/article/6-steps-managing-gdpr-third-party-threat>>.

²⁰ Please note that this is the author's own recommended list.

- ◆ Is the supplier critical to the concerned company (*i.e.* is there a high level of dependency of the concerned company on products/services delivered by this supplier/vendor)?
- ◆ Is the supplier being sent (or will it be sent) company's data (hard or soft copy), or collects data from other sources on behalf of the company? Please note that this can be part of the following (and a proper definition/internal understanding of those categories should always be given out): customer data, colleague data, customer finance or payment data, commercially sensitive data, sensitive personal data, customer or colleague analytical data *etc.*
- ◆ Has the supplier/vendor been involved in any incidents or data breaches?

Building and maintaining the supplier list as described above (*i.e.* **the internal list of potentially high-risk suppliers/vendors**) is often best achieved by using an appropriate mixture of questionnaires, interviews and reconciliations with other sources. Based on author's professional experience, it can be recommended to consult the above with various internal stakeholders – such as supply chain (procurement) representatives and/or individual buying or business managers. After that, a dedicated “**triage**” questionnaire can be sent to each supplier to either confirm or refute the estimated risk-rating. Such triage may include – for example – the following²¹:

- ◆ Detailed description of goods/services provided by the supplier (vendor);
- ◆ Cost/value of the contract;
- ◆ Which types of data are being held, collected, processed or transmitted by the supplier/vendor (and in which volume);
- ◆ Confirmation on whether the supplier/vendor is critical to the concerned company;
- ◆ Confirmation on where the data is being/will be stored (*i.e.* whether it stays with the concerned company or with the supplier, in a data-centre managed by a third/professional party *etc.*);
- ◆ Confirmation on whether the supplier/vendor has been dealing with a security incident in the past;
- ◆ Confirmation on how the data at rest/in transit is/will be secured;
- ◆ Confirmation on who specifically has access to the data (*e.g.* employees of the supplier/vendor, its contractors *etc.*); and
- ◆ Confirmation on which contracts (and specific annexes) were signed (are to be signed in the future).

Based on the “triage results” above, the supplier/vendor (third-party) should be assessed as **high, medium or low-risk** (*i.e.* the initial estimation of risk-rating either confirmed or refuted). For any high or medium-risk suppliers, a further risk assessment stage with the use of “detailed questionnaires” and potentially also “on-site reviews/audits” are recommended (see below).

²¹ Please note that these are the author's own professional recommendations.

2.2.2 Policies and contractual documentation

As mentioned above, organisations now have a legal obligation to establish contractual agreements between controllers and processors which clearly define the **roles, responsibilities and liabilities of both parties**²². The goal of each contract is to include (at a minimum)²³:

- ◆ The subject-matter and duration of processing;
- ◆ The nature and purpose of processing;
- ◆ The type of personal data and categories of data subjects;
- ◆ The minimum terms or clauses required of the processor; and
- ◆ The obligations and rights of the controller.

All business companies which are in scope of the above described regulatory principles should therefore have adequate policies and processes for ensuring data privacy (GDPR) compliance in place. Those should be enacted with the use of standardised data processing agreements (hereinafter also the “DPAs”), non-disclosure agreements (hereinafter also the “NDAs”) and additional supplier contracts – such as, for example a **supplier data obligation document** summarising the individual IT and information security-related requirements/controls of a concerned company (*e.g.* information security and data governance controls; personnel security controls; controls for managing sub-contractors; controls for managing data subjects’ and other requests; provisions related to controlling access to internal data; controls related to transferring internal data; controls related to incident management; controls related to back-up and disaster recovery; controls related to system development; controls related to physical and environmental security; controls related to demonstration of compliance *etc.*). Such framework must be **maintained over time – as all agreements with third-parties** must reflect the acceptable minimum data processing terms (*i.e.* both existing as well as new agreements).

This documentation serves as an important **tool** in managing relationships with third-parties; and, in addition, it also provides for a great **evidence** of company’s privacy commitment and lays down the groundwork for negotiation and selection of only those suppliers, who can operate to the standards expected by the concerned entity.²⁴

2.2.3 Detailed risk assessment

If the triage phase confirmed a higher risk-rating, the detailed risk assessment phase should be initiated as soon as reasonably possible. This phase should include all relevant (internal) stakeholders and should enable collection of all applicable details around the supplier risk.

22 GDPR Article 28: “A processor shall be governed by a contract that sets out the subject-matter and duration of the processing, the nature and purpose of the processing, the type of personal data and categories of data subjects and the obligations and rights of the controller.” and GDPR Article 35: “Where a type of processing in particular using new technologies, and taking into account the nature, scope, context and purposes of the processing, is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons, the controller shall, prior to the processing, carry out an assessment of the impact of the envisaged processing operations on the protection of personal data.”

23 PwC Global Limited. *An action plan for tackling third-party GDPR risk*. PwC Global: United States of America, 2018. Available online: <<https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/cybersecurity/general-data-protection-regulation/third-party-risk-management-gdpr.html>>.

24 ISO/IEC 27001:2014, *Information Security Management Systems*.

Based on author's professional experience, it is now becoming quite common for business companies to issue **standardised questionnaires** to high or medium-risk suppliers to understand their capabilities and the way of managing privacy and security-related measures. Such dialogue is a very valuable step in assessing and evaluating the supplier risk – however, it is important to ensure that the right questions are being asked. Below is a short summary of author's personal (professional) recommendations:

- ◆ **Security governance** – *i.e.* a set of questions/controls around governance-related measures in the supplier's internal IT and information security program – *e.g.* who is accountable for IT and information security, how is statutory reporting ensured, is there an internal information security policy or equivalent in place, are there any sub-contractors in use, does the supplier have any internal certification or other standard (*e.g.* ISO 27001) *etc.*;
- ◆ **Privacy** – *i.e.* a set of questions/controls around breach reporting, management of data subjects' requests, privacy impact assessments, management of records of processing *etc.*;
- ◆ **Risk management** – *i.e.* a set of questions/controls around risk management-related measures applicable to the supplier/vendor – *e.g.* has the supplier published or adopted an information security risk management methodology, has it been approved by the statutory management, what is the information security risk management process for new projects before they go live *etc.*;
- ◆ **Physical security** – *i.e.* a set of questions/controls around physical environment of the supplier/vendor – *e.g.* its offices, data-centres, computer rooms *etc.*, including how the physical access is controlled and monitored;
- ◆ **Personnel security** – *i.e.* a set of questions/controls around employee screening and background checks, conflicts of interest *etc.* (this should relate to supplier's employee/contractor base);
- ◆ **Host-based (endpoint) security** – *i.e.* a set of questions/controls around securing supplier's endpoints and servers – *e.g.* firewall solutions, anti-virus, intrusion detection/protection systems, patching and vulnerability scanning *etc.*;
- ◆ **Network security** – *i.e.* a set of questions/controls around securing supplier's network – *e.g.* data separation, remote access and multifactor authentication, secure configuration standards *etc.*;
- ◆ **Access control** – *i.e.* a set of questions/controls around supplier's approach to passwords with regards to complexity, length, account expiry, lock-out period, available attempts *etc.*, including service and administrator accounts;
- ◆ **Data security** – *i.e.* a set of questions/controls around supplier's data classification and data handling processes, data retention and data destruction policies *etc.*;
- ◆ **Logging and monitoring** – *i.e.* a set of questions/controls around logging and monitoring of security and other events across supplier's IT environment; and
- ◆ **Business continuity** – *i.e.* a set of questions/controls around business continuity and disaster recover processes (and plans).

Like all good interviews the questions raised should always focus on **“open” rather than “closed” questions**, *i.e.* the preferred approach is to ask “how” rather than “do you”. The received results should then be carefully considered, the risk of the individual responses assessed in the overall context of supplier’s organisation and sorted out into three main groups: **compliant, partially compliant** (acceptable risk with no remediation needed), **not compliant** (unacceptable risk with dedicated remediation needed). Where risks are assessed as unacceptable, the individual gaps must be identified, and a dedicated **remediation (action) plan** agreed with the supplier prior to placing the work. If the above is not possible, a **different supplier** should be selected.

Other recommendations would include using the **updated documentation** and **regular (at least annual) re-assessment** of the risk-level and specific risks of each cooperation.

2.2.4 Auditing

Where the supplier risks appear to be “high”, the processing itself is seen as sensitive, the results of the detailed risk assessments appear to be unclear or – based on assessor’s professional knowledge and intuition – “too good to be truth”, or where there has been a security or other incident with the supplier in the past, an **on-site audit or review** can be recommended.²⁵ A **reliable audit** will be both **interview and evidence-based**.²⁶

Importantly, all assessment results should always be shared with respective **internal stakeholders** (see above). A good practice would be to go through all the controls from the detailed risk assessment phase when being on site with the supplier and review all related **documentation** and other **evidence** in person.²⁷

2.2.5 Remediation and continuous monitoring

Both the detailed risk assessment and third-party audit stages can result into **identification of various gaps/issues** and thereby also **further risks**. Sometimes those risks will be acceptable, but in many cases, something will need to change to ensure the data processing is seen as fully compliant.

Before the third-party is approached with specific proposals for remedial actions and plans, the remediation must be agreed internally with all key stakeholders (see above). Any remedial action plan or action itself must be carefully explained and accepted by the concerned third-party (and above all documented). Any potential progress should be continuously monitored and once completed, the related control(s) thoroughly tested and a formal sign-off received.²⁸

To sum up, third-party processors may constitute **significant business and other risks**, however, **implementing the above proposed five-step third-party risk management program should mitigate those risks appropriately**.

25 Remember that all the above phases are self-assessments only – conducted by the supplier/vendor internally.

26 Drastich, M. *Information Security Management Systems*. Prague: Grada Publishing, 2011.

27 GDPR Article 28: “[the contract shall] ... allow for and contribute to audits, including inspections, conducted by the controller or another auditor mandated by the controller.”

28 Schenková, K., Lasák, J. and col. *Compliance in Business Practice*. Prague: C. H. Beck, 2017.

Conclusion

The EU's General Data Protection Regulation has significantly **increased the risk of outsourcing data processing activities** of business operations involving European individuals to third-parties – as the regulation expands the scope and complexity of third-party risks for (not only) large multinationals, which often engage thousands of suppliers/vendors that perform some type of processing of EU personal data. These business companies need an action plan and ongoing risk management capability to mitigate the potential GDPR enforcement, litigation and other risks related to their supply chain.

As presented in the main body of this paper, primarily the following **five articles** of the GDPR are adding new requirements or somehow deepening the existing obligations from the legacy 1995 EU Directive on Data Protection:

- ◆ Article 28 (Processor);
- ◆ Article 30 (Records of processing activities);
- ◆ Article 32 (Security of processing);
- ◆ Article 33 (Notification of a personal data breach to the supervisory authority); and
- ◆ Article 36 (Prior consultation).

The GDPR is not a one-off implementation regulation, but an **ongoing** one that – among others – **requires periodic risk assessment of third-party suppliers/vendors**.

The following summary represents a brief view on the **key components of a “GDPR-compliant” third-party risk management framework**²⁹:

- ◆ Gap analysis;
- ◆ Differentiating between data controllers and data processors;
- ◆ Contract review;
- ◆ Conducting data privacy impact assessment;
- ◆ Continuous monitoring;
- ◆ Mechanism(s) for incident reporting; and
- ◆ Ensuring third-parties are compliant.

The above can be achieved by using the **practical five-step risk management framework** proposed by the author in the main body of this paper.

LITERATURA

- [1] ANDREISOVÁ, L. *Current Trends in the Global Compliance Environment*. Business Law in Selected EU Member States – Proceedings of IX. International Scientific Conference. Prague: TROAS., 2017, 304 p. ISBN: 978-80-88055-03-7.
- [2] BOWDLER, J., KETTLE, R. and coll. *Diploma in Governance, Risk and Compliance: Course Manual*. Birmingham: International Compliance Training Ltd, 2017.

²⁹ Vaswani, V. *Rethinking Third-Party Risk Management (TPRM) in the GDPR Regime*. London: Corporate Compliance Insights, 2018. Available online: <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/rethinking-third-party-risk-management-tprm-in-the-gdpr-regime/>>.

- [3] DRASTICH, M. *Information Security Management Systems*. Prague: Grada Publishing, 2011. 128 p. ISBN: 978-80-247-7616-3.
- [4] Ernst & Young Global Limited. *Cyber threats are a priority for managers in risk management. Lack of experts leads to outsource selected activities*. Prague: EY Global, 2018. Available online: <https://www.ey.com/cz/cs/newsroom/news-releases/2018_kyberneticke-hrozby-jsou-pro-manazery-prioritou-v-rizeni-rizik>.
- [5] GALDIES, P. *6 Steps for Managing the GDPR Third-Party Threat*. London: DQM GRC, 2019. Available online: <<https://www.dqmgrc.com/article/6-steps-managing-gdpr-third-party-threat>>.
- [6] GARRUBBA, T. *Expect the Unexpected: 5 Keys to Managing Third-party GDPR Risk*. Santa Fe: Shared Assessments, 2018. Available online: <<https://sharedassessments.org/expect-the-unexpected-5-keys-to-managing-third-party-gdpr-risk/>>.
- [7] ISO/IEC 27001:2014, *Information Security Management Systems*.
- [8] NAVEX Global, Inc. 2018 *Ethics & Compliance Third-party Risk Management Benchmark Report*. Navex Global: London, 2018. Available online: <<https://www.navexglobal.com/en-us/resources/benchmarking-reports/2018-ethics-compliance-third-party-risk-management-benchmark-report?RCAssetNumber=4022>>.
- [9] NULÍČEK, M., DONÁT, J., NONNEMANN, F., LICHNOVSKÝ B., TOMÍŠEK, J. *GDPR. General Data Protection Regulation (practical commentary)*. Prague: Wolters Kluwer, 2017. 544 p. ISBN: 978-7552-765-3.
- [10] PwC Global Limited. *An action plan for tackling third-party GDPR risk*. PwC Global: United States of America, 2018. Available online: <<https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/cybersecurity/general-data-protection-regulation/third-party-risk-management-gdpr.html>>.
- [11] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons regarding the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (*General Data Protection Regulation*). Available online: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=CELEX%3A32016R0679>>.
- [12] SCHENKOVÁ, K., LASÁK, J. and col. *Compliance in Business Practice*. Prague: C. H. Beck, 2017. 480 p. ISBN: 978-80-7400-668-5.
- [13] Vaswani, V. *Rethinking Third-Party Risk Management (TPRM) in the GDPR Regime*. London: Corporate Compliance Insights, 2018. Available online: <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/rethinking-third-party-risk-management-tprm-in-the-gdpr-regime/>>.

Kontaktní adresa autora:

Ing. Lucie Andreisová, Ph.D.

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: lucie.andreisova@gmail.com

DŮVODY ZAMÍTNUTÍ NÁVRHU NA POVOLENÍ ODDLUŽENÍ

Abstrakt: Příspěvek má za cíl analyzovat jednotlivé důvody zamítnutí oddlužení a četnost jejich výskytu. Druhým cílem je ověření hypotézy, zda lze takto legislativně nastavené důvody pro zamítnutí návrhu na oddlužení považovat za vyvážené. Pro statistické účely byla sledována a analyzována soudní usnesení o zamítnutí návrhu na povolení oddlužení ze srpna roku 2019.

Abstract: The aim of this paper is to analyse the main reasons for denying the application for personal bankruptcy and their frequency. Second aim of this contribution is to verify the hypothesis that the recently adopted reasons for denying the application are balanced. For the statistic purpose analysed decisions denying the application for personal bankruptcy from August 2019 were used.

Klíčová slova: oddlužení, osobní bankrot, insolvenční zákon, zamítnutí návrhu.

Key words: debt relief procedure, discharge of debts, bankruptcy law, rejection of application.

1. Důvody zamítnutí návrhu na povolení oddlužení

Důvody zamítnutí návrhu na povolení oddlužení mohou mít podle zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) dále jen jako insolvenční zákon¹ několik podob. Rozdělit je lze do dvou kategorií. První kategorii lze identifikovat tak, že podle ní záleží na vnitřních pohnutkách a přístupu dlužníka, jedná se proto o poctivost jeho záměru či lehkomyšlný nebo nedbalý přístup dlužníka k plnění povinností v insolvenčním řízení. U této skupiny důvodů zamítnutí návrhu lze spatřovat jisté interpretační problémy, na rozdíl od kategorie druhé, spojené s katalogem formálních ukazatelů a požadavků. Příspěvek má za cíl analyzovat jednotlivé důvody zamítnutí oddlužení, četnost jejich výskytu a ověření hypotézy, zda lze takto legislativně nastavené důvody považovat za odpovídající představě o spravedlivém přístupu k dlužníkovi.²

V souvislosti s vývojem evropské legislativy lze předpokládat brzké snahy o další novelizaci oddlužení, tentokrát v oblasti oddlužení fyzických podnikajících osob. Sledovat vývoj aktuálně účinné právní úpravy je proto důležitým stavebním kamenem pro brzké úvahy de lege ferenda.

¹ Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) ve znění zákona č. 230/2019 Sb.

² Sám pojem spravedlnosti může být samozřejmě subjektivně ovlivněn a není jednotná objektivní definice pojmu spravedlnost, některé prvky tohoto pojmu lze však nalézt v odvolacích důvodech napadených usnesení.

2. Náležitosti řádného návrhu

Aby bylo vůbec možné uvažovat o zamítnutí návrhu na povolení oddlužení, musí být takový návrh nejprve řádně podán, a to prostřednictvím formuláře, jehož náležitosti stanovuje vyhláška Ministerstva spravedlnosti.³ Primární požadavky na řádné podání návrhu na povolení oddlužení lze nalézt v § 389 insolvenčního zákona. Návrh na povolení oddlužení může podle tohoto ustanovení podat pouze dlužník. Toto pravidlo je legislativně poněkud nešťastně upraveno jak v § 389 odst. 1, tak v § 389 odst. 3 insolvenčního zákona, nicméně bylo pravděpodobně snahou zákonodárce legislativně co nejvíce akcentovat, že nikdo jiný než dlužník návrh na povolení oddlužení dát nemůže. Podle § 389 odst. 1 insolvenčního zákona může dlužník „...insolvenčnímu soudu navrhnout, aby jeho úpadek nebo jeho hrozící úpadek řešil oddlužením, jde-li o právnickou osobu, která podle zákona není považována za podnikatele a současně nemá dluhy z podnikání, nebo o fyzickou osobu, která nemá dluhy z podnikání.“ V tomto ustanovení lze upozornit na poněkud zajímavou jazykovou konstrukci textu zákona, podle kterého je subjektem, který řeší úpadek či hrozící úpadek dlužníka soud a nikoli dlužník podávající návrh.⁴

Další náležitosti podání návrhu na povolení oddlužení a insolvenčního návrhu řeší § 390, § 390a, § 391, § 392 a § 393 insolvenčního zákona. V těchto ustanoveních se projevuje trend v přístupu k oddlužení převažující mezi roky 2016 až 2019. Na jednu stranu je oproti předchozím letům nově obsaženo zpřísnění v tom, kdo může návrh na oddlužení pro dlužníka sepisovat a podávat a za jakých podmínek. Návrh na povolení oddlužení tak mohou podat pouze dlužníci, jejichž návrh byl sepsán notářem, advokátem, insolvenčním správcem nebo akreditovanou osobou, pokud sám dlužník nemá právní či ekonomické vzdělání.⁵ Tato změna reagovala na praxi, kdy návrhy na oddlužení často sepisovaly nekvalifikované subjekty v podobě „quasiprávních“ služeb za částky ve výši desítek tisíc korun. Tyto návrhy však nezřídka trpěly nízkou kvalitou a byly sepisovány i pro dlužníky, u kterých bylo zřejmé, že tehdejší podmínky pro oddlužení nemají šanci splnit. Na tento stav reagovala novela s účinností od 1. 7. 2017⁶, která zpříšňovala podmínky pro podávání návrhů na oddlužení a zaváděla jejich regulaci.⁷

Na druhou stranu změny, které proběhly v posledních letech, přinesly i zmírnění některých kritérií, a to zejména v oblasti požadavků na dlužníka. Ten tak již například nemusí v rámci návrhu na povolení oddlužení dokazovat své příjmy za poslední 3 roky, ale jen za 12 měsíců, a stejně tak nemusí dokládat údaje o očekávaných příjmech v 5 letech, ale pouze v následujících 12 měsících. V souvislosti s odstraněním požadavku na splacení 30 % pohledávek nezajištěných věřitelů a požadavkem na vynaložení veškerého úsilí, které je

3 ERBSOVÁ, H. in HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T. a kol. *Insolvenční zákon. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2018.

4 Podmínky, za kterých může být oddlužena i osoba mající dluhy z podnikání, jsou upraveny podrobněji v dalších částech citovaného ustanovení.

5 HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T. *Insolvenční řízení*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2018.

6 Zákon č. 64/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

7 STRNAD, Z. in KOZÁK, J., BROŽ, J., DADAM, A., STRNAD, Z., ZRŮST, L., ŽIŽLAVSKÝ, M. *Insolvenční zákon. Komentář*. 4. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018.

Došlo i explicitnímu zákazu v § 391 mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení, podle kterého „nikdo není oprávněn sám nebo prostřednictvím jiného za úplatu nebo jiné zvýhodnění obstarat, zprostředkovat nebo nabídnout obstarání či zprostředkování sepsu a podání návrhu na povolení oddlužení anebo také insolvenčního návrhu... ani činnosti s tím spojené“.

po něm možné spravedlivě požadovat, směřujícího ke splacení svých dluhů, je v rámci příloh nově požadováno například i čestné prohlášení obsahující informace o znalosti svých povinností a příslib výše uvedené snahy.⁸ S ohledem na jeden z nejobecnějších právních principů spočívajícím v pravidlu, že neznalost zákona neomlouvá, je otázkou nadbytečnost tohoto požadavku a jeho procesní význam. O určitém dopadu lze uvažovat spíše v jisté sebereflexi dlužníka, ta by však neměla být součástí takto formálně požadovaných úkonů.

V souvislosti s touto změnou je vypuštěna i povinnost dlužníka předkládat seznam svých závazků. Sepsání tohoto seznamu bylo často značně komplikované. Dlužníci, kteří čelili mnohačetným exekucím, již logicky nemohli mít přehled o struktuře svých věřitelů a nemohli být ani při vynaložení značné snahy schopni vytvořit seznam závazků, který by odpovídal realitě. Seznam závazků tak býval často podle svědectví neziskových organizací pracujících s dlužníky tou nejkomplicovanější částí přípravy návrhu na povolení oddlužení.⁹

3. Zamítnutí návrhu na povolení oddlužení

Pokud návrh na povolení oddlužení obsahuje předepsané náležitosti, či jsou v případě potřeby chybějící náležitosti doplněny a návrh není vzat zpět, přichází na řadu jeho posouzení spojené s možností insolvenčního soudu návrh zamítnout.

Rozhodnutí o návrhu na povolení oddlužení je upraveno v § 395 insolvenčního zákona. S výše popisovanou novelou insolvenčního zákona, která proběhla prostřednictvím zákona publikovaného pod č. 31/2019 Sb.¹⁰, byly podstatně změněny podmínky, za kterých lze návrh na povolení oddlužení zamítnout. Tyto změny úzce souvisejí s celkovou novou koncepcí oddlužení, jejíž některé části týkající se návrhu na povolení oddlužení a důvodů k jeho odmítnutí byly popsány výše. Tyto změny přináší podstatně menší bariéry pro osoby, které se snaží oddlužení dosáhnout, ale i poměrně značný prostor pro subjektivní uvážení soudu v některých otázkách návrhu na povolení oddlužení.

S ohledem na relativně široký prostor soudu pro úvahy o zamítnutí návrhu na povolení oddlužení je na místě podrobit ustanovení, na kterých soud toto rozhodnutí zakládá, bližšímu akademickému zkoumání. Důvody pro zamítnutí návrhu na povolení oddlužení jsou od výše citované novely insolvenčního zákona publikovány ve Sbírce zákonů pod č. 31/2019 Sb. následující:

-
- 8 Zákona č. 31/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) a některé další zákony.
 - 9 I tak může ale insolvenční soud dlužníku uložit, aby seznam pohledávek dodal dle § 128 odst. 3 a § 104 odst. 1 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon).
 - 10 Zákona č. 31/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 312/2006 Sb., o insolvenčních správcích, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 296/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

3.1 Nepoctivý záměr

(§ 395 odst. 1 písm. a) insolvenčního zákona)

Důvod k zamítnutí návrhu na povolení oddlužení založený na nepoctivém záměru byl převzat z předchozí právní úpravy. Tuto překážku ve schválení návrhu na povolení oddlužení lze považovat za materiálně zcela klíčovou, přičemž pro soud je hlavním ukazatelem poctivosti či nepoctivosti dlužníka jeho snaha o vypořádání se s věřiteli v okamžiku rozhodnutí soudu o povolení oddlužení.¹¹

Jedná se o normu s relativně neurčitou hypotézou, jde tedy o právní normu, u které je ponecháno na soudu, aby podle svého uvážení hypotézu právní normy stanovil.¹² Požadavek na prokázání nepoctivého záměru je však, stejně jako prokázání jakéhokoli interního duševního pochodu, značně komplikovaný a právní úprava ponechává prostor soudu pro jeho posouzení v kontextu konkrétního případu. Za nepoctivý záměr je proto v takové situaci možné považovat jednání dlužníka před podáním návrhu na povolení oddlužení nebo při jeho podání. Mezi jednání dosvědčující nepoctivý záměr lze řadit předchozí trestnou činnost dlužníka, převody majetku, jimiž snižuje možnost uspokojení svých věřitelů, nezřízené jednání, zatajování příjmů. Nepoctivým záměrem může být umělé vytvoření druhého dluhu s kooperujícím subjektem pouze za účelem splnění podmínky spočívající v pluralitě věřitelů.¹³

3.2 Ekonomický rozměr

(§ 395 odst. 1 písm. b) insolvenčního zákona)

Insolvenční soud podle tohoto ustanovení zamítne návrh na povolení oddlužení, pokud se zřetelem ke všem okolnostem lze důvodně předpokládat, že dlužník nebude schopen splácet v plné výši náhradu hotových výdajů a odměnu insolvenčního správce. Současně výše splátky ostatním věřitelům včetně věřitelů pohledávek za majetkovou podstatou a pohledávek postavených jim na roveň nesmí být nižší než platba insolvenčnímu správci. Důvodem pro zamítnutí oddlužení je i předpoklad, že dlužník nebude schopen v plné výši splácet ani pohledávky věřitelů na výživném ze zákona či odměnu za sepsání a podání návrhu na povolení oddlužení či insolvenčního návrhu za dlužníka.¹⁴

Aby tedy soud nezamítl návrh na povolení oddlužení, musí existovat důvodný předpoklad, že dlužník bude v průběhu oddlužení splácet svým věřitelům alespoň tolik, kolik insolvenčnímu správci. V souvislosti s tímto ustanovením vyvstává otázka, jak bude judikatura řešit situaci, kdy některý ze správců není plátcem daně z přidané hodnoty. Při aplikaci pouze jazykového výkladu by se zákonem požadovaná minimální výše splátek lišila v závislosti na tom, zda insolvenční správce je či není plátcem daně z přidané hodnoty. Pokud by byla po dlužnících vyžadována různá minimální výše splátek, vznikala by tak neodůvodněná nerovnost mezi jednotlivými dlužníky. Oblast daně z přidané hodnoty je však vysoce harmonizovaná na úrovni Evropské unie a změna režimu daně z přidané hodnoty by byla jen stěží realizovatelná.

11 MAŠEK, J. *Povolení oddlužení*. Bulletin Advokacie, 2019, 5.

12 Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. července 2011, sen. zn. 29 NSČR 14/2009.

13 STRNAD, Z. in KOZÁK, J., BROŽ, J., DADAM, A., STRNAD, Z., ZRŮST, L., ŽIŽLAVSKÝ, M. *Insolvenční zákon. Komentář*. 4. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018.

14 § 395 odst. 1 písm. b) zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení.

Dalším efektem tohoto ustanovení je preference dvou typů pohledávek. První jsou pohledávky na výživném ze zákona. U požadavku na splácení tohoto typu pohledávek lze předpokládat snahu o minimalizaci sociálních dopadů na další osoby v okolí dlužníka. Důraz na zaplacení odměny za sepsání a podání návrhu na povolení oddlužení či insolvenčního návrhu za dlužníka lze pak chápat jako motivační prvek pro osoby, kterým zákon tyto úkony umožňuje provádět.

Toto ustanovení má bezesporu potenciál k tomu, aby bylo vnímáno rozporuplně, nicméně s ohledem na nezbytnost funkčnosti systému a výkonu činnosti insolvenčního správce jako podnikatelského subjektu má své opodstatnění.

3.3 Lehkomyslné jednání dlužníka

(§ 395 odst. 2 insolvenčního zákona)

Další důvod pro zamítnutí návrhu na povolení oddlužení spočívá v situaci, kdy došední výsledky řízení dokládají lehkomyšlný nebo nedbalý přístup dlužníka k plnění jeho povinností v insolvenčním řízení. Rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci popisuje lehkomyšlný nebo nedbalý přístup následovně: „*dlužnice nerespektuje pokyny soudu ani insolvenčního správce, správci neposkytla potřebnou součinnost při zjišťování hodnoty jejího majetku, který navíc označila až v průběhu řízení, a existence tohoto majetku nebyla pro nespolutpráci dlužnice prokázána... odvolací námitky dlužnice nejsou ničím podloženy, nemohou být proto důvodné, naopak ze spisu jasně vyplývá lehkomyšlný a nedbalý přístup dlužnice k plnění povinností v insolvenčním řízení...*“¹⁵ Určitý prvek lehkomyšlnosti při jednání dlužníka směřujícího ke vzniku dluhů je judikaturou předpokládán, záleží však na postoji dlužníka k řešení těchto problémů, na proměně jeho postoje a následném konzistentním vyvarování se lehkomyšlného chování.¹⁶

3.4 Opakovaný vstup do oddlužení

(§ 395 odst. 3 insolvenčního zákona)

Ve výčtu právních norem obsažených v § 395 insolvenčního zákona se nachází i požadavek na desetiletý minimální odstup od posledního úspěšného oddlužení. Insolvenční soud zamítne návrh na povolení oddlužení, „*jestliže v posledních 10 letech před podáním insolvenčního návrhu bylo dlužníku pravomocným rozhodnutím přiznáno osvobození od placení pohledávek zahrnutých do oddlužení, v rozsahu, v němž nebyly uspokojeny.*“¹⁷ V původním návrhu jdoucím do meziresortního připomínkového řízení byla namísto 10 let navržena sedmiletá lhůta. Tato úprava však narazila na zásadní připomínky v meziresortním připomínkovém řízení, kdy došlo k jejímu prodloužení na 10 let. Pro chápání této lhůty je zá-

15 Rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 VSOL 1064/2017-B-163 ze dne 21. prosince 2017.

16 „*Přítom je ovšem třeba mít na paměti, že o způsob řešení svého úpadku oddlužením typově žádají i osoby, které si úpadkovou situaci (nebo hrozící úpadek) přivodily do jisté míry lehkomyšlným, marnotratným nebo obecně málo zodpovědným přístupem ke svým majetkovým záležitostem (počínaje tzv. řetěžením úvěrů a půjček a konče třeba i utrácením peněz v hracích automatech), ale v určité fázi života (zpravidla časově úzce propojené dobou zahájení insolvenčního řízení) se rozhodly tento přístup změnit a své ekonomické potíže řešit smysluplnou cestou v insolvenčním řízení. Je-li taková proměna opravdová [o čemž by se měl insolvenční soud přesvědčit v insolvenčním řízení ve vazbě na vše, co v něm vyšlo najevo ve fázích rozhodování o návrhu na povolení oddlužení a o schválení oddlužení...]*“ Usnesení Nejvyššího soudu č. j. 29 NSCR 47/2013 ze dne 17. června 2015.

17 § 395 odst. 3 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení.

sadní otázka, kolikrát za svůj produktivní život by měl mít dlužník šanci projít oddlužením, přičemž se dle přijatého znění jedná o minimální interval 13 let, respektive 15 let, pokud nejsou započteny některé dílčí procesní lhůty. Kompletní proces oddlužení by tak měl být dlužníkovi umožněn dvakrát či nanejvýše třikrát za život.

3. 5 Dřívější zamítnutí návrhu pro nepoctivost záměru

(§ 395 odst. 4 insolvenčního zákona)

Posledním důvodem pro zamítnutí návrhu na povolení oddlužení obsaženým v § 395 insolvenčního zákona je dřívější zamítnutí návrhu pro nepoctivost záměru. Pro toto zamítnutí je relevantní, zda v 5 letech před podáním návrhu na povolení oddlužení byl dlužníkem podán takový návrh na povolení oddlužení, který byl pravomocně zamítnut z důvodu, že je jím sledován nepoctivý záměr, nebo jestliže z téhož důvodu nebylo oddlužení schváleno nebo bylo schválené oddlužení zrušeno. V původním sněmovním tisku byla uvedena lhůta 3 roky, při projednávání návrhu novely insolvenčního zákona v poslanecké sněmovně však byla tato lhůta prodloužena na 5 let.¹⁸ Podle důvodové zprávy bylo cílem navrhovaného ustanovení předcházet situacím, kdy se „nepoctivý dlužník pokusí opakovaně uvést insolvenční soud v omyl tím, že zakrývá svůj nepoctivý záměr.“¹⁹

4. Důvody zamítnutí oddlužení v aplikační praxi

Poslední právní úprava nově stanovující shora uvedené důvody pro oddlužení nabyla účinnosti 1. 6. 2019 a dostupných podkladů pro sledování práce soudů s takto nastavenými parametry zamítnutí návrhu na povolení oddlužení není mnoho, přesto jsou již některá rozhodnutí dostupná. Tato rozhodnutí, jakožto první rozhodnutí insolvenčních soudů podle nové úpravy, nastavují judikatorní trendy pro rozhodnutí následující. Mají proto značný význam a je vhodné se jimi zabývat podrobněji. Dále budou proto vybrána a blíže popsána některá modelová rozhodnutí insolvenčních soudů, na kterých je možné ilustrovat dopady nové úpravy.

Struktura důvodů pro zamítnutí návrhu na oddlužení ve sledovaném měsíci srpnu roku 2019 byla následující:

Ustanovení § 395 odst. 1 písm. a) insolvenčního zákona, tedy nepoctivý záměr, bylo důvodem k zamítnutí návrhu na povolení oddlužení ve 3 případech, ustanovení § 395 odst. 1 písm. b) insolvenčního zákona, tedy nedostatečná výše splátek, bylo důvodem k zamítnutí návrhu na povolení oddlužení v 11 případech, ustanovení § 395 odst. 2 insolvenčního zákona, tedy lehkomyšlné jednání dlužníka, důvodem k zamítnutí návrhu na povolení oddlužení ve 2 případech, ustanovení § 395 odst. 3 insolvenčního zákona, tedy opakovaný vstup do oddlužení dříve, než to umožňuje zákon, důvodem k zamítnutí návrhu na povolení oddlužení ve 2 případech, a § 395 odst. 4 insolvenčního zákona, tedy dřívější zamítnutí návrhu pro nepoctivost záměru, důvodem k zamítnutí návrhu na povolení oddlužení ve 4 případech.

18 Sněmovní tisk č. 71/0, 8. volební období. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=71&CT1=0> [cit. 25. 10. 2019].

19 Sněmovní tisk č. 71/0, s. 34, 8. volební období. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=71&CT1=0> [cit. 25. 10. 2019].

5. Závěr a vyhodnocení

K prvnímu cíli, tedy analýze jednotlivých důvodů zamítnutí návrhů na povolení oddlužení, lze uvést, že nejčastějším důvodem pro zamítnutí návrhu na povolení oddlužení byla ve sledovaném období nedostatečná výše splátek. Počet takových návrhů by však měl být v teoretické rovině minimalizován, protože návrhy na povolení oddlužení jsou sepisovány odborně zdatnými osobami definovanými v insolvenčním zákoně. Není však výjimkou, že tyto osoby při sepisování návrhu na povolení oddlužení například nezohlední výživné snižující maximální možnou srážku ze mzdy dlužníka. Nově nastavená podoba nedostatečné výše splátek jako důvod zamítnutí návrhu na povolení oddlužení byla již před svou účinností v debatách často kritizována a nyní lze sledovat konkrétní dopady této úpravy. Problematická je rovněž s touto podmínkou spojená různá výše minimální splátky dlužníka v oddlužení v závislosti na tom, zda insolvenční správce je či není plátcem daně z přidané hodnoty. To ovlivňuje nejen výši platby insolvenčnímu správci, ale sekundárně i výši platby ostatním věřitelům.

Počet usnesení o zamítnutí návrhu na povolení oddlužení z důvodu nedostatečné výše splátek napadených odvoláním je velmi nízký z důvodu exaktnosti výpočtu, o který se opírá. Na rozdíl od důvodu pro zamítnutí návrhu na povolení oddlužení založeného na § 395 odst. 1 písm. b) insolvenčního zákona jsou usnesení založená na ostatních důvodech pro zamítnutí napadána odvoláním podstatně častěji, zejména pak usnesení o zamítnutí návrhu na povolení oddlužení odůvodněná odkazem na § 395 odst. 1 písm. a) insolvenčního zákona, tedy nepoctivém záměru dlužníka, a § 395 odst. 2 insolvenčního zákona, tedy lehkomyšlném jednání dlužníka. Dlužníci tak u těchto důvodů zamítnutí návrhu na povolení oddlužení spatřují s největší pravděpodobností nespravedlivé posouzení jejich situace soudem.

K druhému cíli, tedy ověření hypotézy, zda lze považovat nově nastavené podmínky za vyvážené, lze uvést závěr, že v kontextu obecného vnímání spravedlnosti jednotlivých důvodů pro zamítnutí návrhu na oddlužení lze vnímat jako vyhovující, nicméně je nezbytné sledovat jejich vývoj v aplikační praxi. Podle dosavadních poznatků však nelze žádný z popsaných důvodů považovat jako excesivně přísný či mimořádně obtížně splnitelný. K hypotéze lze proto uvést, že důvody pro zamítnutí návrhu na povolení oddlužení lze v kontextu nyní dostupných údajů považovat za vyvážené.

LITERATURA

- [1] HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T. a kol. *Insolvenční zákon. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2018. 1384 s. ISBN 978-80-7400-691-3.
- [2] HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T. *Insolvenční řízení*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2014, 311 s. ISBN 978-80-7400-715-6.
- [3] KOZÁK, J., BROŽ, J., DADAM, A., STRNAD, Z., ZRŮST, L., ŽIŽLAVSKÝ, M. *Insolvenční zákon. Komentář*. 4. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, ISBN 978-80-7552-932-9.
- [4] MAŠEK, J. *Povolení oddlužení*. Bulletin Advokacie, 2019, 5, ISSN 1210-6348.
- [5] Rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 VSOL 1064/2017-B-163 ze dne 21. prosince 2017.

- [6] Sněmovní tisk č. 71/0, 8. volební období.
- [7] Usnesení Krajského soudu v Ostravě č. j. KSOS 14 INS 12024/2019-A-6 ze dne 19. srpna 2019.
- [8] Usnesení Krajského soudu v Ostravě č. j. KSOS 40 INS 13154/2019-A5 ze dne 5. srpna 2019.
- [9] Usnesení Nejvyššího soudu č. j. 29 NSCR 47/2013 ze dne 17. června 2015.
- [10] Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. července 2011, sen. zn. 29 NSČR 14/2009.
- [11] Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení.
- [12] Zákon č. 31/2019 Sb. kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení a některé další zákony.
- [13] Zákon č. 64/2017 Sb. kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení a některé další zákony.

Kontaktní adresa autora:

JUDr. Vilém Anzenbacher, Ph.D.

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: anzenbachervilem@gmail.com

OMEZOVÁNÍ ON-LINE PRODEJE SE ZAMĚŘENÍM NA CENOVÉ SROVNÁVAČE

Abstrakt: Soutěžní právo se snaží držet prst na tepu doby, a tedy reagovat na nové výzvy související s narůstající globalizací a technickým pokrokem. I proto je nyní v hledáčku soutěžních úřadů napříč celou Evropou, vč. Evropské komise, oblast prodeje prostřednictvím internetu. Rozhodovací praxe v oblasti on-line prodeje je turbulentní a začala se vyvíjet teprve nedávno. Soudní dvůr ve svém rozsudku ve věci *Pierre Fabre* uvedl, že absolutní a všeobecné omezování on-line prodeje v rámci vertikálních vztahů představuje tvrdé omezení hospodářské soutěže. Německý spolkový soud pak ve svém rozhodnutí ve věci *ASICS* dovedl, že tvrdým omezením soutěže může být za určitých okolností i zákaz užívání cenových srovnávačů. Předkládaný příspěvek odpovídá na otázku, zda je takové rozhodnutí v souladu s principy plynoucími z unijní judikatury, resp. zda jsou v něm obsažené závěry použitelné i v České republice.

Abstract: Competition law tries to move with the times and to react to the challenges associated with the globalisation and technological development. Therefore, respective competition authorities, incl. the European Commission, are currently targeting the area of on-line sales. The decision-making practice is rather turbulent and has started to develop just recently. In its judgment in *Pierre Fabre*, the Court of Justice stated that an absolute and general restriction of on-line sales within vertical relationships is deemed hardcore-restriction within the meaning of competition law. The German Federal Court inferred in its judgment in *ASICS* that restriction of using of price comparison websites could also be deemed hardcore restriction of competition under certain circumstances. This article tries to solve the question whether the *ASICS* judgment is in principle established by the decision-making practice of the Court of Justice, or whether the conclusions enshrined thereof are applicable in Czechia.

Klíčová slova: *soutěžní právo, vertikální omezení, on-line prodej, cenové srovnávače.*

Key words: *competition law, vertical restrictions, on-line sales, price comparison websites.*

Úvod

Petr Rafaj, předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), na konci října tohoto roku oznámil, že hlavní prioritou jím řízeného regulátora bude v nadcházejícím období oblast digitální ekonomiky. ÚOHS se konkrétně plánuje zaměřit na problematiku stanovování cen pro další prodej, ke které má, podle předběžných zjištění,

docházet mimo jiné prostřednictvím cenových srovnávačů typu *Heureka.cz* či *Zboží.cz*.¹ Do hledáčku ÚOHS se tedy dostaly i výdobytky doby nedávné, a proto by i jednotlivé podniky prodávající své zboží prostřednictvím internetu měly nastavit svá pravidla tak, aby (ani) na tomto kanále nedocházelo k zakázanému omezování hospodářské soutěže.

Cílem tohoto příspěvku však není se jakkoli zabývat problematikou stanovování cen pro další prodej, neboť to je relativně neinovativní skutkovou podstatou cílící na narušení hospodářské soutěže, a to on-line prostředí na tom v zásadě nic nemění. Co však v současnosti rezonuje v soutěžněprávní komunitě, je téma omezování prodeje prostřednictvím internetu. Předseda ÚOHS mě v tomto směru přivedl na otázku, jak se soutěžní právo dívá na omezení ukládané v dodavatelsko-odběratelských vztazích, jehož podstatou je zákaz užívání cenových srovnávačů. Jedná se o takové omezení hospodářské soutěže, které by spadalo do rozsahu působnosti čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie, resp. jeho českého ekvivalentu zakotveného v § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže? Pokud ano, může takové omezení být za nějakých podmínek objektivně odůvodnitelné?

1. Obecně k vertikálním dohodám

Soutěžní právo, známé též jako konkurenční právo, sleduje svou existencí velmi důležitý cíl, a to existenční ochranu hospodářské soutěže. Zjednodušeně řečeno, aplikací jeho norm se společnost snaží dosáhnout toho, aby si jednotlivé podniky vzájemně konkurovaly. A proč? Odpověď se nabízí. Existence konkurenčního prostředí nutí podniky k tomu, aby vyráběly kvalitnější zboží, případně nabízely lepší služby, a současně s tím snižovaly cenu jimi nabízených statků, z čehož v konečném důsledku profitují spotřebitelé.

Soutěžní právo stojí na třech základních pilířích. Jedná se o zákaz protisoutěžních dohod, zneužití dominantního postavení a kontrolu spojování soutěžitelů. Pro účely tohoto příspěvku není podstatné zabývat se dvěma posledně uváděnými oblastmi. Je však potřebné alespoň v hrubých rysech připomenout koncept zákazu protisoutěžních dohod, a to se zaměřením na vertikální, tj. dodavatelsko-odběratelské vztahy.

Předně je nutno připomenout, že soutěžní právo zakazuje sjednávání a realizaci dohod mezi dvěma a více samostatnými podniky, jejichž cílem nebo výsledkem je alespoň potenciální narušení hospodářské soutěže. Bavíme-li se o zdánlivě jednostranných omezeních typu stanovení cen pro další prodej nebo zákaz vývozu mimo vymezené území, která dodavatelé (výrobci) ukládají svým odběratelům (distributorům), je zprvu nutné vyřešit koncepční otázku, proč tato vůbec spadají do rozsahu působnosti zákazu protisoutěžních dohod. Odpověď vyplývá z judikatury unijních soudů, která se při výkladu pojmu „dohoda“ zaměřuje na existenci souladu vůle mezi alespoň dvěma smluvními stranami, pokud je tato věrným odrazem úmyslu stran.² Jinými slovy, o dohodu ve smyslu soutěžního práva se jedná i v situaci, kdy odběratel tacitně souhlasí s jemu ukládaným omezením, což se v praxi nejčastěji projeví jeho faktickou implementací. Pokud by odběratel s omezením nesouhlasil, tj. projevil by vůli neuzavřít dohodu, pak může smluvní vztah ukončit a uspokojovat svou potřebu u jiných dodavatelů.

1 PaRR. *Czech Agency to focus investigative efforts on RPM cases*. [on-line 23. 10. 2019] Dostupné z: https://app.parr-global.com/intelligence/view/prime-2924804?utm_source=Notifications&utm_medium=Email&utm_campaign=Alert&utm_term=5bad-0352cb8a63001dc7abe5 [cit. 30. 10. 2019].

2 KINDL, J. – MUNKOVÁ, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 3. vyd. Praha: C.H.BECK, s. 70–146.

Obecně platí, že zakázané vertikální dohody mohou narušovat buď soutěž v rámci značky (*inter-brand competition*) anebo soutěž mezi značkami (*inter-brand competition*). Obě tyto souhrnné kategorie teorií újem jsou v konečném důsledku na škodu konečným spotřebitelům. Je-li například omezena cenová soutěž v rámci značky, např. prostřednictvím ujednání o stanovení cen pro další prodej, pak je pro spotřebitele takřka nemožné získat svůj oblíbený produkt za výhodnější cenu, neboť všichni odběratelé se budou řídit pokyny dodavatele. Pakliže dojde k omezení soutěže mezi značkami, např. v podobě závazku nákupu jedné značky (*single branding*), pak jsou spotřebitelé omezeni na možnosti volby mezi více navzájem si konkurujícími produkty.

2. K omezení on-line prodeju

Platí, že dodavatel musí svým odběratelům umožnit, aby jím dodávané zboží dále prodávali prostřednictvím internetu. Jakékoli omezení této svobody představuje tzv. tvrdé omezení hospodářské soutěže, tedy takové omezení, které je škodlivé ze své samotné podstaty, a proto je soutěžním právem zakázáno bez ohledu na tržní podíly stran.³ Na dohodu zahrnující takové omezení nelze uplatnit pravidlo *de minimis*⁴ ani nařízení o blokových výjimkách.⁵ Typově se tedy jedná o stejně závažné omezení, jakým je ujednání o stanovení cen pro další prodej nebo zákaz prodeje zboží na určitá území, resp. určitým zákazníkům.

Logika skrývající se za touto úpravou je, že prodej zboží prostřednictvím internetu je obecně považován za pasivní prodej. Tím se rozumí prostá reakce obchodníka na nevyžádanou poptávku učiněnou zákazníkem, aniž by takový obchodník činil jakékoli kroky k upoutání zákazníka (např. reklamu či cílené oslovení). Pasivní prodeje zásadně nesmí být ze strany dodavatelů jakkoli omezovány, a to až na velmi výjimečné situace. Takovou výjimečnou situací může být v kontextu on-line prodeje např. zákaz dalšího prodeje zboží těm distributorům, kteří provozují pouze e-shop bez kamenných prodejen (*pure players*).⁶ Ostatně to je důvodem, proč kdysi čistě internetoví hráči typu *Mall.cz* či *Alza.cz* vybudovali kamenné výdejny – postačí vybudovat jedinou k tomu, aby jimi realizované on-line prodeje nemohly být snadno omezeny.

Shora uvedený postulát ve své rozhodovací praxi potvrdil i Soudní dvůr, který se v rozsudku ve věci *Pierre Fabre* zabýval předběžnou otázkou položenou francouzským soudem související se zákazem internetového prodeje, který přední výrobce kosmetiky sjednával v rámci smluv uzavíraných se svými autorizovanými distributory. Soudní dvůr k tomu uvedl, že cit.: „[s]mluvní klauzule, která v rámci systému selektivní distribuce vyžaduje, aby k prodeji kosmetických výrobků osobní hygieny docházelo ve fyzicky existujících prostorách za přítomnosti diplomovaného farmaceuta, a která má za následek zákaz použití internetu k tomuto prodeji, představuje omezení na základě účelu (...) jestliže se po individuálním

3 Evropská komise. *Pokyny k vertikálním omezením*, bod 52. [on-line 10. 5. 2010] Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC0411&from=CS>. [cit. 23. 1. 2020].

4 Evropská komise. *Sdělení o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení de minimis)*. [on-line 30. 8. 2014] Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=CS](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=CS). [cit. 23. 1. 2019].

5 Nařízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. 4. 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě. [on-line 23. 4. 2010] Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0330&from=CS>. [cit. 23. 1. 2020].

6 WIJCKMANS, F. – TUYTSCHAEVER, F.: *Vertical Agreements in EU Competition Law*. 3 vyd. Oxford: OUP, bod 9.225.

a konkrétním přezkumu znění i cíle této smluvní klauzule a právního a hospodářského kontextu, do kterého zapadá, s ohledem na vlastnosti dotčených výrobků jeví, že tato klauzule není objektivně odůvodněna.“⁷ Z toho plyne, že všeobecně uplatňované a úplné omezení on-line prodeje je v rámci vertikálních vztahů zpravidla zakázáno, byť by bylo ukládáno nepřímou, a to např. prostřednictvím objektivně neodůvodnitelného požadavku na nutnost prodeje doprovázeného „osobní instruktáží“.

Dodavatelé však, mají-li k tomu důvod, mohou za relativně výjimečných skutkových okolností on-line prodeje svých distributorů omezit. Takovou situací může být např., pokud dodavatel luxusních výrobků (kdy luxus není měřen jen hodnotou materiálu, ale též vnímáním značky veřejností), zakáže autorizovaným distributorům, aby tyto luxusní výrobky prodávali skrze internetová tržiště typu *Amazon.com* či v českých podmínkách *Aukro.cz*. Soudní dvůr k tomu ve svém rozsudku ve věci *Coty* uvedl, že zákaz uzavírání protisoutěžních dohod cit.: „[n]ebrání takovému smluvnímu ustanovení (...), které zakazuje schváleným distributorům systému selektivní distribuce luxusních výrobků, jehož hlavním účelem je zajistit ochranu luxusní image těchto výrobků, aby k internetovému prodeji smluvních výrobků navenek viditelným způsobem využívali platform třetích stran, pokud má toto ustanovení zajistit ochranu luxusní image uvedených výrobků (...).“⁸

Shora uvedené lze tedy shrnout tak, že jakékoli omezování prodeje prostřednictvím internetu s sebou může nést značná soutěžněprávní rizika. Pokud je omezení on-line prodeje sjednáno nesprávně, jedná se o tvrdé omezení hospodářské soutěže, které může být ze strany soutěžních úřadů potrestáno výraznou pokutou. Proto je třeba mít na paměti, že jakékoli ujednání takového typu by mělo být konzultováno se specialistou na soutěžní právo.

3. Možnost zákazu cenových srovnávačů

Dlouho neřešenou otázkou zůstávalo, zda jsou dodavatelé oprávněni omezit své distributory v tom, aby smluvní zboží propagovali, resp. prodávali, prostřednictvím cenových srovnávačů. Cenovým srovnávačem se míní internetová platforma, která agreguje údaje o maloobchodních cenách nabízených různými e-shopy a která umožňuje spotřebitelům tyto ceny řadit od nejnižší do nejvyšší. To jim dovoluje nakoupit pro ně výhodně zboží za nejnižší cenu. V českém prostředí je nejznámějším cenovým srovnávačem portál *Heureka.cz*.

Shora položenou otázku zodpověděl v minulém roce Německý spolkový soud (dále jen „BGH“), který svým rozhodnutím ve věci *ASICS* potvrdil pokutu uloženou německým soutěžním úřadem výrobcí značkové sportovní obuvi.⁹ Pokuta byla uložena zejména za to, že *ASICS* ve smlouvách se svými selektivními distributory sjednával klauzuli, která jim zabráňovala využívat k dalšímu prodeji smluvního zboží cenové srovnávače.

BGH zdůraznil, že cenové srovnávače jsou pro spotřebitele důležitým nástrojem, který jim usnadňuje nákup zboží na internetu tím, že jim umožní vybrat si ze široké produktové škály a zvolit si nejvýhodnějšího a zároveň nejlevnějšího prodejce. Díky cenovým srovnávačům pak mohou malé e-shopy, které jinak spotřebitelům nejsou známé, upoutat pozornost zákazníka a prodat mu zboží, a to např. i krátkodobou slevovou akcí. Na základě těchto

7 Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 13. 10. 2011 ve věci C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

8 Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 6. 12. 2017 ve věci C-230/16, *Coty*.

9 Rozsudek Spolkového soudu Německé federativní republiky ze dne 12. 12. 2017 č. KVZ 41/17 ve věci *ASICS*.

úvah BGH uzavřel, že zákaz užívání cenových srovnávačů omezuje hospodářskou soutěž natolik, že se jedná o tvrdé omezení soutěže, které je zakázáno bez ohledu na tržní podíly smluvních stran, a to bez ohledu na kvalitu či zaměření toho kterého cenového srovnávače.¹⁰ Teorie újmy pak byla shledána v tom, že posuzované omezení vyřadí ze spotřebitelského výběru celou řadu subjektů, čímž dojde k narušení soutěže (v rámci značky i mezi značkami). V konečném důsledku je pak takový zákaz na újmu spotřebitelů, neboť vede ke zvýšení cen a snižování kvality služeb.¹¹

BGH se v rozsudku ve věci *ASICS* zabýval též otázkou, zda jím vyřčený verdikt je v souladu s judikaturou unijních soudů, zejm. pak se shora diskutovaným rozsudkem ve věci *Coty*. Uvedl zejména, že výrobky *ASICS* nelze považovat za „luxusní zboží“, a již proto by se na ně závěry plynoucí z rozsudku ve věci *Coty* neměly vztahovat. Na základě toho dovedl, že uložení zákazu využívání cenových srovnávačů, které spotřebitelům zabrání ve vyhledání zboží nabízeného celou řadou menších maloobchodníků, představuje tvrdé omezení hospodářské soutěže, a je tedy zakázané již ze své samotné podstaty, a to bez ohledu na tržní podíly smluvních stran.

Někteří komentátoři se však se závěry rozsudku BGH ve věci *ASICS* neztotožňují, neboť východiska plynoucí z rozsudku Soudního dvora ve věci *Coty* jsou dle nich aplikovatelná na jakékoli značkové zboží. V každém případě však při prodeji zboží s využitím cenových srovnávačů doporučovali obezřetnost.¹²

4. Komentář

Skromně se domnívám, a co by dle mého mělo být relevantní i pro aplikační praxi v České republice a všude v rámci EHP, že BGH se ve svém rozsudku dopustil nesprávné interpretace relevantní prejudikatury unijních soudů. Pokud totiž rozsudek ve věci *Coty* vyložil tak, že se vztahuje pouze na „luxusní“ výrobky, a proto v něm obsažené závěry odmítl aplikovat na zdánlivě podobný případ, avšak případ týkající se výrobků toliko „značkových“, pak, dle mého, rozsudek ve věci *Coty* interpretoval poněkud nepřesně a zkratkovitě.

Je pravdou, že rozsudek ve věci *Coty* se skutkově týkal „luxusních“ parfémů prodávaných v systému selektivní distribuce, jež byl zřízen za účelem ochrany povahy tohoto zboží. Na druhou stranu, v odpovědi na jednu z předběžných otázek odpověděl Soudní dvůr tak, že cit.: „(...) zákaz využívat k internetovému prodeji navenek viditelným způsobem služeb třetích podniků uložený členům systému selektivní distribuce luxusních výrobků, kteří působí na trhu jakožto distributoři, nepředstavuje ani omezení okruhu zákazníků (...) ani omezení pasivních prodejů konečným uživatelům.“¹³ O účelu takového omezení Soudní dvůr, na rozdíl od jiného výroku v témže případě, který je již v této práci shora citován, mlčí.

Ze shora uvedeného tedy plyne, že ujednání, jímž dodavatel omezí své distributory ve využívání platforem třetích stran, ať již to jsou internetová tržiště nebo cenové srovnávače,

10 Stibbe. *Highest German Court rules that ASICS's ban on using price comparison websites violates EU competition law*. [on-line 1. 2. 2018] Dostupné z: <https://www.stibbe.com/en/news/2018/february/highest-german-court-rules-that-asics-ban-on-using-price-comparison-websites-violates-eu-competiti> [cit. 30. 10. 2019].

11 Legalmondo. *Ban on Price Comparison Tools: anti-competitive and void?* [on-line 1. 8. 2017] Dostupné z: <https://www.legalmondo.com/2017/08/ban-price-comparison-tools-anti-competitive-void/> [cit. 23. 1. 2020].

12 Tamtéž.

13 Rozsudek Soudního dvora EU ve věci *Coty*, op. cit.

není tvrdým omezením soutěže. To platí bez ohledu na to, zda má takové omezení sloužit k ochraně „luxusního“ charakteru zboží, či nikoli. Pravidlo lze dokonce posunout ještě o úroveň dále a konstatovat, že se uplatní vždy.

Skutečnost, že omezení není omezením tvrdým, vede v praxi k tomu, že se na něj může uplatnit tzv. bloková výjimka, a to v situaci, kdy tržní podíly smluvních stran nepřevyšují na obou stranách dotčeného relevantního trhu podíl 30 %. V takovém případě by zákaz užívání jakýchkoli internetových platform provozovaných třetími stranami byl vyňat ze zákazu protisoutěžních dohod.¹⁴ Další konsekvencí je, že pokud by tržní podíl některé ze stran převyšoval 30 %, a neuplatnila by se tedy bloková výjimka, bylo by třeba provést individuální posouzení dopadů omezení na hospodářskou soutěž – nestačilo by konstatovat, že omezení je samo o sobě natolik škodlivé, že je bez dalšího zakázáno. Je však třeba dodat, že v režimu mimo blokovou výjimku bude zřejmě platit, že čím luxusnější zboží je, tím spíše bude možno ve vztahu k němu omezit užívání internetových tržišť či cenových srovnávačů.

V tomto ohledu se ztotožňuji s mým oblíbeným autorem Pablem Imanezem Colomem, který rozsudek Soudního dvora ve věci *Coty* interpretuje obdobně jako já. Uvádí doslova, že omezení internetových tržišť není tvrdým omezením soutěže, a proto je na něj možno při splnění ostatních kritérií uplatnit blokovou výjimku, resp. je nutno jej individuálně posoudit s ohledem na skutkové okolnosti případ. Diskuze o tom, zda lze boty značky *ASICS* či *Mizuno* považovat za luxusní jsou pak, podle něj, v tomto směr irelevantní.¹⁵

S ohledem na shora provedený rozbor se mi pak jeví jen jako překonaný názor Evropské komise, který prezentovala jen pár měsíců před vynesením rozsudku ve věci *Coty*, a sice že cit.: „*absolutní zákaz cenových srovnávačů, který není nijak navázán na kvalitativní kritéria, omezuje efektivní užívání internetu jako prodejního kanálu, a proto je nutno jej považovat za tvrdé omezení soutěže.*“¹⁶ I přesto je však dobré se mít v tomto směru na pozoru, protože Evropská komise rovněž uvedla, že cit.: „*internetová tržiště a cenové srovnávače se v mnoha ohledech liší.*“¹⁷ Je tedy možné, že i ona se v budoucnu pokusí na unijní úrovni prorazit myšlenku podobnou té, kterou BGH prezentoval ve svém rozsudku ve věci *ASICS*. Dokud nebude o otázce rozhodnuto ze strany Soudního dvora, nachází se podniky v nejistotě.

Závěr

Příspěvek diskutuje rozhodovací praxi soutěžních úřadů, resp. příslušných soudů, týkající se omezování on-line prodeje v rámci vertikálních vztahů, a to ze soutěžněprávního pohledu.

Lze se řídit obecným pravidlem, že absolutní a ničím neodůvodněný zákaz dalšího prodeje smluvního zboží prostřednictvím internetu je tvrdým omezením soutěže, a je již ze své samotné povahy považován za protisoutěžní. S aplikací tohoto pravidla v zásadě nejsou problémy a bylo již přesvědčivě potvrzeno unijní judikaturou.

14 Nařízení EU č. 330/2010, op. cit.

15 OLOMO, P.: Case C-120/16, *Coty Germany GmbH: common sense prevails*. In: *Chilling Competition*. [on-line 6. 12. 2017]. Dostupné z: <https://chillingcompetition.com/2017/12/06/c%E2%80%991230-16-coty-germany-gmbh-common-sense-prevails/>. [cit. 23. 1. 2020].

16 Evropská komise. *Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. [on-line 10. 5. 2017] Dostupné z: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf. [cit. 23. 1. 2020].

17 Tamtéž.

Určitou šedou zónou jsou pak ujednání, která spočívají v omezení užívání platformem třetích stran. Typicky se jedná o internetová tržiště a cenové srovnávače. Domnívám se přitom, že závěry BGH prezentované v rozsudku ve věci *ASICS* spočívající v tom, že zákaz užívání cenových srovnávačů ve vztahu k „značkovým“ výrobkům je tvrdým omezením soutěže, jsou založeny na poněkud zkratkovité úvaze. Rozsudek Soudního dvora ve věci *Coty* čtu liberálněji a dovozují z něj, že takové omezení nemůže být považováno za tvrdé omezení, a to bez ohledu na charakter zboží. Jeho zakotvení do smlouvy tedy nevylučuje možnost aplikace blokové výjimky, resp. jej nelze automaticky považovat za protisoutěžní.

Třeba však dodat, že vývoj relevantní judikatury je doménou posledních let. Evropská komise přitom výslovně prohlašuje, že na cenové srovnávače se nemusí uplatnit stejný režim jako na internetová tržiště, a tedy že zákaz jejich užívání může představovat tvrdé omezení soutěže. I proto však lze doporučit, aby podniky obdobné klauzule sjednávaly s velkou obezřetností. Můj názor proto, prosím, nevnímejte jako návod – opravdu to sami doma nezkoušejte – ale spíše jako možnou obranu v situaci, když už se dostanete do křížku se soutěžním úřadem.

LITERATURA

- [1] COLOMO, P.: Case C-120/16, *Coty Germany GmbH: common sense prevails*. In: *Chilling Competition*. [on-line 6. 12. 2017]. Dostupné z: <https://chillingcompetition.com/2017/12/06/c%E2%80%9116-coty-germany-gmbh-common-sense-prevails/>. [cit. 23. 1. 2020].
- [2] Evropská komise *Pokyny k vertikálním omezením*, bod 52. [on-line 10. 5. 2010]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC0411&from=CS>. [cit. 23. 1. 2020].
- [3] Evropská komise. *Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. [online 10. 5. 2017]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf. [cit. 23. 1. 2020].
- [4] Evropská komise. *Sdělení o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení de minimis)* [on-line 30. 8. 2014]. Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=CS](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=CS). [cit. 23. 1. 2020].
- [5] KINDL, J. – MUNKOVÁ, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. BECK, 864 s. ISBN: 978-80-7400-627-2.
- [6] Legalmondo. *Ban on Price Comparison Tools: anti-competitive and void?* [online 1. 8. 2017]. Dostupné z: <https://www.legalmondo.com/2017/08/ban-price-comparison-tools-anti-competitive-void/> [cit. 23. 1. 2020].
- [7] Nařízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. 4. 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě. [on-line 23. 4. 2010]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0330&from=CS>. [cit. 23. 1. 2020].

- [8] PaRR. *Czech Agency to focus investigative efforts on RPM cases*. [online 23. 10. 2019]. Dostupné z: https://app.parr-global.com/intelligence/view/prime-2924804?utm_source=Notifications&utm_medium=Email&utm_campaign=Alert&utm_term=5bad0352cb8a63001dc7abe5 [cit. 30. 10. 2019].
- [9] Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 13. 10. 2011 ve věci C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.
- [10] Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 6. 12. 2017 ve věci C-230/16, *Coty*.
- [11] Rozsudek Spolkového soudu Německé federativní republiky ze dne 12. 12. 2017 č. KVZ 41/17 ve věci *ASICS*.
- [12] Stibbe. *Highest German Court rules that ASICS's ban on using price comparison websites violates EU competition law*. [online 1. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.stibbe.com/en/news/2018/february/highest-german-court-rules-that-asics-ban-on-using-price-comparison-websites-violates-eu-competiti> [cit. 30. 10. 2019].

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Vladislav Bernard

Katedra ústavního práva a politologie

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Advokátní kancelář HAVEL & PARTNERS,

Nové sady 996/25

602 00 Brno

E-mail: bernardv@mail.muni.cz

ŘEŠENÍ SPORŮ O ZAMĚSTNANECKÉ VYNÁLEZY A VYBRANÉ JUDIKÁTY V ČESKÉ REPUBLICE A V NĚMECKU

Abstrakt: Cílem příspěvku je porovnat právní úpravu řešení sporů o zaměstnanecké vynálezy a o odměny za ně v ČR a SRN, posoudit vliv na vynálezickou aktivitu zaměstnanců a její podporu a využití zaměstnavateli. Dalším cílem je zjistit tendence těchto otázek v soudní judikatuře obou zemí. Mezi metody zkoumání autor zařadil: analýzu, soudní výklad práva, právní komparace, syntézu. Klíčovým je přitom pojem zaměstnaneckých (podnikových) vynálezů a právní úprava sporů o ně v českém a německém právu, dále vybraná judikatura v oblasti sporů o zaměstnanecké vynálezy a odměny za ně v obou zemích. Závěrem jsou v příspěvku identifikovány a diskutovány přednosti jejich využití v praxi ČR.

Abstract: The goal of this paper is to compare disputes resolution law on employee inventions and their remuneration in the Czech Republic and Germany, to consider influence onto invention activity of employees and its support and use by employers, and to discover tendencies in the court decisions of both countries. The methods of research, that the author presents in this paper, are as follows: analysis, court interpretation of law, legal comparison, synthesis. The key terms are concept of employee (company) inventions and the Czech and German law on their disputes, selected court decisions in disputes on employee inventions and remunerations in both countries. In the conclusion, the author summarizes and further discusses potential advantages and comments on their use in the Czech practice.

Klíčová slova: *zaměstnanecký (podnikový) vynález, právní úprava sporů o vynálezy, judikáty.*

Key words: *employee invention, legal regulation of disputes on inventions, court decisions.*

Úvod

Cílem této stati je porovnat právní úpravu řešení sporů ohledně zaměstnaneckých vynálezů v ČR a SRN, posoudit přednosti jedné či druhé úpravy a možné inspirace pro české právo, zvážit vliv právní úpravy řešení sporů o zaměstnanecké vynálezy na vynálezickou aktivitu zaměstnanců a její podporu zaměstnavatelů, a zjistit tendence ohledně těchto otázek v soudní judikatuře obou zemí.

Ve stati budou použity metody normativně-deskriptivní při uvádění přehledu právní úpravy řešení sporů o zaměstnanecké vynálezy a zaměstnanecká autorská díla a judikátů k zaměstnaneckým vynálezům, dále analýzy a soudní interpretace práva při rozboru jednotlivých judikátů, právní komparace při srovnávání obou právních úprav a konečně i syntézy při zvažování předností jedné či druhé úpravy i jejího soudního výkladu.

Stat' vychází z pojmu „zaměstnanecký vynález“, ač v obou právních úpravách je použit termín odlišný – v právu ČR „podnikový vynález“ a v německém právu doslova „služební vynález“ (*Diensterfindung*). K tomu bude užít i výklad jazykový a systematický. Podstatný bude pak rozbor právní úpravy řešení sporů mezi zaměstnanci a zaměstnavateli o zaměstnanecké vynálezy a odměny za ně – komparace a inspirace – a především vybraných judikátů v oblasti sporů o zaměstnanecké vynálezy a odměny za ně v ČR. V závěrech bude uvedena diskuze podnětů na novelu české úpravy.¹

1. Zaměstnanecký vynález v právu ČR a SRN

Rozborem zaměstnaneckého vynálezu podle českého práva jsem se zabýval na této konferenci v r. 2016. Konstatoval jsem, že termín „zaměstnanecký vynález“ české právo nepoužívá, je zde použit výraz „podnikový vynález“, nepřímě vymezený jako vynález, který vytvořil jeho původce ke splnění úkolu z pracovního poměru, z členského nebo jiného obdobného vztahu („pracovní poměr“)², a že tento termín je v důsledku vývoje terminologie v občanském zákoníku – opuštění pojmu „podnik“ s nahrazením výrazem „závod“ – překonaný. Navrhl jsem jeho nahrazení pojmem „zaměstnanecký vynález“, jako obdobně používá pro průmyslové vzory vytvořené zaměstnanci zákon o průmyslových vzorech a pro autorská díla vytvořená zaměstnanci autorský zákon (a z této nově navržené terminologie vycházím i v této stati). Kritizoval jsem, že v jeho stručné úpravě je řada otázek nejasných a otevřených, což k jistotě aktérů nepřispívá. Konstatoval jsem i absenci úpravy zaměstnaneckých užitečných vzorů a rozdílný právní režim zaměstnaneckých vynálezů a zaměstnaneckých autorských děl³ v situaci, kdy by výjimečně byl vytvořen zaměstnancem nehmotný statek splňující pojmové znaky obou (např. počítačový program, který je součástí patentovatelného řešení) a možné konflikty i potřebu harmonizace obou úprav.⁴ Úpravou sporů o zaměstnanecké vynálezy ani judikáty ve sporech o ně jsem se tam nezabýval. V jiné publikaci jsme se věnovali výzkumu odměn za zaměstnanecké vynálezy mezi českými univerzitami (v porovnání se zahraničními), ale spory o ně a judikáty jsme tam také neřešili.⁵

Stručnému rozboru německé úpravy zaměstnaneckých vynálezů a komparaci s jejich úpravou v právu ČR jsem (také v rámci řešení zmíněného vědeckého úkolu grantu GAČR) věnoval příspěvek na této konferenci v r. 2017, kde jsem konstatoval, že v SRN byl vedle obecné úpravy patentového zákona (*Patentgesetz*, 1936 – později podstatně novelizované) vydán pro zaměstnanecké vynálezy zvláštní zákon⁶, kde je podrobně upraven postup a práva obou aktérů – zaměstnance i zaměstnavatele při jejich vytvoření a kritéria pro odměnu. Rozlišuje vynález vytvořený zaměstnancem bez vztahu k jeho pracovním povinnostem, který náleží jemu (volný – *freie Erfindung*), a vynález vytvořený k řešení úkolů z pracovního poměru – jeho obvyklých smluvních povinností u zaměstnavatele (služební

1 Tato stať byla vypracována v rámci řešení úkolu grantu GAČR VŠE GA16-01383S – Komplexní teoretický model pro odhad přiměřené výše finanční odměny za inovace vytvořené zaměstnanci.

2 Nadpis a ustanovení § 9 zákona o vynálezech a zlepšovacích návrzích č. 527/1991 Sb.

3 § 58 zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon.

4 BOHÁČEK, M. *Co je podnikový vynález a jaká má být za něj odměna?* Sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference *Právo v podnikání vybraných členských států EU*, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2016, s. 397–414.

5 SVAČINA, P. – RÝDLOVÁ, B. – BOHÁČEK, M. Remuneration of employee inventions at Czech universities. *Scientific Papers of the Czech University of Pardubice. Series D. Faculty of Economics and Administration* No. 43 (2/2018) Vol. XXVI, s. 232–245.

6 *Arbeitnehmererfindungsgesetz* z r. 1957 s pozdějšími novelami – dále jen *ArbEG*.

– Diensterfindung).⁷ Ani zde jsem neřešil spory o ně a o odměny za ně, uváděl jsem ale některé německé judikáty z této oblasti.

2. Právní úprava sporů o zaměstnanecký vynález a odměny za něj v právu ČR a SRN

2.1 Význam zaměstnaneckých vynálezů i řešení sporů o ně obecně

Patenty, resp. duševní vlastnictví vůbec, jsou klíčovým předpokladem rozvoje ekonomiky. Podle údajů Úřadu Evropské unie pro duševní vlastnictví (EUIPO) vzniká v Evropské unii 42 % HDP EU, 38 % pracovních míst v EU a 90 % jejího externího obchodu v odvětvích, která aktivně využívají ochranu duševního vlastnictví, tedy patenty, průmyslové vzory, ochranné známky a práva autorská.⁸ Patent je pro podnikatele, výzkumné ústavy i univerzity důležitá obchodní komodita, čeští přihlašovatelé však opomíjejí ochranu v zahraničí a má ji pak k dispozici konkurence – česká ekonomika tím přichází ročně o miliardy.⁹ Vynálezy jsou tvořeny převážně zaměstnanci v pracovním poměru v těchto institucích, mají tedy povahu zaměstnaneckých vynálezů (např. v Německu je to odhadováno na více než 90 %, jak jsem již konstatoval v příspěvku na této konferenci v r. 2018¹⁰ – v ČR je to podobné).

Pro tvorbu a uplatňování zaměstnaneckých vynálezů je důležitá právní úprava, která modeluje potřebný stimul pro aktivitu zaměstnanců v podobě odměn za ně, popř. jiných pozitiv, i zaměstnavatelů pro rychlou realizaci výsledků v praxi s návratností vloženého úsilí i investic v podobě zisku či jiných soutěžních výhod a především zajištění jejich včasné patentové ochrany jako předpokladu těchto přínosů. V klíčových místech procesu tvorby zaměstnaneckých vynálezů, jejich přijímání a odměňování zaměstnavatelem, přihlašování k ochraně, zavádění do praxe i šíření výsledků však mohou nastat mezi oběma aktéry – zaměstnanci (původci) a zaměstnavateli konflikty, které přerostou do sporů, jež celý proces inovace a tím i možné přínosy zpomalí či zcela zablokují. Existují přitom rozdílné podmínky v soukromém a veřejném sektoru.¹¹

Z tohoto důvodu je důležitá role práva ve dvou směrech: jasná a přesná úprava práv a povinností obou aktérů i jejich postup po vytvoření vynálezu v hmotném právu a odborné, jednoduché, rychlé a levné řešení sporu v procesním právu, když k němu dojde. Komparaci těchto úprav v právu ČR s vybranými zeměmi kontinentálního, anglo-amerického i smíšeného typu práva jsme již věnovali předchozí ročníky této konference – v rámci řešení zmíněného úkolu grantu GAČR. Literatura konstatuje, že česká stručná, obecná a mnohdy

7 BOHÁČEK, M. *Zaměstnanecký vynález a právo na odměnu za něj ve vybraných zemích kontinentálně-evropského typu*. Sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference *Právo v podnikání vybraných členských států EU*, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2017, s. 34–40.

8 CAMPINOS, A. (prezident EPÚ). *Příspěvek na mezinárodní konferenci 100 let patentového úřadu v Praze*. Citace z <https://www.upv.cz/cs/upv/tiskove-zpravy.html>. Tiskové zprávy ÚPV. [online 19. 9. 2019]. Dostupné z: https://euiipo.europa.eu/tunnel-eb/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/performance_in_the_European_Union/infographic_en.pdf [cit 25. 10. 2019].

9 KRATOCHVÍL, J. *Patent je obchodní komodita*. Tisková zpráva ÚPV. [online 4. 5. 2015]. Dostupné z: <https://www.upv.cz/cs/upv/tiskove-zpravy.html> [cit 25. 10. 2019].

10 BOHÁČEK, M. *Odměňování zaměstnaneckých vynálezů podle anglo-amerického práva*. Sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference *Právo v podnikání vybraných členských států EU*, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2018, ISBN: 978-80-88055-04-4.

11 ČADA, K. *Chránit/nechránit, to je otázka*. Plzeň: Alevia, s.r.o., 2014, s. 84.

nejasná úprava někdy rezultuje do velmi náročných sporů, neboť obě strany se často nalézají v důkazní nouzi a spor se vede na úrovni jejich naprosto rozdílných tvrzení. V praxi zejména ve velkých institucích často existuje vnitřní předpis, který podle typu instituce i oboru podrobněji specifikuje postup obou aktérů včetně způsobu určení odměny. Tyto vnitřní předpisy jsou však mnohdy také velmi obecné a v případě sporu nepoužitelné, protože z nich plynou různé výklady a lze pak dojít i k různé výši odměny, někdy jsou vývojem práce překonané, neaktualizované, tak jak v souvislosti se změnou vlastníků ze státních na soukromé nepovšimnuty někdy přetrvávají z dob předchozích úprav.¹²

Tyto potíže vyniknou ve srovnání s podrobnou a jasnější úpravou německou, která ve zvláštním zákonu stranám poskytuje větší jistotu. U odměn může nastat konfliktní situace – odměny mohou být někdy velmi vysoké (zejména v oblasti farmacie mohou dosahovat až milionu euro), a to i když vynález nebyl využit, což může zaměstnavatele zatěžovat a překazit investici do využití vynálezu – přílišná výše odměn (zejména v německém a japonském právu) je pak diskutována v literatuře.¹³ I v prostředí německé podrobné úpravy existují v praxi velkých institucí vnitřní předpisy, v případě rozporu má i zde právo přednost. Zajímavé je srovnání s úpravou americkou, kde chybí úprava zaměstnaneckých vynálezů ve federálních zákonech i zákonech některých států USA a klíčovou roli má v praxi smlouva o převodu práv k vynálezu na zaměstnavatele uzavřená předem (tzv. *pre-invention contract*), jak jsem zmínil v příspěvku na této konferenci v r. 2018 (viz výše), a tato praxe je pro jistotu i stimulaci obou stran dostatečně efektivní i bez zákonné úpravy – s regulací dle precedentů v *common law*.

2.2 Úprava řešení sporů o zaměstnanecké vynálezy v českém právu

Také v německém právu řeší tyto spory soudy, jsou však specializované pro patentové otázky (patentový soud Patentgericht – § 65–72 patentového zákona – PZ) a je zvlášť upraveno i řízení před ním (*Verfahren vor dem Patentgericht* v § 73–99 PZ) a před Spolkovým soudním dvorem (§ 100–122 PZ), stranám lze poskytnout i finanční pomoc s náklady (§129–138).¹⁴ Pro vyšší jistotu stran a rychlost vyřízení je v § 28–39 zákona o zaměstnaneckém vynálezu (ArbEG) upraveno zvláštní smírčí řízení (*Schiedsverfahren*) před Smírčí komisí (*Schiedsstelle*) při Německém patentovém a známkovém úřadu (DPMA).¹⁵ Zaměstnavatel a zaměstnanec-původce musí nejprve řešit svůj spor před ní, než se obrátí na patentový soud, ledaže žádá soud o předběžné opatření. Má tři členy – předseda je specialista na patentové právo a zbylí dva členové jsou průzkumoví referenti DPMA. Určí, zda má zaměstnanec právo na odměnu a jak stanovit její výši. Navrhuje smírčí narovnání, které není závazné, ale strany ho mohou přijmout jako pro sebe závaznou smlouvu nebo ho nepřijmout – a pak musí dát do jednoho měsíce návrh k patentovému soudu, popř. uzavřít jinou dohodu mimo smírčí řízení.

12 ČADA, K. - HAJN, P. - HORÁČEK, R. *Práva k průmyslovému vlastnictví*. 2. vydání. Praha: C.H.BECK, 2011, s. 68–73.

13 MEIER, J. - Schubert, T. *Employees' Invention Remuneration – Money (f) or Nothing?* Biotech. L. Rep. č. 24/2004, s. 168.

14 Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. I S. 1), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3546) geändert worden ist. [online]. Dostupné z: <http://www.gesetze-im-internet.de/patg/BJNR201170936.html> [cit. 31. 10. 2019].

15 Gesetz über Arbeitnehmererfindungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 422-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2521) geändert worden ist. [online]. Dostupné z: <http://www.gesetze-im-internet.de/arbnerfgg/BJNR007560957.html> [cit. 29. 10. 2019].

Kterákoliv strana zahajuje smírčí řízení písemným návrhem podaným poštou (ne e-mailem) a uvádí důkazy objasňující své nároky. Komise nemá povinnost provádět zvláštní šetření, strany to od ní nesmí žádat. Strany nemusí být zastoupeny advokáty (na rozdíl od řízení před patentovými senáty krajských soudů), ale pokud si strana advokáta zvolí, nese plně na to náklady. Druhá strana se nemusí k návrhu vyjádřit ani k ústnímu jednání přijít a pak je řízení neúspěšné. Komise není stranám nadřazena, musí být nestranná, postupuje obvykle podle nezávazných směrnic pro výpočet odměny pro soukromý sektor a pro veřejný sektor, vydaných Spolkovým ministerstvem práce a sociálních věcí. Řízení je bezplatné a neveřejné (jsou však přístupná rozhodnutí s anonymizovanými údaji), rozhodnutí je písemné.¹⁶

3. Vybraná rozhodnutí sporů o zaměstnanecké vynálezy

3.1 Vybraná rozhodnutí sporů o zaměstnanecké vynálezy v České republice

I přes koncentraci sporů o vynálezy u Městského soudu v Praze je v ČR sporů o zaměstnanecké vynálezy stále poměrně málo. Mnohdy vyplývají z nezájmu zaměstnavatelů o získání patentu a také z neochoty platit přiměřenou odměnu zaměstnanci, ale i z časté změny vlastnické struktury zaměstnavatelů. Příkladem je spor o odměnu za zaměstnanecký vynález recyklovatelného odpadu pro výrobu cementu, prezentovaný i v ČT24 pod názvem „Místo milionů vyhazov“¹⁷ – medializace je zde však výjimkou.

Podobnou příčinou měl spor před Vrchním soudem v Olomouci sp. zn. 1 Co 75/2003 z 22. 6. 2005, kde zaměstnavatel odmítl odměnit 4 zaměstnance-původce s odůvodněním, že patent nebyl udělen, ale bylo to proto, že poté, co sám podal přihlášku patentu na jimi vytvořený zaměstnanecký (podnikový) vynález s názvem „Foliová rouška zvláště pro resuscitační zásah dýchání z úst do úst“ a ač Úřad průmyslového vlastnictví (dále jen ÚPV) provedl úspěšně jeho průzkum s výsledkem, že vynález je patentovatelný, zaměstnavatel odmítl zaplatit poplatek ve výši 2000 Kč. Vrchní Soud potvrdil rozsudek krajského soudu, který vyšel z posudku znalce, jenž jej ocenil metodou licenční analogie.¹⁸

Někdy je příčinou sporu neznalost práva i jeho změny na počátku 90. let, záměna se zlepšovacím návrhem a dřívějším autorským osvědčením, jak to bylo i v případě 11 C 6/98-213 a 12 C 8/95-242.¹⁹ V české praxi dochází i k uplatnění práv k vynálezu současně s žalobou na nekalou soutěž. Právně nepoučený postup zaměstnavatele, který neuplatnil řádně práva vůči původci, neboť nevyjádřil dostatečně jasně a určitě svou vůli přijmout nabídku zaměstnance-vynálezce ohledně jím vytvořeného podnikového vynálezu, vedl ke sporu, a v něm soudy všech stupňů odmítly nároky zaměstnavatele, že je jeho vlastníkem.²⁰

16 PECKOVÁ, A. - BOHÁČEK, M. *Vybrané otázky právní ochrany průmyslového vlastnictví v SRN*. Praha: MUP Press, Wolters Kluwer, 2018, s. 61.

17 Česká televize. *Místo milionů vyhazov*. [online]. Dostupné z: <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/ekonomika/123757mistomilionuvyhazovvynalezcepodvedlizamestnavatele> [cit. 22. 3. 2016].

18 Znalec uvedl, že průměrně se odměny za zaměstnanecký vynález pohybují v rozmezí 1-5 % stanovil odměnu za vynález ve výši 3 % z celkových tržeb ve výši 27 884 666,- Kč, resp. po odečtu nutných nákladů z částky 26 607 666,- Kč. Případ in JAKL, L. *Sbírka soudních rozhodnutí ve věcech práv k duševnímu vlastnictví*. Praha: Elso group, 2007, s. 45 a násl. [online]. Dostupné z: <http://www.dusevnivlastnictvi.cz/images/dokumenty/sbirka.pdf> [cit. 29. 10. 2019].

19 Rozsudek sp. zn. 12 C 8/95-242. [online]. Dostupné z: <https://isdv.upv.cz/webapp/dbr.rozsudek.getpdf> [cit. 29. 10. 2019].

20 V rozsudku Městského soudu v Praze pod sp. zn. 2 Cm 1/2015, rozsudku Vrchního soudu v Praze ze dne 4. 6. 2018, č. j. 3 Cmo 30/2017-232 a v usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 4408/2018 ze dne 26. 3. 2019 – ASPI.

3.2 Vybraná rozhodnutí sporů o zaměstnanecké vynálezy v Německu

V SRN je mnohem větší počet udělených patentů²¹ i sporů o zaměstnanecké vynálezy²². Rozhodnutí soudů i Smírčí komise se týkají různých aspektů zaměstnaneckých vynálezů, které zákon nestanoví výslovně a je třeba je vyjasnit výkladem. Tak Spolkový Nejvyšší soud rozhodl, že v případě spoluvlastnictví k patentu má každý ze spolupůvodců podíl odpovídající jeho tvůrčímu příspěvku.²³ Soud také specifikoval, kdo je zaměstnanec-původce (podle ArbEG je to osoba zaměstnaná zaměstnavatelem podle německého zákona práce, která je smluvně zavázána plnit úkoly a provádět služby v organizaci z hlediska náplně, způsobu, času a místa provedení, je podřízena pokynům zaměstnavatele²⁴, mohou jím být i řídicí manažeři (*Leitende Angestellte*),²⁵ nejsou to však osoby v postavení obdobném zaměstnavateli, např. výkonní ředitelé či představenstvo akciové společnosti nebo jednatelé GmbH (CEO).²⁶

Zaměstnavatelem není mateřská společnost koncernu, byl-li vynález vytvořen v dceřiné. V případě koupě závodu, v němž byl zaměstnanecký vynález vytvořen, nemusí právo na patent zaměstnavatele přejít na nového majitele závodu.²⁷ Soudy také rozhodovaly, proč zaměstnavatel přihlašuje opožděně patent nebo chybně formuluje patentové nároky – je to někdy z neznalosti práva, někdy z nedostatku organizace inovačního procesu, což vede k tomu, že řada vynálezů zůstává nechráněna.²⁸ Zaměstnavatel je povinen odměnit vynálezce, i když sám vynález nevyužil a převedl patent na třetí osobu.²⁹ Ač zákon to nespecifikuje, soud rozhodl, že odměna může být formou plnění jednorázového (*lump sum*) nebo opakujícího se (licenční poplatky).³⁰ Ve výše uvedených Směrnících jsou upraveny 3 metody stanovení odměny vynálezci-zaměstnanci – licenční analogie, z přínosu zaměstnavatele nebo oceněním hodnoty vynálezu; vychází tedy dle Nejvyššího soudu vždy z ekonomického efektu u zaměstnavatele s objektivně prokazatelnými přínosy, na nichž by zaměstnanec měl mít spravedlivý díl.³¹ Výše zmíněná Smírčí komise přispěla řadou rozhodnutí a doplnila soudní judikaturu, zejména v otázkách výpočtu odměny – jako příklad lze uvést její výklad, že pro určení odměny není podstatný přínos třetí strany z licence či z převodu patentu.³²

21 V ČR bylo v r. 2017 uděleno 512 patentů, z toho 455 domácím přihlašovatelům – Výroční zpráva Úřadu průmyslového vlastnictví 2018. Praha: ÚPV, 2019, s. 36. V Německu bylo v r. 2017 uděleno 67707 patentů – Deutsches Patent- und Markeamt. Jahresbericht 2017. [online]. Dostupné z: www.dpma.de [cit. 31. 10. 2019].

22 V rámci řešení úkolu GAČR VŠE GA16-013835 „Komplexní teoretický model pro odhad přiměřené výše finanční odměny za inovace vytvořené zaměstnanci“ se jich v Německu podařilo nalézt 382; v ČR jsou to i díky nepřesné evidenci jen jednotky sporů – v systému ASPI byla nalezena 4 rozhodnutí soudů hledaná pod výrazem „podnikový vynález“, žádné pod výrazem „zaměstnanecký vynález“. Ve výše citované publikaci L. Jakla je uvedeno jen jedno, v databázi ÚPV důsevnivlastnictví.cz 6 zaměstnaneckých vynálezů a 3 zaměstnanecké užité vzory.

23 Spolkový Nejvyšší soud, X ZR 152/03, GRUR 2005, 663, ve věci *Gummielastische Masse II*.

24 Spolkový ústavní soud, rozhodnutí z 18. února 2000, 1 BvR 491, 562/93, NZA 2000, 653.

25 Odvolací soud v Hamburgu, 3 U 89/58, GRUR 1960, 488, ve věci *Geruchsbeseitigungsverfahren*.

26 Spolkový Nejvyšší soud, X ZR 165/04, GRUR 2006, 401, ve věci *Zylinderrohr* – odkazy 16-19 citovány z HARGUTH, A. (McDermott Will & Emery). *Patent Ownership in Germany: Employers v Employees*. July 2013, s. 2.

27 TRIMBORN, M. *Erfindungen beim Betriebsübergang Mitteilungen der Deutschen Patentwälten*. 2007, s. 208.

28 Jako příklady slouží judikáty Spolkového Nejvyššího soudu, X ZR 155/03, GRUR 2006, 756, ve věci *Haftetikett*, a také X ZR 72/10, GRUR 2011, 733, ve věci *Intialidee*.

29 Spolkový Nejvyšší soud rozhodl 2.6.1987, X ZR 97/86, GRUR 1987,900, 901, ve věci *Entwässerungsanlage*.

30 Spolkový Nejvyšší soud, rozhodl 20.11.1962, I ZR 40/61, GRUR 1963, 315, 317, ve věci *Pauschalabfindung*.

31 Spolkový Nejvyšší soud, X ZR 137/07, GRUR 2010, 223, 225, ve věci *Türrinnenverstärkung*.

32 Smírčí komise při DPMA, rozhodnutí 58/07 odkazy 21-25 citovány z HARGUTH, A. (McDermott Will & Emery). *Patent Ownership in Germany: Employers v Employees*. July 2013, s. 6-8.

Pokud zaměstnavatel nezaplatí zaměstnanci-vynálezci pevnou částku odměny včas, nemá ještě povinnost platit úrok z prodlení – k tomu je třeba, aby zaměstnanec mu podal odůvodněnou žádost o ni a pokud bude zastoupen advokátem, ponese zaměstnavatel od této doby i náklady na něho. Soudy pak aplikují úrok z prodlení ve výši 3,5 % nad základní úrokovou výši Evropské centrální banky, ale strany si mohou výši úroku v licenci sjednat.³³ Pokud se nabyvatel licence poskytnutou zaměstnavatelem vzdá práv k vynálezu, je to doklad, že vynálezu nepřikládá zvláštní hodnotu, což se promítá do nulové výše odměny vynálezce.³⁴

4. Závěry – přednosti německé úpravy a diskuze jejich využití v právu ČR

Rozbor ukázal, že zaměstnanecké vynálezy jsou pro technický i ekonomický vývoj v EU i ČR mimořádně významné, a proto je velmi potřebná taková jejich úprava ve hmotném i procesním právu, aby zúčastněné strany – zaměstnanci-původci i zaměstnavatelé – měli jasně stanovené všechny kroky a vzájemná práva a byli pro-inovačně stimulováni a také aby případné spory byly vyřešeny odborně, rychle a levně. Ve stati je zřejmé, že tomuto cíli je příznivější podrobná úprava německá, než stručná a pojmově neaktuální česká. Ke stimulaci inovační aktivity nepomáhají ani vnitřní předpisy zaměstnavatelů v české praxi. Německému ani českému způsobu právního myšlení neodpovídá řešení tohoto problému jen ve smlouvách, zvyklostech a precedentech, jak je tomu v americkém právu.

I když v českém soudním systému, podobně jako v Německu a ostatních zemích EU, je pozitivním prvkem koncentrace řešení sporů o vynálezy včetně zaměstnaneckých u jednoho soudu v prvním stupni, je velkou inspirací pro ně zvláštní Smírčí komise i levné, rychlé a odborně vedené řízení před ní. Mezi oběma zeměmi je zjevný rozdíl i v počtu patentů a sporů o zaměstnanecké vynálezy (výrazně vyšší v Německu, a to i při přepočtu podílu na počet obyvatel) a také funkce soudních rozhodnutí, které v Německu mají vyšší odbornou autoritu, doplňují podrobným výkladem právní úpravu a jsou i častěji zpracovány v publikacích (v databázi dusevni.vlastnictvi.cz na ÚPV končí velmi sporný přehled několika případů v r. 2006).

Tyto inspirační podněty by měly být v ČR promítnuty do novely zákona o vynálezech a zlepšovacích návrzích, popř. i do vytvoření podobné smírčí komise při ÚPV, a do celkové větší podpory inovační činnosti se souvislostí s novou Inovační strategií ČR 2019-2030 Rady pro výzkum, vývoj a inovace, která by měla ČR do r. 2030 zařadit mezi inovační lídry Evropy. Jedním z jejích devíti pilířů je i ochrana duševního vlastnictví.³⁵

33 Rozhodnutí Vyššího zemského soudu v Düsseldorfu z 3.4.2004, Instanzgerichtsentscheidungen (Judikáty nižších soudů pro duševní vlastnictví) 4, s. 165 – citováno z TRIMBORN, M. *Employees' Inventions in Germany*, Kolín n/R: Kluwer Law International, 2009, s. 36.

34 Rozhodnutí Spolkového Nejvyššího soudu z 24.12.2007, X ZR 102/06, ve věci *Ramipri*. Citováno z TRIMBORN, M. *Employees' Inventions in Germany*, Kolín n/R: Kluwer Law International, 2009, s. 51.

35 Dokument by schválen 23.1.2019 – Rada pro výzkum, vývoj a inovace. *Inovační strategie České republiky 2019–2030*. [online, 2019] Dostupné z: https://www.vlada.cz/assets/media-centrum/aktualne/III_Inovacni-strategie-CR_Country-for-Future_2019-01-29_cistopis_white.pdf [cit. 31. 10. 2019].

LITERATURA

- [1] BOHÁČEK, M. *Co je podnikový vynález a jaká má být za něj odměna?* Sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference *Právo v podnikání vybraných členských států EU*, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2016, 488 s., ISBN 978-80-88055-01-3.
- [2] BOHÁČEK, M. *Odměňování zaměstnaneckých vynálezů podle anglo-amerického práva.* Sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference *Právo v podnikání vybraných členských států EU*, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2018, 288 s., ISBN: 978-80-88055-04-4.
- [3] BOHÁČEK, M. *Zaměstnanecký vynález a právo na odměnu za něj ve vybraných zemích kontinentálně-evropského typu.* Sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference *Právo v podnikání vybraných členských států EU*, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2017, 306 s., ISBN 978-80-88055-03-7.
- [4] CAMPINOS, A. (prezident EPÚ). *Příspěvek na mezinárodní konferenci 100 let patentového úřadu v Praze.* Dostupné z: <https://www.upv.cz/cs/upv/tiskove-zpravy.html>. Tiskové zprávy ÚPV [19.9.2019] https://euipo.europa.eu/tunnel-eb/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/performance_in_the_European_Union/performance_in_the_European_Union_infographic_en.pdf.
- [5] ČADA, K. - HAJN, P. - HORÁČEK, R. *Práva k průmyslovému vlastnictví*. 2. vydání. Praha: C.H.BECK, 2011, 480 s., ISBN 978-80-7400-417-9.
- [6] ČADA, K. *Chránit/nechránit, to je otázka.* Plzeň: Alevia, s. r. o., 2014, 317 s., ISBN 978-80-905538-0-4.
- [7] HARGUTH, A. (McDermott Will & Emery). *Patent Ownership in Germany: Employers v Employees.* July 2013.
- [8] JAKL, L. *Sbírka soudních rozhodnutí ve věcech práv k duševnímu vlastnictví.* Praha: Elso group, 2007. Dostupné z: <http://www.dusevniivlastnictvi.cz/images/dokumenty/sbirka.pdf>.
- [9] KRATOCHVÍL, J. *Patent je obchodní komodita.* Tisková zpráva ÚPV [4.5.2015]. Dostupné z: <https://www.upv.cz/cs/upv/tiskove-zpravy.html>.
- [10] MEIER, J. - Schubert, T. *Employees' Invention Remuneration – Money (f)or Nothing?* Biotech. L. Rep. č. 24/2004.
- [11] PECKOVÁ, A. - BOHÁČEK, M. *Vybrané otázky právní ochrany průmyslového vlastnictví v SRN.* Praha: MUP Press, Wolters Kluwer, 2018, 88 s., ISBN 978-80-7598-460-9.
- [12] SVAČINA, P. – RÝDLOVÁ, B. – BOHÁČEK, M. Remuneration of employee inventions at Czech universities. *Scientific Papers of the Czech University of Pardubice. Series D. Faculty of Economics and Administration No. 43 (2/2018) Vol. XXVI, 267 s., ISSN 1211-555X.*
- [13] TRIMBORN, M. *Employees' Inventions in Germany*, Kolín n/R: Kluwer Law International, 2009.
- [14] TRIMBORN, M. *Erfindungen beim Betriebsübergang In Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte.* Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 208–212.

**Kontaktní adresa autora:
prof. JUDr. Martin Boháček, CSc.
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
Nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: bohacek@vse.cz**

MEDIACE JAKO ZPŮSOB ŘEŠENÍ MEZINÁRODNÍCH SPORŮ

Abstrakt: Příspěvek se zaměří na mediaci jako jednu z hojně aplikovaných metod mimosoudního řešení sporů, která je využitelná jak v soukromoprávních sporech mezi fyzickými a právníckými osobami, tak v interinstitucionálních a mezinárodních vztazích. Jádrem příspěvku bude představení a analýza nového mechanismu mediace před Evropským orgánem pro pracovní záležitosti, a to včetně zmapování cesty k jeho vzniku a přístupu sociálních partnerů k této formě řešení sporů.

Abstract: This contribution will focus on mediation as one of frequently applied methods of alternative dispute settlement that is suitable to both private law disputes between or among natural and legal persons; and in interinstitutional and international relations. The crucial part of the contribution will present and analyse new mediation mechanism within the European Labour Authority, including the legislative procedure towards its establishment and the approach of social partners to this dispute settlement method.

Klíčová slova: *mediace, mimosoudní řešení sporů, sociální politika, Evropský orgán pro pracovní záležitosti.*

Key words: *mediation, alternative dispute resolution, social policy, European Labour Authority.*

1. Mediace dnes

Mediace je v současné době jednou z nejvíce dynamicky se rozvíjejících metod mimosoudního řešení sporů se značným potenciálem praktické využitelnosti v celé řadě druhů litigace, od soukromoprávních sporů, ochrany spotřebitele, řešení komunikačních problémů a budoucího nastavení osobních a právních poměrů v rodině až po veřejnoprávní sféru, např. řešení kompetenčních sporů mezi evropskými a národními institucemi vykonávajícími dohled na finančním trhu nebo provádění přeshraniční koordinace sociálního zabezpečení.

Vyzdvihovanými přednostmi mediace jsou především deklarovaná rychlost, nižší provozní náklady a neformálnost řešení sporu. Místo formalizovaného autoritativního rozhodování dostává přednost otevřený dialog s vyškoleným mediátorem, který není nadřazeným subjektem stojícím nad stranami, ale spíše partnerem v komunikaci a diskusi problému – diskusi zacílené na nalezení oboustranně přijatelného kompromisu.

Naopak nevýhodou mediace je její dobrovolnost a právní nezávaznost jejího výsledku, který sám o sobě postrádá kvalitu pravomocného výstupu aktu aplikace práva veřejné moci se zárukou autoritativní vykonatelnosti, což je automaticky zaručeno u soudních rozsudků a rozhodčích nálezů, včetně mezinárodních arbitráží. Pro zajištění právní závaznosti výsledku mediačního jednání je zapotřebí jej pojmut do nově uzavřené smlouvy, nejlépe písemné, v níž na sebe strany sporu o své vůli převezmou povinnosti vyplývající z mediační dohody v podobě smluvních závazků. Pokud strany nechťejí výstup mediace (kterým může být odborná analytická zpráva, doporučení nebo stanovisko) samy přijmout, právo nenabízí nástroje k autoritativnímu vynucení.

1. 1 Mediace v soukromém právu

Mediace je pro svou neformálnost a snadnou přístupnost i pro osoby bez právnícké kvalifikace hojně využívaným mechanismem pro řešení rodinných sporů mezi manželi nebo rodiči a dětmi¹ a také spotřebitelských sporů². Často se stává doplňkem již zahájeného soudního řízení a soudci na tuto alternativní cestu sporné strany odkazují. Již několik let funguje v ČR v tomto duchu platforma mimosoudního řešení spotřebitelských sporů zřízená dozorovým orgánem, Českou obchodní inspekcí. Inspekce vykonává roli mediátora mezi poškozenými spotřebiteli a podnikateli, často se jedná o provozovatele e-shopů.³

1. 2 Mediace ve veřejném právu EU

Hlavním cílem předkládaného příspěvku je upozornit na skutečnost, že mediace je se vzrůstající tendencí využitelná jak pro řešení sporů jednotlivců, tak pro veřejnoprávní otázky interpretačního a kompetenčního charakteru. Mediace slouží nejen k řešení sporů mezi různými subjekty, ale také k vyjasnění interpretace právních norem, což přispívá k předcházení vzniku sporů v budoucnu. „*Mediation is about problem-solving, not verdicts.*“⁴

Důkazem rostoucí frekvence využití mediačních mechanismů v mezinárodních vztazích jsou nově uzavírané dohody o volném obchodu. Jako příklad je možno uvést kapitolu 15 v dohodě o volném obchodu mezi EU a Singapurem, podepsané v říjnu 2018⁵. Ve sféře mezinárodních obchodních vztahů představuje mediace alternativu k zavedené metodě mezinárodní arbitráže, která je v poslední době podrobována kritice a Evropská unie se snaží její významnou roli nahradit postupným zaváděním zvláštního soudního mechanismu určeného pro řešení sporů z investičních dohod mezi EU a třetími zeměmi.⁶

1 KOVÁŘOVÁ, D.: *Rodinná mediace*. [on-line 6.8.2013] Bulletin advokacie. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/rodinna-mediace?browser=mobi> [cit. 19.9.2019].

2 HÁSOVÁ, J.: *Návrh kodifikované úpravy spotřebitelského práva in Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2017, s. 75.

3 Česká obchodní inspekce. *Informace o mimosoudním řešení spotřebitelských sporů (ADR)*. Dostupné z: <https://www.coi.cz/informace-o-adr/> [cit. 19.9.2019].

4 CREMERS, J.: *Mediation mechanism within ELA, some reflections for the European Advisory Group*. [online 12/2018] Tilburg Law School. Dostupné z <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/mediation-mechanism-within-ela-some-reflections-for-the-european-> [cit. 13. 9. 2019].

5 *Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore*, dokument Rady EU č. 7972/1/18, Interinstitutional File:2018/0094 (NLE).

6 ŠTURMA, P. – BALAŠ, V.: *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*. 1 vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 122.

Mediace slouží také k řešení kompetenčních sporů mezi evropskými a národními institucemi vykonávajícími dohled na finančním trhu.⁷ Roli unijního mediátora vykonává Evropský orgán pro cenné papíry a trhy (European Securities and Markets Authority, ESMA). Konkrétně se to uplatní v případě sporu mezi dohledovými orgány (např. centrálními bankami) z více členských států – ten může nastat při uplatňování dohledových pravomocí u nadnárodně působících finančních institucí. V první fázi, kterou je možné považovat za conciliaci, je orgán ESMA pověřen urovnáváním sporů a usnadněním dosahování dohody mezi institucemi. Pokud se to nepodaří, je orgán ESMA oprávněn přijmout rozhodnutí za účelem dodržování unijního práva, které má pro orgány členských států, tj. i centrální banky, závazné účinky. Naproti tomu v situaci sporu mezi národními a unijními dohledovými orgány má ESMA pouze pravomocí k nezávaznému zprostředkování dohody a plní spíše funkci koordinace. Je to logické – ESMA nemůže plnit roli „soudce“ nebo „rozhodce“ ve sporu, kde je zároveň jednou ze zainteresovaných stran.

2. Evropský orgán pro pracovní záležitosti (ELA)

Následující stěžejní část příspěvku bude věnována představení a analýze mechanismu mediace, který je nově zakotven v nařízení Evropského parlamentu a Rady EU č. 2019/1149 ze dne 20. června 2019, kterým se zřizuje Evropský orgán pro pracovní záležitosti (European Labour Authority, ELA), a to jako orgán s vlastní právní subjektivitou a samostatným rozpočtem.

2.1 Důvod zřízení ELA

Trh práce jako jednoho z výrobních faktorů je jedním z pilířů vnitřního trhu EU, a to včetně mezinárodní dimenze. Posílení sociální ochrany zaměstnanců na vnitřním trhu EU bylo jednou z priorit Evropské komise, která předkládala legislativní návrhy v období 2014–2019. Spravedlivé pracovní podmínky by měly být v souladu s všeobecnou preferencí ekonomických svobod volného pohybu a odstraňování bariér na vnitřním trhu, která se trvale odráží v judikatuře Soudního dvora EU. Dalším z pilířů vnitřního trhu EU s bezprostřední návazností na pohyb pracovníků je přeshraniční poskytování služeb, které je v dnešním evropském právu komplexně upraveno.⁸ Dobře to vystihuje teze prosazovaná Evropskou komisí ve vztahu k vysílání pracovníků: „stejná odměna za stejnou práci na stejném místě.“⁹

Hlavním smyslem existence nového evropského orgánu je nutnost zajistit důslednější vykonávání práv a povinností plynoucích z pracovního práva a práva sociálního zabezpečení, a to především v kontextu přeshraniční migrace. V posledních letech dochází k výraznějšímu výskytu podvodů, např. při obcházení pravidel o vysílání pracovníků, které se v mnoha případech nedaří zcela vymýtit kvůli pomalé a neefektivní komunikaci národ-

7 Viz čl. 19 a čl. 31 písm. c) nařízení č. 1095/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy). Úř. věst. EU L 331, 15. 12. 2010, s. 84–119.

8 GRMELOVÁ, N.: *Implementace evropské směrnice o službách na vnitřním trhu v České republice in Aktuální problémy práva v podnikatelském prostředí ČR a EU – sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference – 2. díl*. 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2014, s. 116.

9 Blíže k problematice vysílání pracovníků viz např. SPISAROVÁ, S.: *Aktuální otázky přeshraničního zaměstnávání v Německu in Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2016, s. 119.

ních dohledových orgánů. Dalším významným problémem je nehlášená práce (*undeclared work*). Komunikaci mají zlepšit a urychlit národní experti vyslaní k ELA z vnitrostátních institucí. ELA bude také vykonávat analytické činnosti a přispívat k odbornému posilování kapacit. Oblast působnosti ELA je v čl. 1 nařízení č. 1149/2019 vymezena odkazem na akty evropského sekundárního práva upravující přeshraniční migraci pracovníků a dalších osob.

ELA má racionalizovat a zefektivnit výkon některých unijních kompetencí v pracovních a sociálních oblastech tím, že převezme úkoly několika specializovaných útvarů působících dosud v rámci Evropské komise. ELA začne fungovat už koncem roku 2019 a bude mít na starosti zvýšení přístupu k informacím pro migrující pracovníky a jejich zaměstnavatele, stejně jako zrychlení výměny informací a dokumentů mezi národními orgány veřejné správy. Kompetence ELA nijak nezasáhnou do pravomocí členských států rozhodovat o vnitrostátních opatřeních ani do jejich bilaterálních dohod a ujednání (viz bod odůvodnění č. 8 a čl. 1 odst. 6 nařízení č. 1149/2019). Pravomoc Evropské unie v sociálních oblastech je sdílená podle čl. 4 Smlouvy o fungování EU. Zřízením ELA také nemají vzniknout žádná nová práva pro jednotlivce, zaměstnavatele ani podnikatele (viz bod odůvodnění č. 14 nařízení č. 1149/2019).

2.2 Cesta ke vzniku ELA

Stanoviska sociálních partnerů v průběhu legislativního procesu, která byla povětšinou zveřejněna po oficiálním vydání legislativního návrhu Evropské komise v roce 2018, se shodovala v pozitivním přístupu ke zřízení ELA jako nové instituce za účelem posílení realizace práv v sociálních oblastech. V konkrétnějších rysech pravomocí a úkolů nového orgánu se názory zaměstnanců reprezentovaných odborovými organizacemi a zaměstnavatelů či jejich sdružení rozcházel, jako nejspornější se ukázaly nové vzájemně sladěné a společné inspekce několika členských států¹⁰ zastřešené ELA a k polarizaci došlo i ve věci zmocnění ELA k provádění mediace.

Zástupci zaměstnavatelů¹¹ se vyjádřili pro co nejužší a pouze koordinační či podpůrné role ELA při zachování národních kompetencí¹² a byli zcela proti zavedení mediace. Potvrdila se tedy obecná zkušenost, že zaměstnavatelé upřednostňují stabilitu a postupné vylepšování existujících institucí před nákladným zaváděním institucí nových, ačkoli v tomto případě se proti samotnému zřízení ELA zaměstnavatelé většinou nevyslovili. Odpůrci mediace kladli důraz na skutečnost, že autoritativní výklad evropského práva je výlučnou kompetencí Soudního dvora EU. Odborové organizace¹³ požadovaly přesné vyjasnění věcné působnosti mediační pravomoci, neboť se obávaly zásahů do práv na kolektivní vyjednávání a provádění kolektivních akcí.

10 Zatímco zaměstnavatelé výrazně argumentovali proti zavedení společných inspekcí, odbory by naopak uvítaly další posílení jejich pravomocí. Inspekce jsou blíže upraveny v čl. 8 nařízení č. 1149/2019. Úř. věst. EU L 186, 11. 7. 2019, s. 21–56.

11 EUROCHAMBRES – The Association of European Chambers of Commerce and Industry: *Regulation Establishing a European Labour Authority*. [online 08/2018] Dostupné z: <http://www.eurochambres.eu/Content/default.asp?pagenam=PositionPapers2018> [cit. 13. 9. 2019].

12 Argumentace principem subsidiarity podle čl. 5 Smlouvy o Evropské unii.

13 *ETUC Position: For A Strong European Labour Authority*. [online 12. 4. 2018] Dostupné z <https://www.etuc.org/en/document/etuc-position-strong-european-labour-authority> [cit. 13. 9. 2019].

Rumunské předsednictví v 1. pol. 2019 dosáhlo kompromisu vedoucího k přijetí nařízení o zřízení ELA a rozhodnutí sídle nového orgánu v Bratislavě. Řídící struktura ELA¹⁴ bude odrážet tripartitní charakter, a kromě zástupců Evropské komise a členských států bude zahrnovat i představitele sociálních partnerů (mezioborové organizace na unijní úrovni s rovným zastoupením odborových organizací a organizací zaměstnavatelů, včetně malých a středních podniků).

2.3 Mediační mechanismus

Mediace je upravena v čl. 13 nařízení č. 1149/2019. Týká se pouze sporů mezi státy, nikoli sporů mezi státními orgány a soukromými osobami (zaměstnanci a zaměstnavateli). Situace způsobitelné k řešení tímto mediačním mechanismem mohou pramenit z nevyřízených žádostí o správní spolupráci mezi institucemi členských států¹⁵, např. ověření správnosti deklarovaných údajů ve formulářích A1 pro vyslané pracovníky. Pro mediaci je příznačné, že může probíhat pouze se souhlasem sporných stran, což je zakotveno i v tomto případě. Řízení může být ovšem zahájeno nejen na žádost jednoho nebo několika členských států, ale i z podnětu ELA.

Nařízení stanoví, že ELA může usnadňovat hledání řešení sporu za účelem sladění rozdílných názorů. Mediační mechanismus předvídá dvě fáze: zatímco v první fázi je výstupem práce mediátora tzv. nezávazné stanovisko, v druhé fázi probíhá řízení před mediačním výborem, složeným z odborníků z jiných členských států, přičemž odborníci z Evropské komise a z ELA se mohou účastnit v poradní roli. Do tří měsíců od vydání nezávazného stanoviska se sporným stranám ukládá vydání zprávy o přijatých opatřeních s řádným odůvodněním. Procesní pravidla pro mediační řízení přijímá správní rada ELA.

Pokud jde o možný konflikt se soudním řízením u vnitrostátních nebo evropských soudů, to dostává před mediací jasnou prioritu. Došlo-li by k zahájení soudního řízení během již započaté mediace, ta by byla přerušena. Otázky již řešené v řízení soudním možnost zahájení mediace zcela vylučují.

2.4 Vztah ELA a stávající institucionální struktury

Je možné, že potenciál nového mediačního mechanismu bude omezený, protože všichni aktéři se vyslovili pro zachování výkonu pravomocí Smírčího výboru (*Conciliation Board*) Správní komise pro koordinaci systémů sociálního zabezpečení (*Administrative Commission for the coordination of social security systems*). Ve vyjádřeních sociálních partnerů¹⁶ kladně rezonovala její dlouhodobá expertiza a také skutečnost, že ve své analytické a rozhodovací činnosti řádně zohledňuje zájmy členských států. To se odrazilo v bodech odůvodnění č. 11 a 23 nařízení č. 1149/2019, kde se výslovně uvádí, že mediací při ELA nejsou dotčeny interpretační pravomoci Soudního dvora EU ani Správní komise. Budou tedy fungovat dva paralelní mechanismy vedle sebe. Správní komise o tom v budoucnu uzavře s ELA dohodu o spolupráci.

14 V čele ELA stojí podle kapitoly III. nařízení správní rada, výkonný ředitel a skupina zúčastněných stran, kterou tvoří zástupci Evropské komise a sociálních partnerů.

15 Srov. čl. 7 odst. 1 písm. e) nařízení č. 1149/2019.

16 FERNANDES, S.: What is our ambition for the European Labour Authority? [online 8. 3. 2018] *Jacques Delors Institut*. Dostupné z <https://www.delorsinstitut.de/en/all-publications/what-ambition-for-the-european-labour-authority/> [cit. 19.9.2019].

Za účelem nastavení kooperačního vztahu mezi ELA a Správní komisí byl do koordinačního nařízení¹⁷ vložen nový čl. 74a. Správní komise je nově oprávněna požádat ELA o to, aby jí byla postoupena k rozhodnutí otázka projednávaná v mediačním řízení, pokud se týká problematiky sociálního zabezpečení.

Závěr

Mediace je ze své podstaty alternativní a dobrovolný mechanismus řešení sporů. Nově zavedená možnost vyjasnit rozporné výkladové přístupy ve vztahu k právním normám upravujícím přeshraniční koordinaci sociálního zabezpečení prostřednictvím mediace koresponduje se současným trendem využívání mediace k řešení interinstitucionálních sporů v unijních strukturách. Potenciál ELA přispět k ambicióznímu cíli zlepšení vymáhání pracovně-právních norem a sociální ochrany je nutně limitován sdílenou kompetencí EU v této oblasti, která neumožňuje přijímat závazná opatření bez souhlasu členských států. ELA tedy bude spíše doplňkem k již zavedeným mezistátním komunikačním mechanismům, které primárně vycházejí z kompetencí členských států. Ty nemohou být zřízením nového evropského orgánu nijak dotčeny.

LITERATURA

- [1] CREMERS, J.: *Mediation mechanism within ELA, some reflections for the European Advisory Group*. [online 12/2018] *Tilburg Law School*. Dostupné z <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/mediation-mechanism-within-ela-some-reflections-for-the-european-> [cit. 13. 9. 2019].
- [2] Česká obchodní inspekce. *Informace o mimosoudním řešení spotřebitelských sporů (ADR)*. Dostupné z: <https://www.coi.cz/informace-o-adr/> [cit. 12. 9. 2019].
- [3] FERNANDES, S.: What is our ambition for the European Labour Authority? [online 8. 3. 2018] *Jacques Delors Institut*. Dostupné z <https://www.delorsinstitut.de/en/all-publications/what-ambition-for-the-european-labour-authority/> [cit. 19.9.2019].
- [4] *Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore*, dokument Rady EU č. 7972/1/18, Interinstitutional File:2018/0094 (NLE).
- [5] GRMELOVÁ, N.: *Implementace evropské směrnice o službách na vnitřním trhu v České republice in Aktuální problémy práva v podnikatelském prostředí ČR a EU – sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference – 2. díl*. 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2014, 344 s., ISBN: 978-80-905687-4-7, s. 116.
- [6] HÁSOVÁ, J.: *Návrh kodifikované úpravy spotřebitelského práva in Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*. 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2017, 308 s., ISBN: 978-80-88055-03-7.
- [7] KOVÁŘOVÁ, D.: *Rodinná mediace*. [on-line 6. 8. 2013] *Bulletin advokacie*. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/rodinna-mediace?browser=mobi> [cit. 19. 9. 2019].

17 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 883/2004 ze dne 29. dubna 2004 o koordinaci systémů sociálního zabezpečení. Úř. věst. EU L 166, 30.4.2004, s. 1–123.

- [8] Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 883/2004 ze dne 29. dubna 2004 o koordinaci systémů sociálního zabezpečení. Úř. věst. EU L 166, 30. 4. 2004, s. 1–123.
- [9] Nařízení Evropského parlamentu a Rady EU č. 1095/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy). Úř. věst. EU L 331, 15. 12. 2010, s. 84–119.
- [10] Nařízení Evropského parlamentu a Rady EU č. 1149/2019 ze dne 20. června 2019, kterým se zřizuje Evropský orgán pro pracovní záležitosti. Úř. věst. EU L 186, 11. 7. 2019, s. 21–56.
- [11] SPISAROVÁ, S.: *Aktuální otázky přeshraničního zaměstnávání v Německu in Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2016, 488 s., ISBN: 978-80-88055-01-3.
- [12] ŠTURMA, P. – BALAŠ, V.: *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2018, 1. vydání, ISBN 978-80-7598-100-4.

Kontaktní adresa autora:

Ing. JUDr. Sandra Brožová, Ph.D., LL. M.

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: Sandra.Brozova@vse.cz

SOCIÁLNĚPRÁVNÍ ASPEKTY VOLNÉHO POHYBU PRACOVNÍKŮ PO EVROPSKÉ UNII V SOUVISLOSTECH

Abstrakt: Příspěvek je věnován právní úpravě postavení pracovníků využívajících volný pohyb po Evropské unii, a to v širších souvislostech. Zaměřuje se na zachycení jejich postavení v primárním právu EU, dále rozebírá nařízení o volném pohybu pracovníků uvnitř Unie, příslušná nařízení o koordinaci systémů sociálního zabezpečení, relevantní směrnice a také další dokumenty, zejména Evropský pilíř sociálních práv. Poukazuje na jejich přínos pro podporu volného pohybu pracovníků v sociální oblasti, uvádí vybrané problémy a zamýšlí se nad vývojem ve sledované oblasti.

Abstract: The paper deals with the legal regulation of the position of workers who use free movement in the European Union in a broader context. It focuses on analyzing their position in primary EU law, further discusses regulation on free movement of workers within the Union, relevant regulations on the coordination of social security systems, relevant directives, but also non-binding documents, especially the European pillar of social rights. It points out their contribution to the support of the free movement of workers in the social field, presents selected problems and reflects on further developments in the area under review.

Klíčová slova: sociální politika Evropské unie, sociální zabezpečení, volný pohyb pracovníků po Evropské unii, koordinace sociálního zabezpečení, harmonizace.

Key words: social policy of the European Union, social security, free movement of workers, social security coordination, harmonization.

1. Úvod do problematiky

Právo svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států Evropské unie představuje jedno z práv občanů Evropské unie a je upraveno v čl. 20 a 21 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“), na kterou navazuje na úrovni sekundárního práva EU především směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států.

Úprava volného pohybu osob – pracovníků, se v rámci vnitřního trhu ve vazbě na čl. 26 SFEU nachází v ustanovení čl. 45 a násl. SFEU. Primární právo umožňuje v rámci volného pohybu pracovníků vykonávat zaměstnání na území libovolného členského státu Evropské

unie (dále jen „členský stát“) bez diskriminace z důvodu státní příslušnosti.¹ Zákaz diskriminace se dle § 45 odst. 2 SFEU váže na „zaměstnání, odměnu za práci a jiné pracovní podmínky.“ V souvislosti s tím upravuje SFEU, mimo jiné, právo ucházet se v členském státě o skutečně nabízená pracovní místa, pobývat za účelem výkonu zaměstnání na jeho území a zůstat zde i po skončení zaměstnání při splnění příslušných podmínek (čl. 45 odst. 3 SFEU).

Obecné výjimky ze zákazu omezení volného pohybu pracovníků jsou reprezentovány důvody² veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví, jak výslovně stanoví čl. 45 odst. 3 SFEU. Další výjimky spočívají v existenci tzv. kategorických požadavků veřejného zájmu. Ve smyslu judikatury Soudního dvora EU k nim řadíme například ochranu pracovníků, zachování finanční rovnováhy sociálního systému, či politiku sociálního bydlení.³ Podrobnější úpravu obsahují v souladu s čl. 46 SFEU prameny sekundárního práva, především nařízení a směrnice. Omezení mohou plynout také ze smluv o přistoupení nových států do Evropské unie.

Svoboda volného pohybu pracovníků je vyloučena v případě zaměstnání ve veřejné správě (čl. 45 odst. 4 SFEU). Každý členský stát rozhoduje samostatně o organizaci a činnosti veřejné správy, včetně státní správy, místní a regionální samosprávy (viz též čl. 4 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii), i o postavení zaměstnanců veřejné správy (veřejné službě). Současně je vázán právem Evropské unie a v oblastech souvisejících s unijním právem přihlíží k relevantní judikatuře Soudního dvora Evropské unie. Nutno podotknout, že právě čl. 45 odst. 3 SFEU je Soudním dvorem vykládán restriktivně a platí například pro činnost příslušníků bezpečnostních sborů či pracovníků finanční správy, tedy osoby, které se podílí na výkonu veřejné moci.⁴

2. Rozbor sociálněprávních aspektů volného pohybu pracovníků dle pramenů sekundárního práva Evropské unie

Úpravu volného pohybu pracovníků podrobněji rozvádí nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 492/2011/EU o volném pohybu pracovníků uvnitř Unie (dále též „nařízení č. 492/2011“), směrnice Rady 77/486/EHS o vzdělávání dětí migrujících pracovníků, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/54/EU o opatřeních usnadňujících výkon práv udělených pracovníkům v souvislosti s jejich volným pohybem. Důležitá je též směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/36/ES o uznávání odborných kvalifikací a výše zmíněná směrnice 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států.

Nařízení č. 492/2011 zavádí pro pracovníky migrující z jiných členských států tzv. národní režim⁵ pro přístup k zaměstnání i pro výkon zaměstnání. Na osoby hledající zaměstnání a osoby zaměstnané se tak použijí shodné právní a správní předpisy, jako na občany daného „hostitelského“ státu (čl. 1 cit. nařízení).

1 TICHÝ, L. a kol. *Evropské právo*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 978-80-7400-564-6, s. 357 a násl.

2 SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. 6. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019. ISBN 978-80-7400-752-1, s. 293–296.

3 Například rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. května 2013 ve spojených věcech C-197/11 Eric Libert a další proti Gouvernement flamand a C-203/11 All Projects & Developments NV a další proti Vlaamse Regering.

4 Například rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 2. července 1993 ve věci C-209/94 Komise proti Lucembursku.

5 KOMENDOVÁ, J. *Základy pracovního práva EU*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-286-3, s. 50.

Sledované nařízení je svou povahou pracovněprávní předpis, neomezuje se ovšem jen na tuto problematiku. Je to dáno tím, že nediskriminační podmínky v zaměstnání je nutné doplnit souvisejícími pravidly tak, aby migrující pracovník a jeho rodina byli dostatečně integrováni do života dané země a nebyli od volného pohybu odrazováni různými překážkami. Nařízení č. 492/2011 hovoří o stejných sociálních a daňových výhodách pracovníků, o právu a výhodách v oblasti bydlení či o právu dětí na přístup ke vzdělání (viz čl. 9 a 10 cit. nařízení). Pokud jde o sociální výhody, jedná se například o slevy na jízdném v železniční dopravě pro rodiny s více dětmi⁶, dávku při narození dítěte⁷ apod.

Volný pohyb pracovníků je podpořen v sociální oblasti, kromě již zmíněných sociálních výhod, i na základě čl. 48 SFEU. Schváleno bylo nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 883/2004 o koordinaci systémů sociálního zabezpečení (dále též „nařízení č. 883/2004“), nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 987/2009, kterým se stanoví prováděcí pravidla k nařízení (ES) č. 883/2004 o koordinaci systémů sociálního zabezpečení (dále jen „nařízení č. 987/2009“) a nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1231/2010/EU, kterým se rozšiřuje působnost nařízení (ES) č. 883/2004 a nařízení (ES) č. 987/2009 na státní příslušníky třetích zemí, na které se tato nařízení dosud nevztahují pouze z důvodu jejich státní příslušnosti (dále jen „nařízení č. 1231/2010“).

Osobní působnost koordinačních nařízení zahrnuje jak občany členských států Evropské unie (a to nejen při výkonu závislé práce, ale například také osoby samostatně výdělečně činné a další) a jejich rodinné příslušníky, tak i uprchlíky a osoby bez státní příslušnosti. Dle nařízení č. 1231/2010 je koordinace určena i pro státní příslušníky ze třetích zemí, pokud v členském státě pobývají legálně a jejich situace není omezena na jediný stát Evropské unie.

Z věcného hlediska pokrývají nařízení ty právní předpisy členských států, které se týkají dávek v nemoci, pracovních úrazů a nemocí z povolání, mateřství, otcovství, rodičovství, stáří, invalidity apod. (věcná působnost viz čl. 3 nařízení č. 883/2004). Mezi základní principy, na nichž je nařízení založeno, patří, kromě jiného, rovné zacházení s příjmy, dávkami, skutečnostmi a událostmi (čl. 5 cit. nařízení), sčítání dob (čl. 6 cit. nařízení), výjimka z pravidla bydliště, tzv. export dávek do jiného členského státu (čl. 7 cit. nařízení), aplikace právního řádu jednoho státu (čl. 11–16 cit. nařízení)⁸ aj.

Osobní rozsah nařízení je možné považovat za adekvátní, věcný rozsah by však měl doznat změn ve smyslu samostatného zařazení dalších oblastí sociální ochrany do čl. 3 cit. nařízení. Uvedené platí především o dlouhodobé péči náležející při závislosti na pomoci jiné osoby. Ta byla v mnoha členských státech považována za součást sociální pomoci, která je z koordinace vyloučena (viz čl. 3 odst. 5 cit. nařízení). V České republice jí odpovídá příspěvek na péči a poskytování vybraných sociálních služeb⁹, ve Spolkové republice Německo obdobná plnění v rámci pojištění pro případ odkázanosti¹⁰ aj. Platné nařízení pojem dlouhodobá péče zmiňuje v čl. 1, nikoli však ve výčtu plnění výslovně spadajících do působnosti

6 Viz např. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 30. září 1975 ve věci C-32/75 Cristini.

7 Viz např. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 10. března ve věci C-111/91 Komise proti Lucembursku.

8 FUCHS, M., CORNELISSEN, R. *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*. Baden-Baden, München, Oxford: Nomos, C. H. Beck, 2015, Hart Publishing.

9 Zákon č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, ve znění pozdějších předpisů.

10 Ve Spolkové republice Německo byl zaveden v roce 1995.

tohoto nařízení. Až na ustanovení čl. 34 cit. nařízení tak pro ni nejsou vytvořena specifická pravidla. Z výkladu Soudního dvora Evropské unie je zřejmé¹¹, že dávky dlouhodobé péče mají být považovány za peněžitou či věcnou dávku v nemoci dle čl. 3 odst. 1 písm. a) cit. nařízení. A z konstantní judikatury Soudního dvora Evropské unie též plyne, na základě jakých kritérií rozhodnout o zařazení dávků do věcného rozsahu nařízení. Jedná se o její účel a podmínky, za kterých se přiznává, nikoliv samo označení podle vnitrostátních právních předpisů. Plnění lze považovat za (koordinovanou) dávku sociálního zabezpečení, pokud je poskytováno bez přihlídnutí k individuální situaci žadatele a je spojené s některou ze sociálních událostí výslovně uvedených v čl. 3 odst. 1 cit. nařízení¹².

Přiřazení dlouhodobé péče k sociální události, jakou je nemoc, některé členské státy Evropské unie nepovažují za adekvátní a opakovaně se vyjadřují pro zakotvení pod samostatné písmeno v rámci čl. 3 cit. nařízení. V současné době projednávána revize koordinačních nařízení již takový přístup obsahuje. Pokud bude v průběhu legislativního procesu popsané řešení schváleno, přispěje to rozhodně k přehlednosti právní úpravy na úrovni sekundárního práva EU a současně k jednoznačné aplikaci práva EU z pohledu členských států.

3. Další sociálněprávní ustanovení související s volným pohybem pracovníků v právu Evropské unie

Volný pohyb pracovníků je spojen se zákazem diskriminace z důvodu státní příslušnosti při přístupu k zaměstnání, výkonu zaměstnání, v sociálním zabezpečení apod. Nicméně osoby zaměstnané na území jiného členského státu využívají i jiné části sociální politiky, které přináší unijní právo bez ohledu na případnou migraci, byť ji ve své podstatě podporují rovněž. Jedná se především o vnitrostátní úpravy, které byly provedeny transpozicí příslušných směrnic na základě čl. 19, čl. 153 odst. 1 SFEU ve spojení s čl. 153 odst. 2 písm. b) SFEU a čl. 157 odst. 3 SFEU. Tyto směrnice se týkají rovného postavení a zákazu diskriminace v sociálním zabezpečení a pracovněprávní sféře, jakož i dalších oblastí.

Směrnice např. zakazují přímou i nepřímou diskriminaci na základě pohlaví (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/54/ES o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání¹³, směrnice Rady 79/7/EHS o postupném zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti sociálního zabezpečení), rasy a etnického původu (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/43/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ¹⁴) aj. Zakázána jsou také nerozdílně aplikovatelná opatření, pokud představují překážku volného pohybu.¹⁵

Jestliže porovnáme věcnou působnost směrnice 2006/54 v části relevantní pro sociální zabezpečení a směrnice 79/7, musíme konstatovat, že v případě směrnice 79/7 je tato pů-

11 Viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. března 1998 ve věci C-160/96 Molenaar nebo Evropského soudního dvora ze dne 30. června 2011 ve věci C-388/09 da Silva Martins.

12 Viz rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 4. května 1992 ve věci C-78/91 Hughes proti Chief Adjudication Officer nebo rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 16. září 2015 ve věci C-361/13 Evropská komise proti Slovenské republice.

13 KOLDINSKÁ, K. *Gender a sociální právo*. Praha: C. H. Beck, 2011. ISBN 978-80-7400-343-1, s. 63 a násl.

14 KOLDINSKÁ, K. *Sociální právo EU*. Praha: C. H. Beck, 2018. ISBN 978-80-7552-701-1, s. 137–138.

15 SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. 6. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019. ISBN 978-80-7400-752-1, s. 290.

sobnost užší. Týká se dávek v nemoci, invaliditě, pracovních úrazech a nemocech z povolání, stáří a nezaměstnanosti. Nezahrnuje však dávky v případě mateřství, otcovství, rodičovství (s určitou výhradou), při úmrtí živitele rodiny apod. Částečně je to jistě dáno dobou, ve které byla přijata. Nicméně potřebné legislativní kroky by rozhodně měly být učiněny.

Pro pracující ženy a pracující rodiče s dětmi znamenala přínos transpozice dvou směrnic. Směrnice Rady 92/85/EHS o zavádění opatření pro zlepšení bezpečnosti a ochrany zdraví těhotných zaměstnankyň a zaměstnankyň krátce po porodu nebo kojících zaměstnankyň, a také směrnice Rady 2010/18/EU, kterou se provádí rámcová dohoda o rodičovské dovolené. Obě směrnice obsahují pracovníprávní úpravu, nicméně se sociálním zabezpečením souvisí. Směrnice Rady 92/85/EHS zachycuje minimální délku mateřské dovolené v délce 14 týdnů, a nepřímo tak navazuje na peněžitou dávku v mateřství. Směrnice Rady 2010/18/EU má z pohledu členských států vazbu především na sociální dávku placenou v době rodičovské dovolené. Limity týkající se např. výše příslušných dávek sociálního zabezpečení nebo výslovné zakotvení podpůrní doby však zde, až na výjimku, obsaženy nejsou. Domnívám se, že revize směrnic v podobě výslovného zavedení minimální výše sociální dávky a minimální délky výplaty by bylo přínosné a zvýšilo by v některých státech sociální ochranu zaměstnanců a dalších osob. Nově přijatá směrnice Evropského parlamentu a Rady 2019/1158/EU o rovnováze mezi pracovním a soukromým životem rodičů a pečující osob a o zrušení směrnice Rady 2010/18/EU přinesla v tomto směru změnu, nikoli však ve vztahu k placené rodičovské dovolené, ale v podobě požadavku na minimální výši peněžitého plnění u otcovské dovolené.

V Evropském pilíři sociálních práv¹⁶ (dále též „Evropský pilíř“) jsou vyjmenována standardní sociální práva a principy, ale rovněž práva, která jsou nová při komparaci s Listinou základních práv Evropské unie, např. právo na minimální příjem zajišťující důstojný život (kapitola III, bod. 14 Evropského pilíře) nebo na dlouhodobou péči (kapitola III, bod. 18 Evropského pilíře). Dokument se v současné době stává inspirací pro přijetí nových unijních předpisů, mají-li oporu v primárním právu. Pro ilustraci zmiňme předložený návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o sladění pracovního a soukromého života rodičů a pečovatelů a o zrušení směrnice Rady 2010/18/EU.¹⁷ Jak bylo uvedeno výše, směrnice byla přijata v roce 2019.

Je nicméně otázkou, proč práva výslovně spojená s volným pohybem pracovníků uvedený dokument nezmiňuje. Přesto probíhají změny i v této oblasti. V současné době pokračuje diskuse nad revizí nařízení č. 883/2004 a nařízení č. 987/2009.¹⁸ Návrh zahrnuje zásahy do platné úpravy jak dílčí, tak i zásadnější povahy, jmenovitě se jedná jak o zmiňovanou dlouhodobou péči, tak nezaměstnanost, rodinné dávky, přístup neaktivních migrujících osob k určitým sociálním dávkám aj.¹⁹

16 European Commission (2017a). *European Pillar of Social Rights as a proposal for a Joint proclamation by the EU Institutions (COM (2017)251*, 26 April 2017.

17 CHVÁTALOVÁ, I. The European Pillar of Social Rights: Reconciliation between work and private life. *Czech Journal of Social Sciences, Business and Economics*, 2017, vol.5, Issue 3, pp 37–41.

18 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004, COM (2016)0815, 13 December, 2016.

19 CHVÁTALOVÁ, I. *Revize nařízení o koordinaci systémů sociálního zabezpečení a její dopad na členské státy Evropské unie*. In ŠTĚPÁNKOVÁ, K. (ed.) *Právo a podnikání vybraných členských států Evropské unie – sborník příspěvků k IX. Ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, s.r.o., 2017, s. 99–104.

Globalizace, nové technologie, migrace, změna struktury rodin, stárnutí populace a další skutečnosti vedou ke změnám též v sociálním zabezpečení členských států EU. Odráží se i v úvahách o vývoji celé sociální politiky na úrovni Evropské unie, včetně volného pohybu pracovníků a jejich sociální ochrany, kterou je nutné vnímat v širokých souvislostech.

Závěr

Sociální politika Evropské unie zahrnuje vybrané aspekty práva sociálního zabezpečení a pracovního práva. Souvisí též s volným pohybem pracovníků po Evropské unii. Základ právní úpravy představuje v souladu s čl. 46 a 48 SFEU několik nařízeních a směrnic, které vychází z principu rovného zacházení a zákazu diskriminace podle státní příslušnosti při přístupu k zaměstnání, výkonu zaměstnání, i v sociálním zabezpečení, mimo jiné, ve vazbě na výdělečnou činnost.

Pracovníkům je přiznána řada komplementárních práv týkajících se například sociálních výhod a daňových výhod; děti pracovníků mají právo na přístup k základnímu, učňovskému a odbornému vzdělávání apod.

Pro volný pohyb pracovníků je zároveň podstatné, že se mohou spolehnout na skutečnost, že mají při pobytu na území jiného členského státu zajištěno rovné postavení v sociálním zabezpečení dle vymezených kritérií, zejm. pohlaví, a totéž lze říci o minimálních standardech především v oblasti pracovního práva. To vše s ohledem na transpozici příslušných směrnic. Můžeme tak konstatovat vazbu mezi volným pohybem pracovníků ve smyslu čl. 45-48 SFEU a sociální politikou dle čl. 151 až 161 SFEU.

Současně je třeba zdůraznit potřebu revize jak vybraných nařízeních, tak směrnic, aby odpovídaly požadavkům moderní doby a přispěly k prohloubení sociální ochrany zaměstnanců a dalších osob, a to nejen těch migrujících.

Konkrétně v oblasti sociálního zabezpečení je aktuálně projednávána revize koordinačních nařízeních, která se zaměřuje přednostně na rodinné dávky, dávky dlouhodobé péče, nezaměstnanost apod. Uvedené lze vnímat jako pozitivní přínos pro sociálněprávní aspekty volného pohybu. Důležité je například navrhované rozšíření věcného rozsahu koordinačního nařízení tak, aby dlouhodobá péče byla zařazena pod samostatné písmeno čl. 3 cit. nařízení a vztahovala se na ni specifická pravidla. Unijní právní úprava má být přehledná, aby nároky migrujících občanů Evropské unie a jejich rodinných příslušníků byly jednoznačné. To přispívá k právní jistotě a volný pohyb je tak podpořen i na legislativní úrovni.

V případě směrnice 79/7 je žádoucí rozšířit její věcnou působnost např. o dávky v těhotenství, mateřství či pozůstalostní. A stávající směrnice 92/85 a směrnice 2019/1158 upravující minimální standardy ve vztahu k těhotenství, mateřství, otcovství, rodičovství či potřebě ošetřování člena rodiny zahrnují, až na výjimky, pouze problematiku pracovního práva, i když se sociálním zabezpečení souvisí. Revize ve smyslu zásadnějšího rozšíření o standardy sociálního zabezpečení týkající se minimální podpůrčí doby či minimální výše dávek by byla přínosná. Respektována musí být samozřejmě skutečnost, že harmonizace nesmí, mimo jiné, narušovat rovnováhu sociálních systémů členských států.

Evropský pilíř sociálních práv na jedné straně shrnuje významná práva a principy, která jsou zakotvena v primárním a sekundárním právu EU, upravuje i některá nová nad rámec unijních pramenů a předpokládá přijímání právních předpisů. Na straně druhé však oprávně

nění ve vazbě na volný pohyb pracovníků výslovně nejmenuje. A protože tento úsek sociální politiky je neméně důležitý, můžeme očekávat, že Evropský pilíř sociálních práv bude v budoucnu doplněn či nahrazen katalogem, který komplexněji postihne sociálněprávní postavení občanů Evropské unie, jejich rodinných příslušníků, ale též osob ze třetích zemí, které jsou výdělečně činné, event. mají zájem pobývat na území Evropské unie z jiných důvodů.

Dnešní doba přináší řadu výzev souvisejících s globalizací, zaváděním nových technologií, stárnutím populace, potřebou lépe sladit pracovní, rodinný a osobní život, migrací apod. Opatření, která jsou diskutována členskými státy a orgány Evropské unie, se týkají sociální ochrany, vzdělávání, zaměstnanosti, nových forem práce, lepší koordinace spolupráce v pracovněprávní sféře a sociálním zabezpečení a zahrnují také volný pohyb pracovníků.

S přihlédnutím k výše uvedeným výzvám spojeným, kromě jiného, s novelizacemi vnitrostátních právních předpisů sociálního zabezpečení členských států a při zohlednění recentní judikatury Soudního dvora Evropské unie i zkušeností z provádění práva EU ve sledované oblasti, můžeme předpokládat další změny unijního práva, zejména sekundárních pramenů. V nich by zakotvení adekvátní sociální ochrany odpovídající 21. století mělo mít své místo.

LITERATURA

- [1] European Commission (2017a). *European Pillar of Social Rights as a proposal for a Joint proclamation by the EU Institutions (COM (2017)251*, 26 April 2017.
- [2] FUCHS, M., CORNELISSEN, R. *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*. Baden-Baden, München, Oxford: Nomos, C. H. Beck, 2015, Hart Publishing.
- [3] CHVÁTALOVÁ, I. The European Pillar of Social Rights: Reconciliation between work and private life. *Czech Journal of Social Sciences, Business and Economics*, 2017, vol. 5, Issue 3, pp 37-41, ISSN 1805-6830.
- [4] CHVÁTALOVÁ, I. *Revize nařízení o koordinaci systémů sociálního zabezpečení a její dopad na členské státy Evropské unie*. In: ŠTĚPÁNKOVÁ, K. (ed.) *Právo a podnikání vybraných členských států Evropské unie – sborník příspěvků k IX. Ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, s.r.o., 2017, s. 99–104. ISBN 978-80-88055-0-3.
- [5] KOLDINSKÁ, K. *Gender a sociální právo*. Praha: C. H. Beck, 2011. ISBN 978-80-7400-343-1.
- [6] KOLDINSKÁ, K. *Sociální právo EU*. Praha: C. H. Beck, 2018. ISBN 978-80-7552-701-1.
- [7] KOMENDOVÁ, J. *Základy pracovního práva EU*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-286-3.
- [8] SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. 6. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019. ISBN 978-80-7400-752-1.
- [9] TICHÝ, L. *Evropské právo*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 978-80-7400-564-6.

- [10] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004, COM (2016)0815, 13 December, 2016.
- [11] Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 30. září 1975 ve věci C-32/75 Cristini.
- [12] Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 4. května 1992 ve věci C-78/91 Hughes proti Chief Adjudication Officer.
- [13] Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 2. července 1993 ve věci C-209/94 Komise proti Lucembursku.
- [14] Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 5. března 1998 ve věci C-160/96 Molenaar.
- [15] Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 30. června 2011 ve věci C-388/09 da Silva Martins.
- [16] Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. května 2013 ve spojených věcech C-197/11 Eric Libert a další proti Gouvernement flamand a C-203/11 All Projects & Developments NV a další proti Vlaamse Regering.
- [17] Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 16. září 2015 ve věci C-361/13 Evropská komise proti Slovenské republice.

Kontaktní adresa autora:

doc. JUDr. Iva Fischerová, CSc. (dříve Chvátalová)

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha 3

E-mail: iva.fischerova@vse.cz

JE VODA VOLNĚ OBCHODOVATELNÉ ZBOŽÍ ANEBO PŘEDSTAVUJE SOUČÁST NÁRODNÍHO DĚDICTVÍ Z POHLEDU PRÁVA EU?

Abstrakt: V návaznosti na úsilí polské společnosti odčerpávat potrubím vodu ze Slovenska do Polska zavedlo Slovensko ústavní zákaz exportu vody potrubím a cisternami. V důsledku zákazu exportu vody zahájila Evropská komise řízení o porušení Smlouvy se Slovenskou republikou, ve kterém tvrdí, že Slovensko uvedeným zákazem narušuje volný pohyb zboží napříč vnitřním trhem EU. Cílem tohoto příspěvku je posoudit, zda voda představuje volně obchodovatelné zboží, jehož export nelze omezovat, anebo naopak národní dědictví, které je hodno ústavní ochrany. Vzhledem k značným technologickým investicím polské společnosti se příspěvek také zmíní o (ne)možnosti vymáhání náhrady škody způsobené znehodnocením zahraniční investice.

Abstract: Following the efforts of a Polish company to transport Slovak water via pipelines to Poland, Slovakia introduced a constitutional ban on water exports by means of pipelines and containers. As a result, the European Commission initiated an infringement procedure against Slovakia, claiming that this country is in breach of the free movement of goods which is part of the the EU's internal market. The aim of this paper is to assess if water constitutes a good which can be traded freely, or if it is part of national heritage and merits constitutional protection. Given the significant technological investments made by the Polish corporation concerned, the paper will also address the (im)possibility to recover damages resulting from the depreciation of this foreign investment.

Klíčová slova: voda, volný pohyb zboží, národní dědictví, veřejná bezpečnost, zahraniční investice, náhrada škody, vnitřní trh EU, řízení o porušení Smlouvy, Slovensko, Polsko.

Key words: water, free movement of goods, national heritage, public security, foreign investment, recovery of damages, internal market of the EU, infringement, Slovakia, Poland.

1. Úvod do problematiky

Vnitřní trh Evropské unie je založen na volném pohybu osob, zboží, služeb a kapitálu¹. Omezení volného pohybu těchto statků je možné podle primárního práva Evropské unie pouze v případech, že se jedná o ochranu odůvodněnou „veřejnou mravností, veřejným pořádkem, veřejnou bezpečností, ochranou zdraví a života lidí a zvířat, ochranou rostlin, ochranou

¹ Článek 5 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie.

národního kulturního pokladu, jenž má uměleckou, archeologickou hodnotu, nebo ochranou průmyslového a obchodního vlastnictví.“² Smlouva o fungování Evropské unie však současně připomíná, že uvedená omezení nesmějí představovat omezování obchodu mezi členskými státy.³ Je tedy otázkou, jaké podmínky musí být splněny pro to, aby šlo v souladu s právem EU zamezit vývozu nějakého typu zboží tak, aby uvedené opatření nepředstavovalo překážku realizace některé ze čtyř svobod zajištěných právem EU, v daném případě, volného pohybu zboží, konkrétně obchodu s vodou.

V prosinci 2014 nabyla účinnost novela Ústavy Slovenské republiky⁴, kterou byl zaveden zákaz exportu minerální vody z území Slovenska na území jiného státu skrz potrubí a prostřednictvím cisteren. Ze zákazu vývozu je vyloučen vývoz vody určený pro zvláštní potřebu, pro humanitární účely a vývoz balené pitné vody. Příslušný čl. 4 odst. 2 slovenské ústavy zní takto:

„(2) Preprava vody odobratej z vodných útvarov nachádzajúcich sa na území Slovenskej republiky cez hranice Slovenskej republiky dopravnými prostriedkami alebo potrubím sa zakazuje; zákaz sa nevztahuje na vodu na osobnú spotrebu, pitnú vodu balenú do spotrebiteľských obalov na území Slovenskej republiky a prírodnú minerálnu vodu balenú do spotrebiteľských obalov na území Slovenskej republiky a na poskytnutie humanitárnej pomoci a pomoci v núdzových stavoch. Podrobnosti o podmienkach prepravy vody na osobnú spotrebu a vody na poskytnutie humanitárnej pomoci a pomoci v núdzových stavoch ustanoví zákon.“

Důvodem pro zavedení natolik bezprecedentní ústavní ochrany pitné vody na Slovensku, která není srovnatelná s právní ochranou vody v žádném jiném členském státě EU, došlo na popud úsilí polské společnosti působící na hranicích se Slovenskem. Polská společnost zamýšlela přečerpávat potrubím vodu ze Slovenska do Polska, kde by byla voda následně balena a prodávána, popřípadě dále exportována. Ač se tento podnikatelský záměr může jevit jako sporný z hlediska souladu s dobrými mravy, někteří právníci v něm mohou spatřovat překážku volného pohybu zboží, který by měl být v rámci vnitřního trhu Evropské unie zajištěn. Vzhledem ke zmaření uvedeného podnikatelského záměru revizí slovenské ústavy podala dotčená polská společnost stížnost k Evropské komisi na porušení pravidel volného pohybu zboží. Evropská komise zareagovala na tento podnět zahájením řízení o porušení Smlouvy proti Slovenské republice, což je běžný postup v případě, že existuje podezření z porušení pravidel zakotvených v právu EU.

2. Zahájení řízení o porušení Smlouvy

Cílem řízení o porušení Smlouvy je dosáhnout souladu s právem EU. Je-li tedy narušován volný pohyb zboží, mělo by být předmětné omezení porušujícím členským státem EU odstraněno. Uvedené řízení o porušení Smlouvy je zaevidováno v online databázi Evropské komise obsahující úplný soupis řízení o porušení Smlouvy vedený proti jednotlivým členským státům EU. V příslušné databázi Evropské komise je u předmětného řízení č. 20154225 uvedeno, že Evropská komise zaslala Slovensku formální výzvu podle článku

² Článek 36 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie.

³ Tamtéž.

⁴ Jedná se o ústavní zákon č. 306/2014 Z. z. Tato novela slovenské ústavy změnila a doplnila stávající čl. 4 o tzv. ústavní ochranu vody, označovanou také jako ústavní zákaz vývozu vody.

258 Smlouvy o fungování Evropské unie ohledně pravidel týkajících se exportu vody. Toto řízení figuruje v databázi Evropské komise jako neukončené, autorce se jej však nepodařilo dohledat v databázi Soudního dvora Evropské unie. Je proto pravděpodobné, že stále probíhá pouze administrativní (předsoudní fáze) řízení o porušení Smlouvy.

Předtím, než Komise předloží spor Soudnímu dvoru Evropské unie, snaží se vyjasnit detailní okolnosti případu. Během této předsoudní fáze může Komise řízení také ukončit a žalobu stáhnout, aniž by věc dále postupovala Soudnímu dvoru Evropské unie⁵. V rámci předsoudního řízení náleží členskému státu povinnost připravit si kvalifikovanou obhajobu svého jednání, tedy v projednávaném případě jde o zavedení ústavního zákazu vývozu vody z území Slovenské republiky potrubím či cisternami. Jako kvalifikovaná obrana se nabízí vysvětlení, že voda nepředstavuje běžný exportovatelný statek, ale že se naopak jedná o strategickou surovinu, která je součástí národního bohatství a jako taková si ústavní ochranu zaslouží. Z hlediska povolených omezení volného pohybu zboží přichází v úvahu odůvodnění zájmem ochrany veřejného zdraví, popř. ochrany veřejné bezpečnosti. Státy mají obvykle zákonnou povinnost zajistit zásobování svého obyvatelstva pitnou vodou. Pokud by voda byla z jejich území ve značném rozsahu odčerpána cisternami anebo potrubím, nemohl by příslušný stát dostát své zákonné povinnosti zajistit zásobování obyvatelstva pitnou vodou. Dostatečný přístup k nezávadné pitné vodě je přitom nezbytnou podmínkou udržení a zachování veřejného zdraví.

V anglickém jazyce se rozlišují v souvislosti se zajištěním dostatku potravin dva pojmy, a to „food security“ a „food safety“. Zatímco pojem „food security“ znamená dostupnost dostatku potravin, „food safety“ se vztahuje spíše na nezávadnost potravin. Anglické znění zřizovacích smluv uvádí jako legitimní omezení volného pohybu zboží „public security“, lze si tedy také představit, že omezení vývozu pitné vody ze Slovenské republiky by bylo možné subsumovat pod potřebu zajištění veřejné bezpečnosti spočívající v zásobování obyvatelstva pitnou vodou⁶.

Argumentace Slovenské republiky, která byla oficiálně předložena Evropské komisi jako reakce na zahájení řízení o porušení Smlouvy, není veřejně dostupná, stejně tak, jako není veřejně dostupná ani zpětná reakce Evropské komise na právní stanovisko Slovenské republiky. Snaha autorky dohledat v databázi Soudního dvora Evropské unie, zda Evropská komise nakonec postoupila řízení proti Slovensku ve věci zákazu exportu pitné vody Soudnímu dvoru Evropské unie, byla marná. Lze tedy předpokládat, že Slovensko nadále usiluje diplomatickou cestou o kvalifikovanou právní obranu svého ústavního zákazu exportu pitné vody v cisternách a potrubním. Rovněž ke dni předložení tohoto článku (konec října 2019) nedošlo k vypuštění ochrany pitné vody z platného znění ústavy Slovenské republiky.

3. Náhrada škody za zmařenou investici

Kromě právní argumentace ospravedlňující zákaz exportu pitné vody cisternami či potrubím vyvstává v souvislosti se zmařeným podnikatelským záměrem polské společnosti další právní otázka, a to otázka náhrady škody za zmařenou investici, jejichž technologické

5 SYLLOVÁ, J. a kol. *Lisabonská smlouva. Komentář*. C.H. Beck, 2010, s. 822–823.

6 Tento názor ostatně sdílí i slovenský ústavní právník Balog. Srov. BALOG, B.: *Ochrana vody ako výzva (aj) pre konštitucionalizmus alebo o tom, ako sa potrubie do ústavy dostalo*. Dostupné z: <http://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/ochrana-vody-ako-vyzva-aj-pre-konstitucionalizmus-alebo-o--tom-ako-sa-potrubie-do-ustavy-dostalo> [cit. 15. 10. 2019].

nákladnost musela být značná. Z veřejně dostupných zdrojů vyplývá, že polská společnost Muszynianka mající roční obrat kolem jedné miliardy euro vybudovala dvoukilometrové potrubí podél hraniční řeky mezi Slovenskem a Polskem za 3,7 milionu EUR⁷. Za účelem dosažení náhrady škody polská společnost nejprve usilovala o zahájení rozhodčího řízení proti Slovensku na základě bilaterální dohody o ochraně a podpoře investic mezi Polskem a Slovenskem, ve které se domáhala odškodnění ve výši 75 milionů EUR⁸ za zmaření investice spočívající v nevydání povolení k využívání vodního zdroje ze strany slovenského ministerstva zdravotnictví. Samotné rozhodčí řízení však bylo zatíženo řadou problémů již na svém počátku. Slovensko rozporovalo osobu určenou žalující stranou jako rozhodce z důvodu předpojatosti, nominovaný kandidát na rozhodce určeného žalobcem následně odstoupil. Další ránu probíhajícímu rozhodčímu řízení zasadil Soudní dvůr Evropské unie ještě před ukončením rozhodčího řízení. Soudní dvůr EU vydal 6. března 2018 rozsudek ve věci *Achmea*⁹, ve kterém uvádí, že se na vnitřním trhu EU nelze dovolávat bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic uzavřených mezi členskými státy EU s odůvodněním, že vnitřní trh EU představuje jeden trh, takže *stricto sensu* není možné na tomto trhu realizovat zahraniční investice¹⁰. Společnost, jejíž investice byla zmařena, by tak měla využít soudní cestu své ochrany, protože vzájemné uznávání a výkon rozsudků vydaných soudy jednoho členského státu v občanských a obchodních věcech v jiných členských státech je zaručen nařízením Brusel I bis¹¹. Je tedy nasnadě, že řízení o náhradě škody by nejspíše spadalo do věcné působnosti nařízení Brusel I bis¹². Soudní dvůr Evropské unie vychází z toho, že členské státy Evropské unie mají natolik nezávislé a kvalifikované soudy, že by jejich soudci měli být schopni nestranně rozhodovat i o sporech, ve kterých je žalovanou stranou stát, který hradí jejich platy.

V návaznosti na vydání rozsudku ve věci *Achmea* Soudním dvorem EU stáhla polská společnost žádost o zahájení rozhodčího řízení, protože rozhodčí nález, který by byl ve věci vydán, by nemohl být v Evropské unie vykonán a celé rozhodčí řízení by tím pádem postrádalo smysl, naopak, vygenerovalo by na straně polské společnosti další náklady, které by byly neproduktivní. Soudní dvůr EU ve věci *Achmea* dokonce vyzývá členské státy k tomu, aby retroaktivně nevyplácely náhradu škody, ke které by měly být povinny na základě rozhodčích nálezů opřených o intra-unijní bilaterální dohody o ochraně a podpoře investic. V této souvislosti je zajímavé, že i samotný rozsudek Soudního dvora EU ve věci *Achmea* se týkal právě Slovenska, a to bilaterální dohody o ochraně a podpoře investic uzavřené mezi Nizozemím a Slovenskem, jako jedním z právním nástupců ČSFR, neboť se jedná o dohodu, která byla vyjednána ještě v době existence společného federálního státu.

7 RPAS, A. Intra-EU Investment Protection: *Up the Creek Without a Paddle*. International Institute for Sustainable Development. Investment Treaty News. 12. června 2017. Dostupné z: <https://www.iisd.org/itn/2017/06/12/intra-eu-investment-protection-up-creek-without-paddle-andrej-rapas/> [cit. 15. 10. 2019].

8 Srov. UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator*. Dostupné z: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/761/muszynianka-v-slovakia> [cit. 15. 10. 2019].

9 Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 6. března 2018. *Slovenská republika versus Achmea BV*, Věc C-284/16.

10 Uvedený rozsudek vyvolal v odborné literatuře značný ohlas. Ke konci října 2019 evidovala databáze Soudního dvora EU k tomuto rozsudku 72 komentářů právní nauky. Jedná se tedy o rozsudek zcela přelomového charakteru, který významným způsobem mění stávající způsob ochrany přímých zahraničních investic.

11 V současné době opírají svou ochranu vnitro-unijních „zahraničních“ investic o právo EU přitom jen dva členské státy EU, a to Itálie a Irsko. Ostatní členské státy EU ještě udržují v platnosti některé intra-unijní bilaterální dohody o ochraně a podpoře investic.

12 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Úř. věst. EU L 351, 20.12.2012, s. 1.

Závěr

V současném světě se setkáváme s řadou iniciativ, které usilují o ústavní ochranu vody. Na jedné straně je zde evropská občanská iniciativa¹³, která usiluje o zakotvení práva občanů EU na dostupnou a kvalitní pitnou vodu, na druhé straně je zde snaha některých podnikatelů odvádět potrubím národní zdroje pitné vody mimo území, ve kterém se nacházejí. Autorka se domnívá, že snaha Slovenska o ochranu exportu pitné vody na úrovni ústavy nepředstavuje omezení volného pohybu zboží, ale naopak představuje opatření, které je řádně odůvodněno potřebou zajištění veřejného zájmu na zásobování obyvatelstva pitnou vodou. To je nezbytné pro udržení veřejného zdraví a veřejné bezpečnosti tohoto státu. Je však otázkou, jak bude Evropská komise interpretovat právní obranu Slovenské republiky, a zda se nakonec rozhodne věc předložit Soudnímu dvoru EU, popř. zda žalobu naopak stáhne. Nezbyvá tedy, než vyčkat dalších kroků Evropské komise v tomto směru, popř. výkladu Soudního dvora EU, který by se mohl meritorně vyjádřit k právnímu statusu vody jako obchodovatelného zboží, popř. jako veřejnému statku hodnému ústavní ochrany.

LITERATURA

- [1] ARPAS, A. Intra-EU Investment Protection: Up the Creek Without a Paddle. International Institute for Sustainable Development. *Investment Treaty News*. 12. června 2017. Dostupné z: <https://www.iisd.org/itn/2017/06/12/intra-eu-investment-protection-up-creek-without-paddle-andrej-arpas/> [cit. 15. 10. 2019].
- [2] BALOG, B.: Ochrana vody ako výzva (aj) pre konštitucionalizmus alebo sa potrubie do ústavy dostalo. *Právní prostor*. Dostupné z: <http://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/ochrana-vody-ako-vyzva-aj-pre-konstitucionalizmus-alebo-o--tom-ako-sa-potrubie-do-ustavy-dostalo> [cit. 15. 10. 2019].
- [3] Evropská komise. *Rejstřík evropských občanských iniciativ*. Dostupný z: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful/details/2012/000003/en?lg=cs> [cit. 15. 10. 2019].
- [4] Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Úř. věst. EU L 351, 20.12.2012, s. 1.
- [5] Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 6. března 2018. *Slovenská republika versus Achmea BV*, Věc C-284/16. Zveřejněno v elektronické sbírce rozhodnutí.
- [6] SYLLOVÁ, J. a kol. *Lisabonská smlouva. Komentář*. C.H. Beck, 2010, s. 822–823.
- [7] Smlouva o fungování Evropské unie.

13 Tato evropská občanská iniciativa zaregistrovaná u Evropské komise pod názvem „Water and sanitation are a human right! Water is a public good, not a commodity!“ také už podle svého názvu podporuje spíše slovenské právní stanovisko o tom, že voda není běžná komodita, ale představuje veřejný statek hodný ochrany. Tuto občanskou iniciativu podepsalo ke dni ukončení sběru podpisů 1 659 543 signatářů. Srov. rejstřík evropských občanských iniciativ Evropské komise dostupná z <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful/details/2012/000003/en?lg=cs>.

- [8] UNCTAD. *Investment Dispute Settlement Navigator*. Dostupný z <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/761/muszynianka-v-slovakia> [cit. 15. 10. 2019].
- [9] Ústava Slovenské republiky

Kontaktní adresa autora:
doc. JUDr. Nicole Grmelová, Ph.D.
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
Nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: grmelova@vse.cz

PRACOVNÍ PRÁVO JAKO NÁSTROJ ZVYŠOVÁNÍ ZAMĚSTNANOSTI

Abstrakt: Příspěvek se zabývá aktuální úpravou tzv. forem práce upravených zákoníkem práce a jejím možným vlivem na zaměstnanost, a především pak na potřebu modernizace pracovněprávního zákonodárství, tedy na nové, možné způsoby zaměstnávání jako nástroj zvyšování zaměstnanosti a flexibility pracovního trhu, to vše ve jménu zásady flexicity.

Abstract: The paper deals with the current regulation of the so-called forms of work regulated by the Labor Code and its possible impact on employment, and above all on the need for modernization of labor legislation, new, possible ways of employment as a tool to increase employment and labor market flexibility, in the name of the principle of flexicity.

Klíčová slova: pracovní právo, zaměstnanost, flexicity, flexibilní formy práce.

Key words: labor law, employment, flexicity, flexible forms of work.

Úvod

Autorka vycházejíc z vlastního výzkumu vlivu sociálně-ekonomických systémů (dále také jako „SES“) na konkurenceschopnost zemí, definovala sadu indikátorů SES, které podrobila regresní analýze, tj. analýze vzájemné závislosti proměnné konkurenceschopnosti (jako proměnné závislé, vysvětlované) na takových (nezávislých, vysvětlujících) proměnných, které definují a tvoří SES zemí. Nebylo příliš překvapující, že jako statisticky nejvýznamnější faktory konkurenceschopnosti zemí byly z ukazatelů SES shledány ukazatele zaměstnanosti, konkrétně ukazatel dlouhodobé míry nezaměstnanosti, tedy ukazatel svědčící mimo jiné o ne/efektivitě pracovního trhu, a další ukazatele ovlivňující kvalitu práce, jako je stav veřejných statků, především zdravotního a vzdělávacího systému, kdy tyto jsou v ekonomické teorii označovány jako „sociální infrastruktura“ a tvoří v alternativních růstových teoriích významnou determinantu ekonomického růstu. Výrobní faktor práce je stále nejvýznamnějším determinantem produktivity země, přičemž produktivita země stále zůstává hlavním faktorem konkurenceschopnosti zemí. Jak však práce autorky na téma „Vliv sociálně-ekonomického modelu zemí EU na jejich konkurenceschopnost“ uvádí, stále více na významu nabývají i tzv. neekonomické faktory konkurenceschopnosti, které M. E. Porter, otec konkurenceschopnosti, shrnuje pod pojem „kvalita života“. Ve vyspělých zemích se tak do popředí v oblasti zaměstnanosti dostávají u zaměstnanců takové potřeby, jako je možnost skloubení pracovního a rodinného života (též jako vhodný nástroj a řešení prorodinné politiky), stejně jako požadavky na vyvážený work-life balance, u zaměstnava-

telů naopak možnost flexibilní reakce na změny a výkyvy v poptávce, výrobě, hospodářském cyklu obecně, ale i potřeby pružnějšího systému propouštění a najímání (kvalifikované) pracovní síly, a to s ohledem na potřebu přizpůsobení se rychlému technologickému pokroku. Je proto nezbytné přizpůsobovat i pracovněprávní legislativu potřebám současné doby a (ekonomickým i sociálním) výzvám 21. století. Článek představuje některé formy práce zavedené v jiných členských státech EU, a to za účelem zvýšení flexibility zaměstnávání na svých pracovních trzích a uvažuje jejich zavedení v pracovně právní legislativě ČR.¹

1. Strategie zaměstnanosti a flexicurity

Význam vlivu (míry) ne/zaměstnanosti na produktivitu zemí a jejich konkurenceschopnost si uvědomují jednotlivé státy i Evropská unie jako celek. Jak uvádí Evropská komise, *téměř polovina nezaměstnaných je stále dlouhodobě nezaměstnaných, tj. nezaměstnaných déle než 12 měsíců. Dlouhodobá nezaměstnanost má důsledky pro společnost jako celek, má strašlivé sociální důsledky pro dotčené osoby a má negativní dopad na růst a veřejné finance. Dlouhodobá nezaměstnanost je jednou z příčin přetrvávající chudoby.*² Dlouhodobá nezaměstnanost je proto klíčovou prioritou a výzvou EU v rámci **Evropské strategie zaměstnanosti**, ve které se členské státy Evropské unie společně zavázaly dosáhnout společných cílů v oblasti politiky zaměstnanosti, kdy tyto cíle se též promítly do prorůstové Lisabonské strategie a následné strategie Evropa 2020.³ Za tímto účelem byl vytvořen „*The Employment package*“, který identifikuje největší příležitosti a nejefektivnější způsoby, kterými mohou členské země EU dosahovat cílů v oblasti zaměstnanosti, celkem ve třech hlavních oblastech, a to v oblasti:

- 1) *podpory tvorby pracovních míst* (podporou poptávky po práci, dotací na nábor nových pracovních sil, snížení daně z práce, podpora OSVČ, začínajících a sociálních podniků aj.);
- 2) *reformy pracovních trhů* (podporou vnitřní flexibility společností k ochraně pracovních míst v době krize, podpora slušných a udržitelných mezd, podpora změny práce, poskytování příležitostí pro mládež a zaměstnávání mládeže, snížení segmentace trhu práce mezi osobami v nejistém zaměstnání a osobami se stabilnějším zaměstnáním, rozvoj/podpora celoživotního vzdělávání a aktivní politiky zaměstnanosti, posílení sociálního dialogu, posílení veřejných služeb zaměstnanosti, vytvoření Evropského pracovního trhu (European labour market), odstranění právních a praktických překážek volného pohybu pracovníků, aj.);
- 3) *zefektivnění EU governance* (za pomoci nástrojů, jako je účinný sociální dialog tripartity, posílení vazby mezi politikami zaměstnanosti a příslušnými finančními nástroji aj.).⁴

1 Kačírková, Eliška. *Vliv sociálně-ekonomického modelu zemí EU na jejich konkurenceschopnost*. Praha. 2019. Doktorská disertační práce. Vysoká škola ekonomická v Praze. Fakulta mezinárodních vztahů. Katedra světové ekonomiky. Vedoucí práce doc. Martina Jiránková.

2 Evropská komise. *Zaměstnanost, sociální věci a sociální začleňování – Politiky a činnosti – Evropská strategie zaměstnanosti*. [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=cs>.

3 V oblasti zaměstnanosti jde o cíl dosažení celkové míry zaměstnanosti 75 %.

4 Evropská komise. *Zaměstnanost, sociální věci a sociální začleňování – Politiky a činnosti – Evropská strategie zaměstnanosti – Employment package*. [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1039&langId=en>.

Právě reformy stávajících pracovních trhů se mají nést v duchu principu **flexicurity**. Flexikurita je, dle Stanoviska Evropského hospodářského a sociálního výboru k tématu Koncept flexicurity (2007/C 256/20), *strategie, která se snaží citlivě kombinovat různé typy flexibility a jistoty na trhu práce za účelem zvýšení přizpůsobivosti pracovníků a podniků, jakož i za účelem zajištění jejich stability a ochrany proti rizikům*.⁵

Evropská unie, společně s vládami svých členských zemí, sociálními partnery a akademickou sférou určila v roce 2007 v dokumentu *Sdělení Komise k obecným zásadám flexicurity: větší počet a vyšší kvalita pracovních míst prostřednictvím flexibility a jistoty*, KOM(2007) 359, ze dne 27. 6. 2007, tzv. **společné zásady flexicurity**, které by měly členské státy implementovat za účelem modernizace svých pracovních trhů. Jak Evropská komise uvádí, proces globalizace sice prospívá růstu a zaměstnanosti, avšak je třeba, aby pracovní trhy byly nastaveny tak, aby byla možná rychlá reakce podniků i pracovníků. *Přizpůsobení vyžaduje flexibilnější pracovní trh kombinovaný s úrovní jistoty, která současně reaguje na nové potřeby zaměstnavatelů a zaměstnanců*.⁶ Principy flexicurity by pak měly země naplnit za pomoci kombinace následujících čtyř nástrojů, flexibilních a spolehlivých smluvních ujednání prostřednictvím **moderních pracovních zákonů**; komplexní strategie celoživotního učení; účinné aktivní politiky v oblasti trhu práce, a moderních systémů sociálního zabezpečení.⁷

Z hlediska zacílení příspěvku jsou pak pro flexibilní pracovní trhy významná **Smluvní ujednání**, a potřeba **modernizace pracovně právní legislativy**. Právě rigiditu pracovně právních předpisů a potřebu modernizace pracovněprávní legislativy reflektuje Evropská unie v dokumentu **Zelená kniha – Modernizace pracovního práva**, jejímž cílem je řešit výzvy 21. století, v rámci níž byla rozvíjena právě koncepce flexicurity, neboli koncepce nastavení pracovního práva ve vzájemné vyváženosti flexibility (pružnosti) a ochrany pracovně právních vztahů a pracovních trhů. Hlavním cílem, jak je v úvodu Zelené knihy uvedeno, je *zvýšení schopnosti trhů práce reagovat na změny způsobené dopadem globalizace*.⁸

2. Rigidita a potřeba modernizace pracovně-právní legislativy

Určitým ukazatelem úspěšného zavádění principu flexicurity v pracovněprávní legislativě představuje ukazatel rigidity pracovně právních předpisů, kterou hodnotí OECD za pomoci ukazatele EPL (**strictness of employment protection legislation**). Indikátor může nabývat hodnot 0–6 bodů (nejstriktnější/nejrigidnější), kdy následující graf ukazuje vybrané země EU, včetně ČR.

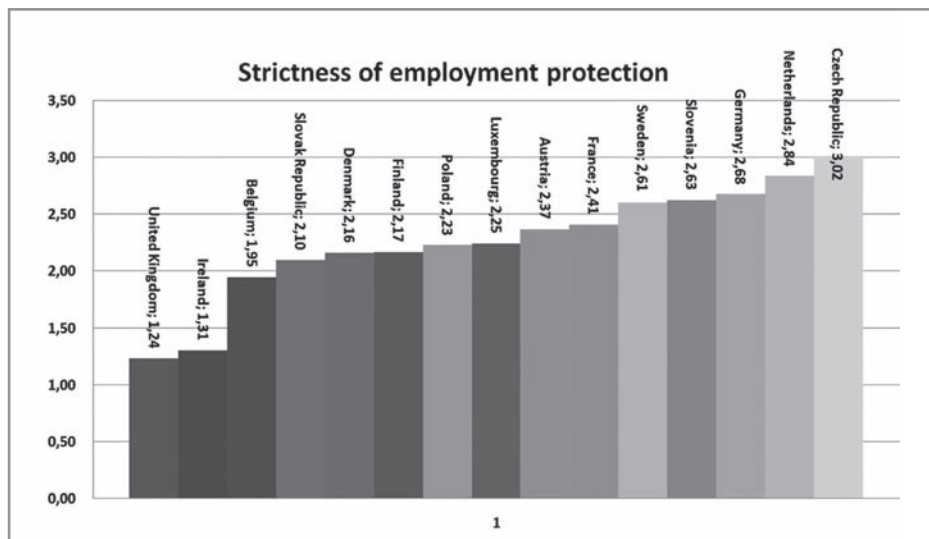
5 Evropská komise. Stanovisko EHSV k tématu Koncept Flexicurity. Úřední věstník Evropské unie C 256/108. [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52007AE0999>.

6 Evropská komise. Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů K obecným zásadám flexicurity: větší počet a vyšší kvalita pracovních míst prostřednictvím flexibility a jistoty (KOM (2007) 359 ze dne 27. 6. 2007). [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0359&from=CS>.

7 Tamtéž, s. 5.

8 Evropský parlament. Zelená kniha. [online]. EP: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0708_/com_com\(2006\)0708_cs.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0708_/com_com(2006)0708_cs.pdf).

Obrázek 2: EPL ve vybraných zemích EU (průměr let 2007–2013)⁹



Rigidní, protekcionistické pracovní právní předpisy zamezují horizontálním i vertikálním pohybům pracovní síly. Dle Sdělení Evropské komise je analyticky dokázáno, že *přísné právní předpisy na ochranu zaměstnanců snižují počet propuštění, avšak snižují rovněž počet přechodů z nezaměstnanosti do zaměstnání*.¹⁰ Stejně tak omezují podniky v nabírání pracovních sil, kdy kalkulují s náklady na jejich případné propouštění. Podniky pak preferují zaměstnávání na dobu určitou a nejisté způsoby zaměstnávání, před zaměstnáním na dobu neurčitou. Česká republika je typickým zástupcem zemí s rigidními pracovními trhy (nejen) díky rigidním pracovníprávním předpisům.

Pokud se týče konkrétních návrhů změny pracovní právní legislativy, pak tyto zpracovává Evropská komise v přílohách svého Sdělení k obecným zásadám flexicurity. Sama EU uvádí, že nelze nastavit jeden model pracovního trhu, je třeba při zavádění principů flexicurity respektovat specifika a odlišnosti jednotlivých zemí. Česká republika, jak již bylo uvedeno, patří nepochybně mezi první skupinu zemí, která se vyznačuje segmentací pracovního trhu z důvodu rigidity pracovních právních předpisů. Evropská komise tyto země popisuje následovně. „*V těchto zemích se smlouvy na dobu neurčitou pokládají za hlavní přístup k ochraně pracovními zákony a kolektivními smlouvami. Rovněž možnosti vzdělávání a podmínky sociálního zabezpečení závisejí na tom, zda má člověk smlouvu na dobu neurčitou. V důsledku snah o zvýšení flexibility trhu práce se zvýšil výskyt smluv na dobu určitou, smluv bez stanovené pracovní doby (on-call), dočasného zaměstnání zprostředkovaného pracovními agenturami atd. Pracovníci mají často dlouhou dobu prodlužované smlouvy na dobu určitou,*

9 OECD. *Employment and Labour Market Statistics – Strictness of employment protection legislation: regular employment*. [online]. OECD: ©2019 [cit. 7.11.2018]. Dostupné z: https://www.oecd-ilibrary.org/employment/data/employment-protection-legislation/strictness-of-employment-protection-legislation-regular-employment_data-00318-en.

10 Evropská komise. *Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů K obecným zásadám flexicurity: větší počet a vyšší kvalita pracovních míst prostřednictvím flexibility a jistoty (KOM (2007) 359 ze dne 27. 6. 2007)*. [online]. EC: ©2019 [cit. 7.11.2018]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0359&from=CS>.

než dosáhnou smlouvy na dobu neurčitou. Takové smlouvy nejsou odrazovým můstkem, ale fungují spíše jako pasti. V těchto zemích jistota spočívá spíše v ochraně pracovního místa než v sociálních dávkách. Proto jsou dávky v nezaměstnanosti spíše nízké a systémy sociální pomoci jsou málo rozvinuté. Orgány poskytující dávky a veřejné služby zaměstnanosti v současné době potřebují institucionální posílení, aby mohly nezaměstnaným poskytovat řádné řízení a účinná aktivní opatření v oblasti trhu práce.“ Charakteristika ČR však v sobě nese i znaky jako je ohrožení specifických skupin zaměstnanců (ženy, svobodné matky, přistěhovalci, osoby se zdravotním postižením, mladí a starší pracovníci) vyloučením z trhu práce, či vyšší procento nezaměstnaných v důsledku restrukturalizace hospodářství. Jaké jsou tedy v případě takových zemí navrhovány konkrétní kroky směrem k flexibilitě a bezpečnosti pracovních trhů?

3. Současná pracovně-právní legislativa a návrhy de lege ferenda

Flexibilita pracovněprávní legislativy, a tedy i pracovně právních vztahů se promítá do takových oblastí pracovněprávních vztahů, jako je například způsob vzniku a skončení PPV, zkušební doba, výpovědní doba, definice neplatnosti výpovědi, úpravy pracovní doby, či **forem pracovně právního vztahu** („formy práce“). Článek následně uvádí některé formy práce zavedené v jiných členských státech EU, a to za účelem zvýšení flexibility zaměstnávání na svých pracovních trzích.

Formy práce neboli formy zaměstnávání rozlišujeme na **klasické formy práce**, to je formy práce upravené zákoníkem práce, ať se již jedná o klasický pracovní poměr, či případně o flexibilnější formy práce, a popracovní poměr na dobu určitou, dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr, či například agenturní zaměstnávání; a dále na **nové (alternativní) formy práce**, doposud zákoníkem práce neupravenými. Ve jménu flexicurity lze zasahovat do stávajících klasických, zákoníkem práce upravených, forem práce, ale i umožnit zavedení alternativních forem práce do praxe. S ohledem na zacílení příspěvku se příspěvek bude zabývat dále pouze alternativními formami práce. Cílem příspěvku je informovat o vybraných, v členských zemích EU již existujících, alternativních formách práce, a vyvolání diskuze o tom, zda lze takové formy práce zavést i v případě ČR. Mezi tyto alternativní formy práce patří:

- ◆ **Sdílení zaměstnanců (employee sharing)**, kdy si zaměstnavatelé najmou pracovníka, který vykonává práci pro tyto zaměstnavatele, různé společnosti, dle jejich dohody a potřeb, kdy výkon práce pro jednotlivé zaměstnavatele v součtu odpovídá plnému pracovnímu úvazku;
- ◆ **Sdílení pracovního místa (job sharing)**, je naopak případ, kdy jeden zaměstnavatel zaměstná na jednu pracovní pozici dva nebo více zaměstnanců, jejichž částečné úvazky opět vytvoří jeden plný pracovní úvazek;
- ◆ **Příležitostná práce (casual work)**, jinak také „on-call práce“, kdy zaměstnavatel přiděluje zaměstnanci práci dle potřeby;
- ◆ **Mobilní práce (ICT-based mobile work)** založená na informačních a komunikačních technologiích, kdy zaměstnanci mohou svoji práci vykonávat za podpory moderních technologií z jakéhokoli místa a v jakoukoli dobu, jedná se de facto od „home working“.

Další alternativní formy práce uváděné v rámci studie Výzkumného ústavu práce a sociálních věcí, jak sami autoři přiznávají, se pohybují na pomezí zaměstnání a výkonu samostatné výdělečné činnosti (OSVČ). Mezi takové pro zajímavost patří:

- ◆ **Práce založená na poukázkách (voucher-based work)**, kdy je práce vykonávána za poukázku, která je zakoupena od oprávněné organizace a zahrnuje mzdu i příspěvky na sociální zabezpečení;
- ◆ **Portfoliová práce (portfolio work)**, kdy OSVČ vykonává práce menšího rozsahu pro velký počet klientů;
- ◆ **Skupinové zaměstnání (crowd employment)**, kdy zaměstnavatelé i pracovníci hledají zaměstnání pomocí on-line platformy, přičemž často dochází k rozdělování velkých úkolů mezi „virtuální skupinu“ pracovníků;
- ◆ **Zaměstnání založené na spolupráci (collaborative employment)**, kdy spolupracují pracovníci na volné noze, osoby samostatně výdělečně činné nebo mikropodniky, aby překonali omezení plynoucí z jejich velikosti a profesní izolace.¹¹

Formy práce jsou českým právem upraveny samozřejmě již zmiňovaným zákonem č. 262/2006 Sb., zákoníkem práce, který zná již uváděný klasický pracovní poměr a flexibilnější formy práce, jako je pracovní poměr na dobu určitou, či dohody konané mimo pracovní poměr. V praxi se též vyskytují vztahy mezi „zaměstnancem“ a „zaměstnavatelem“, buď podle zákona č. 455/1991 Sb., zákona o živnostenském podnikání, nebo podle zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, (smlouva o dílo, mandátní smlouva atd.). Pokud však vztah mezi „zaměstnavatelem“ a „zaměstnancem“ vykazuje znaky závislé práce upravené v ustanovení § 2 Zpr, jedná se o tzv. *zastřené právní jednání*. Byť jsou takové formy práce nelegální, objevují se v praxi, protože zkrátka pracovní trh vyžaduje existenci flexibilnějších forem zaměstnávání. Z daného důvodu je třeba tyto zakotvit do zákoníku práce.

Autorka tohoto příspěvku má především za to, že z výše uvedených flexibilních forem zaměstnávání by v nejbližší době měly být zákoníkem práce zakotveny především takové formy práce, které se v jiných členských zemích EU osvědčily jako dobrá praxe. Jedná se především o **sdílenou práci/pracovní místo (job sharing)**, a dále o **mobilní práci (home working)**.

Sdílená práce je v zemích Německa a Rakouska známá jako „*Kurzarbeit*“, ve Francii jako „*Chômage partiel*“ („partial unemployment“ nebo „dočasná nezaměstnanost“), v USA zase jako „*Shared work program*“. Sdílená práce funguje na principu, kdy zaměstnavatel hradí poměrnou část mzdy připadající na pracovníka za vykonanou práci. Zbýlá práce, mzda, resp. částečná nezaměstnanost je doplácena ze strany státu. Uvažovat lze dvě varianty financování „částečné nezaměstnanosti“, a to buď z fondů vytvářených z povinných odvodů zaměstnavatelů, nebo dávkou z povinného pojištění nezaměstnanosti. Dávka by se doplácela do výše „plného úvazku“ se zastropováním průměrné mzdy v ekonomice. K aktuálnímu stavu legislativy v otázce zakotvení sdílené práce lze uvést, že je součástí programového prohlášení vlády. Práce na legislativě jsou však na samém počátku, předpokládat lze ovšem převzetí existující praxe z některých z výše uvedených zemí.¹²

11 KYZLINKOVÁ, Renáta, Petr POJER a Soňa VEVRKOVÁ. *Nové formy zaměstnávání v České republice*. I. vydání. Praha: VÚPSV, 2019.

12 V době zpracování článku je v Poslanecké sněmovně zařazen do programu jednání návrh novely zákoníku práce (sněmovní tisk č. 689), který se mj. věnuje právě problematice úpravy sdíleného pracovního místa. Právní úprava mobilní práce (home workingu) zůstává beze změny.

Mobilní práce, či home working, jak již příspěvek uváděl, je zákoníkem práce aktuálně upraven v přechodných ustanoveních § 317 zákoníku práce. Upravuje případy pracovních vztahů zaměstnance, který nepracuje na pracovišti zaměstnavatele, ale podle dohodnutých podmínek pro něj vykonává sjednanou práci v pracovní době, kterou si sám rozvrhuje. Rigiditu takové právní úpravy, a tedy i omezení užívání home office v praxi, způsobuje fakt, že dle daného ustanovení se na daného pracovníka nevztahuje úprava rozvržení pracovní doby, prostožů ani přerušování práce způsobené nepříznivými povětrnostními vlivy, dále při jiných důležitých osobních překážkách v práci mu nepřísluší náhrada mzdy nebo platu, nestanoví-li prováděcí právní předpis jinak (§ 199 odst. 2) nebo jde-li o náhradu mzdy nebo platu podle § 192; pro účely poskytování náhrady mzdy nebo platu podle § 192 platí pro tohoto zaměstnance stanovené rozvržení pracovní doby do směn, které je zaměstnavatel pro tento účel povinen určit, stejně jako mu nepřísluší mzda nebo plat nebo náhradní volno za práci přesčas ani náhradní volno nebo náhrada mzdy anebo příspětek za práci ve svátek. V roce 2017 bylo záměrem zákonodárce novelizovat zákoník práce, a to právě s cílem podrobnější a specifické úpravy práce na dálku, ta však nebyla přijata, tedy se rozšíření home working česká pracovní právní legislativa nedočkala. Užívání home office tak omezují především nejasnosti v otázce hrazení nákladů vznikajících zaměstnancům v souvislosti s výkonem práce, stejně jako náklady na zřízení „domácího pracovního místa“, otázky možnosti kontroly práce ze strany zaměstnavatele, ale i třeba otázky BOZP a náhrad v souvislosti s pracovním úrazem.. Je třeba tento druh práce upravit zákoníkem práce specificky, dopodrobna, tak, aby se zvýšila jistota zaměstnance, ale i zaměstnavatele v dané formě zaměstnávání, a tím se podpořila i její využitelnost v praxi.

Závěr

Jak tedy vyplývá z výše uvedeného příspěvku, současnou právní úpravu (zákoník práce) lze považovat za (do jisté míry) rigidní úpravu, která neodpovídá potřebám zaměstnavatelů, ale i zaměstnanců, výkyvům v hospodářských cyklech, rozvoji technologií a sociálním změnám, především preferenci určité kvality života. Zákoník práce sice do jisté míry vnáší flexibilitu do pracovních právních vztahů, a to existencí flexibilnějších forem práce, tj. pracovními poměry na dobu určitou, dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr, a částečně i úpravou home working, ta je však nedostatečná. V praxi jiných členských zemí EU se objevují nové flexibilní formy práce, které jsou již dobrou, ověřenou praxí, a tedy ji lze zavést i v ČR, samozřejmě s adaptací na konkrétní charakteristiky a potřeby českého pracovního trhu. Jedná se především o formu práce sdíleného pracovního místa. Vhodné by bylo též upravit sdílení zaměstnanců. Je tedy neoddiskutovatelná potřeba novelizace zákoníku práce v oblasti nových forem práce, ovšem, nelze zapomínat na to, že je třeba tyto změny v oblasti pracovního práva činit za současných změn v oblasti vzdělávání pracovníků, veřejných služeb zaměstnanosti a sociálního systému, kdy všechny tyto systémy musí změny pracovní právní legislativy podpořit v tom smyslu, že musí zajistit pracovníkům lepší přechod mezi zaměstnáními, ať již za pomoci zvyšování jejich kvalifikace, nabídkou pomoci při hledání práce (veřejné platformy pracovních míst), či finanční pomoci v době změny pracovní pozice.

LITERATURA

- [1] Evropská komise. *Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů K obecným zásadám flexikurity: větší počet a vyšší kvalita pracovních míst prostřednictvím flexibility a jistoty (KOM (2007) 359 ze dne 27. 6. 2007)*. [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0359&from=CS>.
- [2] Evropská komise. *Stanovisko EHSV k tématu Koncept Flexikurity*. Úřední věstník Evropské unie C 256/108. [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52007AE0999>.
- [3] Evropská komise. *Zaměstnanost, sociální věci a sociální začleňování – Politiky a činnosti – Evropská strategie zaměstnanosti*. [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=cs>.
- [4] Evropská komise. *Zaměstnanost, sociální věci a sociální začleňování – Politiky a činnosti – Evropská strategie zaměstnanosti – Employment package*. [online]. EC: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1039&langId=en>.
- [5] Evropský parlament. *Zelená kniha*. [online]. EP: ©2019 [cit.7.11.2018]. Dostupné z: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0708_/com_com\(2006\)0708_cs.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0708_/com_com(2006)0708_cs.pdf).
- [6] KAČÍRKOVÁ, E.: *Vliv sociálně-ekonomického modelu zemí EU na jejich konkurenceschopnost*. Praha. 2019. Doktorská disertační práce. Vysoká škola ekonomická v Praze. Fakulta mezinárodních vztahů. Katedra světové ekonomiky. Vedoucí práce Doc. Martina Jiránková.
- [7] KYZLINKOVÁ, R., POJER P., VEVERKOVÁ S.: *Nové formy zaměstnávání v České republice*. I. vydání. Praha: VÚPSV, 2019. ISBN 978-80-7416-337-1.
- [8] OECD. *Employment and Labour Market Statistics – Strictness of employment protection legislation: regular employment*. [online]. OECD: ©2019 [cit. 7.11.2018]. Dostupné z: https://www.oecd-ilibrary.org/employment/data/employment-protection-legislation/strictness-of-employment-protection-legislation-regular-employment_data-00318-en.
- [9] SAMEK, V.: *Odborový pohled na flexibilní formy práce*. In: Flexibilní formy zaměstnávání. Brno: ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS IURIDICA, 2010, s. 132–180. ISBN 978-80-210-5358-8.
- [10] Sněmovní tisk 689, část č. 1/8, novela zákoníku práce.
- [11] Zákon č. 262/2006 S., zákoník práce.

Kontaktní adresa autora:

Ing. Mgr. Eliška Kačírková, Ph.D.

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: eliska.kacirkova@vse.cz

ŘÍZENÁ PRACOVNÍ MIGRACE

Abstrakt: Právní rámec řízení pracovní migrace se soustřeďuje především na regulaci vstupu nebo pobytu cizích státních příslušníků jiné země. Související legislativa zemí EU je extrémně komplikovaná a často není v silách ani zkušených právníků se v ní zorientovat. Snahy o časté novelizace a množství nedostupných interních výkladů směrnic a pokynů v jednotlivých členských státech činí porozumění jakéhokoli cizince, především svému postavení, právům a povinnostem aj. v podstatě nemožným, a to včetně jednoduchého požadavku se dle znění patřičných zákonů chovat. Tato problematika je dále umocněna komplikovanými správními řízeními a výklady judikatury Evropského soudního dvora. Cílem příspěvku je vystihnout základní pojmy a obecné předpoklady řízené pracovní migrace.

Abstract: The legal framework of managed labour migration focuses mainly on regulating the entry or residence of foreign nationals in another country. Related legislation by EU countries is extremely complicated and is often not in the power of even experienced lawyers to navigate it. Efforts to amend frequent and the number of unavailable internal interpretations of directives and guidelines in each Member State make the understanding of any foreigner, in particular their status, rights and obligations, in principle impossible, including a simple requirement to behave according to the wording of the applicable laws. This issue is further exacerbated by complicated administrative procedures and interpretations of the case-law of the European Court of Justice. The aim of the contribution is to capture the basic concepts and general assumptions of managed labour migration.

Klíčová slova: pracovní migrace, řízená pracovní migrace, migrační politika, demografická křivka.

Key words: labour migration, managed labour migration, migration policy, demographic curve.

Úvod

Pracovní síla a její množství, dostupnost, kvalita a použitelnost je jedním z pilířů ekonomického růstu každé země. Potenciál v oblasti dostatku vlastní pracovní síly vyspělých ekonomik Evropy, Spojených států a asijských tygrů je dlouhodobě stagnující a demografický vývoj do roku 2100 můžeme rozdělit na dvě části – mírně stoupající do roku 2044 a rychle klesající do roku 2080. Podle predikce EUROSTATU z října 2019 se v následujících sto letech bude měnit především počet starších obyvatel EU-28 (>=65let), k počtu aktivně

pracujících mezi 14–65 rokem.¹ V roce 2018 připadalo v zemích EU-28 na 100 aktivně pracujících 30,5 překračující aktivní pracovní věk (důchodového věku); v roce 2050 to bude 49,9 a v roce 2080 více než 54 aktivně nepracujících. Tento vývoj demografické křivky ukazuje na dva základní problémy celé evropské ekonomiky. Na jedné straně půjde o zvyšování zátěže sociálního systému zemí EU-28 a na druhé straně bude vážně ohrožen jejich ekonomický růst, úzce spjatý s množstvím základního ekonomického zdroje – volné pracovní síly.² Ekonomická teorie spojuje pojem pracovní migrace především s pozitivním vlivem na ekonomiku přijímajících států.

Tento vývoj a předpoklady s ním spojené nejsou nové a v rámci dlouhodobých plánů s ním počítá každá odpovědná vládní garnitura. To je jedním z důvodů, proč se hovoří stále více o Industrializaci 4.0 a s ní spojeným tlakem na zvyšování kvality pracovní síly. Tento tlak vyvolává na jedné straně pocit zaměstnavatelů, že dělají maximum pro zvyšování produktivity pracovníků a kvality výrobků, ale na druhé straně se ne vždy otevřeně mluví o snižování pracovních míst s touto restrukturalizací spojených. S tímto dopadem technologické inovace a restrukturalizační snahou se stále více otevírají otázky právní ochrany zaměstnanců nového typu.³ Jde především o vytváření legislativy související s daleko pružnějšími individuálními vztahy v oblasti pracovního práva, kde dynamika a flexibilita (flexibilita a ochrana pracovních míst, sociální jistoty) již u nás nejsou neznámými termíny. Především v oblastech zkrácených pracovních úvazků, uzavírání atypických pracovních smluv a vytváření sdílených pracovních poměrů musíme velmi rychle najít společná a schůdná řešení.⁴

Přes ovlivnění zvyšujících se potřeb pracovní síly industrializací ukazují demografické křivky na stále prohlubující se deficit pracovní síly po roce 2040. Jedním z možných řešení je bezesporu důslednější využití pracovní migrace nebo dokonce novější možnost spojenou s řízenou pracovní migrací. Migrace se obecně dotýká základních zásad chování a upořádání státu. Cílené změny v právních předpisech jsou svým správným záměrem schopny ovlivňovat a řídit proces, kdo může vstoupit nebo legálně pobývat v hostitelské zemi, nebo kdy se může a za jakých podmínek přistěhovat jeho rodina, a ta může získat občanství dané země, nebo jak získat volební právo, případně jak hluboký dopad může mít na sociální normy, hodnoty a instituce dané země. Důležitým aspektem je uvědomění si, že pojmy jako migrace nebo pracovní migrace nejsou nové, ale lidé hledali místo a podmínky pro lepší život vždy. V současnosti je obecný pojem migrace a jeho chápání ovlivněn v EU-28 negativně, především problémy spojenými s migrační vlnou z poslední dekády, sociálním aspektem vytvářeným při interpretaci statistických dat [Tabulka 1] a nedostatečnou informovaností k pojmu migrace, kterou trpí více než 60 % obyvatel EU-28.⁵

1 ZDROJ: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00200/default/line?lang=en>.

2 HASSAN, K., SALIM, R., *Population ageing, income growth and CO2 emission*, *Journal of Economic Studies*, Vol. 42 No. 1, pp. 54–67.

3 FREY, C., OSBORNE, M. *The future of employment: how susceptible are jobs to computerization*. *Technological Forecasting & Social Change*, Volume 114, s. 254–280.

4 KAINZ, A. *Iniciativa průmysl 4.0 a právní ochrana zaměstnance v ČR*. Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2017, s. 105–111.

5 OECD. *International Migration Outlook 2019*, OECD Publishing, Paris, 2019, s. 10.

Tabulka 1 – Počet migrantů příchozích do zemí EU-28 (migrační cesty Itálie, Španělsko a Malta)

ROK	PŘÍCHOZÍ**	ZEMŘELÍ NEBO NEZVĚSTNÍ
2014	225.455	3.538
2015	1.032,408	3.771
2016	373.652	5.096
2017	185.139	3.139
2018	141.472	2.277
2019*	87.544*	1.071*

Zdroj: DATA OECD / 2019 OPERATIONAL PORTAL <https://data2.unhcr.org/en/situations>
 * STAV K 14.10.2019

1. Základní pojmy

K správné interpretaci problémů v oblasti pracovní migrace je nutná znalost základních pojmů tak, aby nedocházelo k nepřesnému zobecňování a přisuzování důležitosti podobným pojmům.

1.1 Migrace

Z hlediska klasické teorie se mezinárodní migrace týká hlavně hospodářských faktorů, aby dokázala správně popsat a vysvětlit migrační přesuny na úrovni makro – a rozhodnutí o migraci na mikro – úrovni.⁶ Zjednodušení jen na ekonomické faktory je velmi zavádějící a nesprávné. V dnešní době je nutné přistupovat i k ekonomickým výkladům pojmů s přihlédnutím k sociálním vztahům v rámci společnosti a práva, při současném nacházení podobností v historickém kontextu. Odkaz na kumulativní vývoj migračních řetězců a migrační sítě jsou identifikovány především z národnostní a mezinárodní prostorové perspektivy. Výsledkem musí být závěry vycházející ze syntézy různých oborů, přístupů a vysvětlení. Migrace je definována jako „Každá změna adresy trvalého bydliště“⁷ prostorově týkající se stejného státního útvaru nebo mezinárodně.

1.2 Pracovní migrace

Pro správné pochopení pojmu legální pracovní migrace je nutné odlišit ho od několika běžně používaných pojmů, které jsou si významově blízké a tím i v mnoha případech zaměnitelné. Důvodem zaměnitelnosti je různý výklad stejného pojmu pro potřeby odlišných světových organizací, jako jsou Mezinárodní organizace pro migraci (IOM), Mezinárodní organizace práce (ILO) nebo Světová zdravotnická organizace (WHO).⁸ Pracovní migrant je osoba, pracovník, která se aktivně pohybuje mimo území svého trvalého pobytu a aktivně

6 HAUG, S. *Klassische und neuere Theorien der Migration*. Mannheim: Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung. Mannheim: MZES, 2000, s. 5.
 7 WAGNER, M. *Räumliche Mobilität im Lebensverlauf: eine empirische Untersuchung sozialer Bedingungen der Migration*. Stuttgart: F. Enke, 1989, s. 20–25.
 8 SIMON, J., KISS, N., ŁASZEWSKA, A. *A Review of the Evidence on Health Status for Labour Migrants in the EU Region*. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2015, s. 2.

vyhledává změnu pracovního místa nebo pracovního uplatnění, ale zároveň využívá sociálně-právního systému v rámci mezinárodně rozlišitelných státních útvarů.⁹

1.3 Důvody legální pracovní migrace

Důvodem čisté (migrace nevynucená) pracovní migrace jsou především předpoklady ekonomické a sociální. K hlavním sociálním důvodům patří problematika sociálních systémů, seberealizace, vzdálenosti, historie, kultury a bezpečí. Ekonomické důvody, kdy základní shrnutí najdeme například v knize Bartika (*Who Benefits from State and Local Economic Development Policies?* 1991) a můžeme je zobecnit na problematiku pracovního trhu, zaměstnanosti, mezd a přesunu peněz, daní a obecně nákladů přiřaditelných k pracovní síle.

1.4 Řízená pracovní migrace

Ohraničuje oblast pracovní migrace na část řízenou zásahy zvenčí a ovlivňující neviditelnou schopnost trhu si sám vytvářet pravidla a mechanismy k optimálnímu fungování. Tato oblast je velmi citlivá a pravomoci stále zůstávají na vládách jednotlivých zemí i přes veškerou snahu tento problém řešit globálně. To je případ i zemí EU-28. V ten samý okamžik někde pracovní síla chybí a její nedostupnost vyvolává stále palčivější otázky dalšího ekonomického rozvoje dané oblasti, země, kontinentu a někde je jí nezvladatelně tolik, že podniká jakékoliv kroky k tomu, aby se dostala do místa její potřeby. Podle posledních výzkumů v zemích OECD, došlo v těchto zemích v roce 2016 k příchodu 4,4 a v roce 2017 4,9 miliónu migrantů hledajících práci. V zemích EU pracovní migrace, včetně příhraničních pracovníků, zvyšuje téměř o 1 % celkový počet všech zaměstnaných osob. Tedy dočasní pracovní migranti přispívají nejvíce do odvětví stavebnictví a výroby.¹⁰ Řízená migrace pracovní síly je jednou z alternativních možností postupu a řízení pracovního trhu vládou v globálním světě, mezi na jedné straně přetopenými a na druhé straně volnějšími oblastmi ekonomického rozvoje.

2. Pracovní migrace v EU

Pracovník migrant z pohledu mezinárodního práva je především lidská bytost a jako takovému mu přísluší základní lidská práva.¹¹ V EU je tato oblast, tedy oblast pracovní migrace, řešena ve dvou úrovních. První úroveň je daná jednotným vnitřním trhem a volným pohybem osob, zboží, služeb a kapitálu, zajištěným články 26–45 SFEU¹². Druhá úroveň je nastavena k členům EHP a k nečlenským státům. Lze ovšem zobecnit, že Unie nemá výlučnou pravomoc v oblasti pracovního práva. Tato legislativa stále patří jednotlivým členským státům a je ovlivňována, upravována skrze politiku EU přijatými směrnici a nařízeními. V oblasti pracovní migrace je nutné rozdělit legislativu na stávající, dotýkající se a aplikovatelnou přímo (v ČR např. zákon č. 326/1999 Sb. o pobytu cizinců na území České republiky) a aplikovatelnou nepřímo (Ústava, Základní listina práv a svobod, sociální zabezpečení,

9 UNITED NATIONS. *Essentials of Migration Management: A Guide for Policy Makers and Practitioners*. 2005. New York: United Nations, 2005, s. 15.

10 OECD. *International Migration Outlook 2019*, OECD Publishing, Paris, 2019, s. 16.

11 RUHS, M. *The price of rights: regulating international labour migration*. Princeton. Princeton University Press, 2013, s. 27.

12 Smlouva o fungování EU.

daně atd.). V rámci základních směrů práva jde především o ochranu práv osobnostních, ochranu procesu pracovní migrace a legislativa k podpoře pracovní migrace. V některých zemích je problematika migrace včleněna do ústavních zákonů nebo je jejich pevnou součástí a v některých jde o speciální zákony o pracovní migraci, jako například v České republice jde o soustavu zákonů a nařízení tuto oblast upravujících a v Bulharsku existuje zákon o pracovní migraci. Všichni občané zemí EU pracující mimo jejich zemi jsou právně pracovním migrantem a občanem jiného členského státu, a to i přesto, že všichni obyvatelé mají nárok na unijní občanství. „Každá osoba, která má státní příslušnost členského státu, je občanem Unie. Občanství Unie nenahrazuje, nýbrž doplňuje státní příslušnost členského státu“¹³. V České republice bylo k 31. 12. 2018 evidováno, podle statistik úřadů práce, 568.676 zahraničních pracovníků. Z nich 65 % přišlo ze zemí EU/EHP a 35 % z třetích zemí.

Tabulka 2: Zahraniční zaměstnanost v ČR v roce 2018 – stav k 31. 12. 2018

Stav ke dni 31. prosince 2018		Občané členských států EU/EHP a Švýcarska, včetně jejich rodinných přísl.	Cizinci ze třetích zemí
Vstup na trh práce na základě pracovního povolení	Zaměstnanecká karta	x	45 293
	Povolení k zaměstnání	x	31 495
	Modrá karta	x	590
	Celkem	x	77 378
Volný vstup na trh práce		366 624	124 674
Celkem		366 624	202 052
		568 576	

Zdroj: Ministerstvo práce a sociálních věcí

Závěr

Pracovní migrace je v Evropě vzhledem k demografické křivce a dlouhodobě udržitelnému hospodářskému rozvoji EU ekonomicky nutná. Proto, aby byla i pro samotné Evropany výhodná, je nutné provést mnoho legislativní práce na úrovni samotné Unie, a především v rámci koordinace přístupů a zákonných opatření mezi jednotlivými státy jednotného vnitřního trhu. Jde především o nastavení srozumitelných pravidel pro své občany a pravidel pro občany EHP nebo třetích zemí. Otázkou zůstává, jestli ochrana jednotného vnitřního trhu a práv jeho občanů by měla být nadřazena právům osob z nečlenských zemí. Podle mého názoru panuje v některých členských zemích politika využití maxima, tedy z toho, co nám legální pracovní migrace může přinést využijme co nejvíc, ale použijme na to co možná nejméně svých zdrojů. Na takovém základě bylo a je postaveno mnoho režimů, které nazýváme v Evropě nedemokratické. To je zásadní důvod pro legislativní kroky, které pracovní migraci a migranty ochrání i jen proto, abychom jim dali to, co chceme mít sami.

13 SYLLOVÁ, J. *Lisabonská smlouva: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2010. čl. 20.

LITERATURA

- [1] BARTIK, T. J. *Who Benefits from State and Local Economic Development Policies?* W.E. Upjohn Institute, 1991 [cit. 2019-10-29]. DOI: 10.17848/9780585223940. ISBN: 9780585223940.
- [2] FREY, C., OSBORNE, M. *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation.* Technological Forecasting & Social Change, 2017, Volume 114, s. 254–280. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.techfore.2016.08.019>.
- [3] HASSAN, K., SALIM, R. *Population ageing, income growth and CO2 emission.* Journal of Economic Studies, 2015, Vol. 42 No. 1, s. 54–67. <https://doi.org/10.1108/JES-04-2013-0046>.
- [4] HAUG, S. *Klassische und neuere Theorien der Migration.* Mannheim: Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung. Mannheim: MZES, 2000. ISSN: 1437-8574.
- [5] *Iniciativa průmysl 4.0 a právní ochrana zaměstnance v ČR.* Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2017, 308 s., ISBN: 978-80-88055-03-7.
- [6] MALÍŘ, J., DOLEŽAL, T. *Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod a zdravotnictví: současný stav a perspektivy.* Praha: Wolters Kluwer, 2016. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7552-224-5.
- [7] OECD (2019), *International Migration Outlook 2019*, OECD Publishing, Paris, 2019. <https://doi.org/10.1787/c3e35eec-en>.
- [8] RITCHEY, P.N. *Explanations of Migration.* in: Annual Review of Sociology. 1976, Vol. 2, s. 363–404.
- [9] RUSH, M. *The price of rights: regulating international labour migration.* Princeton. Princeton University Press, 2013. ISBN: 9780691132914.
- [10] SIMON, J., KISS, N., ŁASZEWSKA, A., *A Review of the Evidence on Health Status for Labour Migrants in the European Region.* Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2015. (Health Evidence Network Synthesis Report, No. 43.) ANNEX 2, DEFINITIONS OF LABOUR MIGRANTS. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK379428/>.
- [11] SYLLOVÁ, J. *Lisabonská smlouva: komentář.* Praha: C.H. Beck, 2010. Beckova edice komentované zákony. ISBN: 978-80-7400-339-4.
- [12] WAGNER, M. *Räumliche Mobilität im Lebensverlauf: eine empirische Untersuchung sozialer Bedingungen der Migration.* Stuttgart: F. Enke, 1989. ISBN 3432978014.
- [13] ZIPF, G. K. *The P1*P2/D Hypothesis: On the Intercity Movement of Persons.* in: American Sociological Review, XI, 1946, s. 677–686.
- [14] UNITED NATIONS. *Essentials of Migration Management: A Guide for Policy Makers and Practitioners.* New York: United Nations, 2005. ISBN: 978-9290682141.
- [16] *Úplné znění Ústavního zákona České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky: Úplné znění Usnesení České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky; některé další související*

právní předpisy. Vydání: čtrnácté. Praha: Armex Publishing, 2019. Edice kapesních zákonů. ISBN: 978-80-87451-66-3.

Kontaktní adresa autora:

Ing. Bc. Aleš Kainz

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: kaia02@vse.cz

PROLOMENÍ POVINNOSTI MLČENLIVOSTI SPRÁVCE DANĚ VŮČI ORGÁNŮM ČINNÝM V TRESTNÍM ŘÍZENÍ OHLEDNĚ TRESTNÉHO ČINU POŠKOZENÍ VĚŘITELE

Abstrakt: Cílem příspěvku je zodpovězení otázky, zda je správce daně vázán povinností mlčenlivosti dle § 52 zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu, ve znění pozdějších předpisů, a to ohledně trestného činu poškození věřitele zakotveného v § 222 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů. Na první pohled se může jevit, že tato povinnost není ve vztahu k uvedenému trestnému činu prolomena, neboť tento trestný čin není obsažen v taxativním výčtu trestných činů zakotveném v § 53 odst. 2 daňového řádu. Za klíčové lze v této souvislosti považovat zodpovězení otázky, jakou roli zde hraje § 53 odst. 1 písm. c) bod 2. daňového řádu.

Abstract: The article aims to answer the question whether the tax administrator is bound by the confidentiality obligation pursuant to Section 52 of Act No. 280/2009 Coll., the Tax Rules, as amended, regarding the criminal offence of harming creditors stipulated in Section 222 of Act No. 40/2009 Coll., the Criminal Code, as amended. At first sight, it may seem that this obligation is not breached in relation to the stated criminal offence as this criminal offence is not included in the exhaustive list of criminal offences stipulated in Section 53 (2) of the Tax Code. In this respect, the key is to establish the role of Section 53 (1) (c) (2) of the Tax Code.

Klíčová slova: správce daně, orgány činné v trestním řízení, povinnost mlčenlivosti, poškození věřitele.

Key words: tax administrator, prosecuting bodies, confidentiality obligation, harming creditors.

Úvod

Poměrně častou praxí orgánů činných v trestním řízení (dále jen „OČTŘ“) posledních let je zasílání poučení poškozeného dle § 46 zákona č. 141/1961 Sb., trestního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „TŘ“ či „trestní řád“) správci daně ve vztahu k trestnému činu

poškození věřitele, který je upraven v § 222¹ zákona č. 40/2009 Sb., trestním zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „TZ“ či „trestní zákoník“).

V této souvislosti se poté může jevit problematickým rozsah konkrétních procesních oprávnění správce daně v trestním řízení, neboť ten může být limitován povinností mlčenlivosti dle § 52 zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „DŘ“ či „daňový řád“).

Je poté zřejmé, že zodpovězením otázky prolomení povinnosti mlčenlivosti správce daně vůči OČTŘ ve vztahu k trestnému činu poškození věřitele se musí zabývat rovněž podnikatelská veřejnost, neboť se jedná o otázku spojenou se zřejmými dopady do sféry činnosti podnikatelských subjektů.

1. Obecně k povinnosti mlčenlivosti správce daně

Jak bylo naznačeno výše, institut daňové mlčenlivosti je upraven v § 52 a násl. daňového řádu². Tato povinnost dopadá mimo jiné na úřední osoby správce daně, které jsou povinny zachovávat mlčenlivost o tom, co se při správě daní dozvěděly o poměrech jiných osob. Údaje chráněné daňovou mlčenlivostí jsou tedy získávány, resp. se s nimi seznamují úřední osoby jako vykonavatelé správy daní. Seznámení se s těmito údaji a jejich případné držení a jiné zpracování je tedy výkonem veřejné moci.

Ochrana údajů pokrytých daňovou mlčenlivostí ovšem není neomezená, ale existuje řada zákonných průlomů do této mlčenlivosti. Tyto průlomy jsou zásadní podmínkou toho, aby údaje kryté daňovou mlčenlivostí byly konkrétnímu orgánu či osobě poskytnuty, přičemž se musí vzhledem ke striktnímu a speciálnímu charakteru daňové mlčenlivosti jednat o průlomy adresné, které nevzbuzují pochyb, že jsou zacíleny právě na daňovou mlčenlivost. Daňovou mlčenlivost tak lze v principu prolomit pouze dvěma způsoby, a to buď explicitním prolomením (např. § 53 daňového řádu), anebo prolomením implicitním, kdy zákonná norma přímo ukládá správci daně určité povinnosti či uspořádává jeho právní vztahy tak, že bez prolomení daňové mlčenlivosti by daná právní norma nemohla být vůbec realizována (např. § 238 daňového řádu).

1 § 222 TZ: „(1) Kdo, byť i jen částečně, zmaří uspokojení svého věřitele tím, že

a) zničí, poškodí, zatají, zcizí, učiní neupotřebitelnou, nebo odstraní, byť i jen část svého majetku,

b) postoupí svou pohledávku, anebo převezme dluh jiného,

c) zatíží věc, která je předmětem závazku, nebo ji pronajme,

d) předstírá nebo uzná neexistující právo nebo závazek,

e) předstírá nebo uzná právo nebo závazek ve větším rozsahu, než odpovídá skutečnosti,

f) předstírá splnění závazku, nebo

g) předstírá úpadek nebo svůj majetek jinak zdánlivě zmenšuje nebo předstírá jeho zánik,

a způsobí tím na cizím majetku škodu nikoli malou, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo zákazem činnosti.

(2) Stejně bude potrestán, kdo, byť i jen částečně, zmaří uspokojení věřitele jiné osoby tím, že

a) zničí, poškodí, zatají, zcizí, učiní neupotřebitelnou nebo odstraní, byť i jen část majetku dlužníka, nebo

b) k majetku dlužníka uplatní neexistující právo nebo pohledávku nebo existující právo nebo pohledávku ve vyšší hodnotě či lepším pořadí než jaké má, a způsobí tím na cizím majetku škodu nikoli malou“.

2 § 52 odst. 1 DŘ: „Úřední osoby a osoby zúčastněné na správě daní jsou vázány povinností mlčenlivosti o tom, co se při správě daní dozvěděly o poměrech jiných osob. To neplatí pro daňový subjekt, pokud jde o informace získané nebo použité při správě jeho daní“.

2. Explicitní prolomení povinnosti mlčenlivosti správce daně

Již na první pohled je zřejmé, že se v případě trestného činu poškození věřitele nejedná o tzv. explicitní prolomení daňové mlčenlivosti ve smyslu § 53 odst. 2 daňového řádu, neboť tento trestný čin není zahrnut v taxativním výčtu trestných činů, u nichž je povinnost mlčenlivosti prolomena³. Nezahrnutí trestného činu dle § 222 trestního zákoníku do seznamu trestných činů uvedených v § 53 odst. 2 daňového řádu je však vzhledem k obecnému charakteru objektu tohoto trestného činu, tj. ochrana věřitele, pochopitelné, neboť poškozeným věřitelem může být i soukromoprávní subjekt a správy daní se spáchaný trestný čin nemusí vůbec týkat. Jinými slovy tedy lze konstatovat, že pokud by trestný čin poškození věřitele byl do výčtu § 53 odst. 2 daňového řádu zařazen, správce daně by mohl podávat trestní oznámení i v situacích, kdy sám tímto trestným činem není nijak dotčen, čímž by pochopitelně došlo k nepřijatelnému excesu ze základních principů, na kterých institut daňové mlčenlivosti stojí.

3. Implicitní prolomení povinnosti mlčenlivosti správce daně

Budeme-li se tedy chtít zabývat otázkou, za jakých okolností je možné, aby správce daně poskytoval OČTŘ informace získané při správě daní (čímž by dosáhl kompletního rámce práv, který poškozenému poskytuje trestní řád), bude nutno zabývat se možnostmi implicitního prolomení daňové mlčenlivosti.

V této souvislosti se proto zaměříme na § 53 odst. 1 písm. c) bod 2. daňového řádu, který stanoví: „*O porušení povinnosti mlčenlivosti nejde, poskytne-li správce daně informace získané při správě daní soudu, jde-li o uplatnění práva správcem daně při správě daní*“.

Uplatněním práva správcem daně při správě daní je poté myšleno např. uplatnění práva bezprostředně souvisejícího se správou daní v civilním soudním řízení, což potvrzuje i komentářová literatura⁴.

Na principiálně shodných základech poté stojí rovněž právo poškozeného navrhnout soudu trestnímu, aby v odsuzujícím rozsudku uložil obžalovanému povinnost nahradit v penězích škodu nebo nemajetkovou újmu, jež byla poškozenému trestným činem způsobena, nebo vydat bezdůvodné obohacení, které obžalovaný na jeho úkor trestným činem získal (viz § 43 odst. 3 TR). Uplatnění tohoto tzv. adhezního nároku tedy představuje uplatnění nároku civilně-právního, avšak toto právo je poškozenému přiznáno v rámci řízení trestního, a to z důvodu dosažení vyšší míry efektivity soudního rozhodování.

3 § 53 odst. 2 DR: „*O porušení povinnosti mlčenlivosti rovněž nejde, poskytne-li správce daně informace získané při správě daní pro účely trestního řízení, pokud je požaduje státní zástupce a po podání obžaloby soud v souvislosti s objasněním okolností nasvědčujících tomu, že byl spáchán*

- a) některý z trestných činů daňových a poplatkových, který se týká porušení povinnosti při správě daní,
- b) trestný čin, jehož nepřekažení nebo neoznámení je trestným činem,
- c) trestný čin dotačního podvodu, trestný čin zkreslování údajů o stavu hospodaření a jmění a trestný čin poškozování finančních zájmů Evropských společenství,
- d) některý z trestných činů proti výkonu pravomoci orgánu veřejné moci a úřední osoby, některý z trestných činů úředních osob, některý z trestných činů úplatkářství a trestný čin maření výkonu úředního rozhodnutí, nebo
- e) trestný čin udávání padělaných a pozměněných peněz, padělání a pozměňování veřejné listiny, nedovolené výroby a držení pečeti da státní pečeti a úředního razítka“.

4 MATYÁŠOVÁ, L., GROSSOVÁ, M. E.: *Daňový řád. Komentář*. 2. Aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2015. 1024 s. „*Správce daně může vystupovat rovněž jako účastník civilního řízení, zejména když vymáhá daňové pohledávky soudním výkonem rozhodnutí, popř. je uplatňuje v insolvenčním řízení (srov. § 177 odst. 1)*“.

Na základě výše uvedeného není sporu o tom, že je-li správci daně dovoleno uplatňovat majetková práva státu související se správou daní v civilním soudním řízení, pak toto právo musí být v případě správce daně zachováno rovněž v rámci trestního řízení v podobě uplatnění adhezního nároku. Uvedený závěr je již v současné době široce respektován, přičemž za stěžejní rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR je v této otázce nutno považovat usnesení Velkého senátu Trestního kolegia Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 15 Tdo 902/2013 ze dne 8. 1. 2014⁵. Toto usnesení Nejvyššího soudu ČR zakotvuje základní podmínky, při jejichž splnění je správce daně oprávněn uplatnit majetkový nárok státu prostřednictvím adhezního řízení, přičemž tyto podmínky lze shrnout následovně:

„Správce daně může v trestním řízení uplatnit nárok na náhradu škody způsobené státu v těch případech, kdy již není možné, aby zkrácené či nezaplacené finanční prostředky získal za pomoci vlastních daňově-právních prostředků, přičemž povinnost k úhradě těchto finančních prostředků stíhá ty pachatele trestné činnosti, u kterých je zároveň možné dovést postavení ručitelů dle příslušných ustanovení občanského nebo obchodního práva“⁶.

Vydeme-li tedy z výše uvedené skutečnosti, a sice že správce daně je oprávněn (za popsanych podmínek) uplatnit adhezní nárok v trestním řízení, pak bezesporu dojdeme rovněž k závěru, že výše popsané konstrukci mohou v konkrétních případech odpovídat rovněž situace, kdy úhrada finančních prostředků nebude možná právě z důvodu spáchání trestného činu poškození věřitele dle § 222 TZ, což podporuje i fakt, že skutkové podstaty trestného činu poškození věřitele dle § 222 trestního zákoníku nekladou rozdíl mezi soukromoprávního a veřejnoprávního věřitele⁷.

Lze tedy dojít k závěru, že k prolomení daňové mlčenlivosti vůči trestnímu soudu může dojít prostřednictvím § 53 odst. 1 písm. c) bod 2. daňového řádu i v případech, kdy v souvislosti se spácháním trestného činu poškození věřitele nebude správce daně schopen chybějící finanční prostředky samostatně vymoci (klasicky v případě, kdy právnická osoba jakožto daňový dlužník nebude disponovat jakýmkoli vlastním majetkem).

Jediné omezení zde, dle závěrů trestně-právní teorie, představuje skutečnost, že způsobou pohledávkou, na jejíž zmaření dopadá trestní odpovědnost dle § 222 trestního zákoníku, je toliko pohledávka splatná⁸, což by mělo být splněno i ve vztahu k pohledávce daňové. Na straně druhé však za situace, kdy by v době jednání naplňující objektivní stránku některé ze skutkových podstat trestného činu poškození věřitele nebyla stanovená daň dosud splatná, lze nadále uvažovat o trestní odpovědnosti za pokus o spáchání daného trestného činu.

5 Uvedené usnesení Velkého senátu Trestního kolegia Nejvyššího soudu ČR je dále rozvedeno např. usnesením Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 6 Tdo 511/2019 ze dne 21. 5. 2019, které potvrzuje, že se na správce daně vztahuje rovněž následná množnost uplatnit příslušný nárok v civilním řízení soudním.

6 KOSTELANSKÝ, L., PATOČKA, R.: Správce daně jako poškozený v trestním řízení. *Právní rozhledy*, 4/2019, s. 135–140.

7 ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník*, 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2012, § 222: „Trestní odpovědnost za trestné činy poškození věřitele (resp. za zvýhodnění věřitele) totiž není omezena na občanskoprávní, obchodní a jiné závazkové právní vztahy, ale skutkové podstaty § 222 a 223 používají obecných pojmů věřitel, popřípadě dlužník, které se vyskytují i v právních normách veřejného práva, např. v § 176 odst. 2 písm. c), § 180 a násled. daňového řádu je to daňový dlužník“.

8 DRAŠTÍK, A., FREMR, R., DURDÍK, T., RŮŽIČKA, M., SOTOLÁŘ, A.: *Trestní zákoník. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 3264 s.: „Úmyslem pachatele v případě trestného činu poškození věřitele však musí být zmaření uspokojení pohledávky věřitele. Předpokladem naplnění tohoto úmyslu proto je, že je pohledávka věřitele již splatná. Jednání způsobem vymezeným v § 222 odst. 1 nebo v § 222 odst. 2 před splatností pohledávky může být pouze pokusem tohoto trestného činu“.

3.1 Okamžik uplatnění adhezního nároku

Autor příspěvku je poté toho názoru, že první projev implicitního prolomení daňové mlčenlivosti je nutno spatřovat v tom, že má-li správce daně v rámci trestního řízení uplatňovat svá práva efektivně (nikoli tedy pouze formálně), není důvodu, proč by právo správce daně přihlásit se do trestního řízení s adhezním nárokem mělo být omezeno až na fázi řízení před soudem (jak by plynulo z doslovného znění § 53 odst. 1 písm. c) bod 2. DŘ). Tento závěr lze rovněž opřít o komentářovou literaturu, která v plné míře reflektuje úzké propojení mezi všemi OČTŘ⁹. Není naopak vyloučeno, že na základě poskytnutí údajů získaných při správě daní již v přípravné fázi trestního řízení může dojít mimo jiné i ke zpřesnění samotné obžaloby, což samo o sobě přispívá k vyšší míře efektivity uplatňování práv správce daně v souladu s § 53 odst. 1 písm. c) bod 2. daňového řádu. V případech, kdy správci daně náleží postavení poškozeného v trestním řízení, by tedy daňová mlčenlivost měla být prolomena již v přípravné fázi řízení, a to i v trestním řízení vedeném o trestném činu poškození věřitele dle § 222 trestního zákoníku.

3.2 Podání trestního oznámení správcem daně

Autor příspěvku je dále toho názoru, že faktická efektivita při uplatňování práv správce daně je rovněž podkladem druhého konkrétního projevu implicitního prolomení daňové mlčenlivosti, a to v otázce, zda je správce daně v popsanych souvislostech (tedy za situace, kdy mu náleží postavení poškozeného ve vztahu k trestnému činu poškození věřitele dle § 222 TZ) samostatně oprávněn iniciovat trestní řízení.

Na první pohled je zřejmé, že tuto možnost není možné opřít o oznamovací povinnost správce daně zakotvenou v § 53 odst. 2 a 3 DŘ, neboť ta se opírá o již výše zmíněný taxativní výčet trestných činů, přičemž trestný čin poškození věřitele pod tento výčet zařadit nelze.

I zde by se poté jevilo jako absurdní, pokud by správce daně disponoval informacemi získanými při správě daní, na jejichž základě by pojal podezření na úmyslné spáchání trestného činu poškození věřitele dle § 222 TZ (jímž by v podmínkách konkrétního případu byl sám poškozen), avšak své právo by nemohl v rámci trestního řízení uplatnit pouze z toho důvodu, že se orgány činné v trestním řízení o spáchání trestného činu nedozvěděly z jiných zdrojů. Na základě takového výkladu by právo správce daně připojit se k trestnímu řízení s adhezním nárokem existovalo v ryze formální rovině, čímž by fakticky došlo k popření účelu a smyslu § 53 odst. 1 písm. c) bod 2. DŘ.

Lze tedy shrnout, že v případech, kdy lze u správce daně dovodit postavení poškozeného trestným činem poškození věřitele dle § 222 trestního zákoníku, správci daně nic nebrání v podání trestního oznámení. Zároveň je však nezbytné opětovně zdůraznit, že v žádném případě nemůže být řeči o oznamovací povinnosti správce daně v duchu § 53 odst. 3 DŘ. Uzavřeme tedy, že přes popsanou možnost správce daně iniciovat trestní řízení ohledně trestného činu poškození věřitele, by mělo být striktně na jeho zvážení, zda se za okolností konkrétního případu přikloní k podání odpůrcí žaloby u příslušného civilního soudu, či zda dojde k závěru, že jednání zainteresovaných osob dosahuje intenzity ospravedlňující podání trestního oznámení.

9 BAXA a spol. *Daňový řád*. Komentář. C. H Beck. Praha: Wolters Kluwer, 2011. § 53: „Poskytování informací soudy je tradiční, i zde je však v zájmu co nejširšího uchování daňového tajemství omezeno na vyjmenované agendy. Zákon rozlišuje pravomoc civilního, správního a trestního soudnictví. Posledně zmíněné je upraveno pro účely trestního řízení společně pro všechny orgány činné v trestním řízení, mezi něž jsou soudy zařazeny“.

Závěr

Výše uvedené lze tedy shrnout tím způsobem, že přestože v případě trestného činu poškození věřitele upraveného v § 222 TZ není povinnost mlčenlivosti správce daně zakotvená v § 52 DŘ prolomena explicitně, ust. § 53 odst. 1 písm. c) bod 2. DŘ poskytuje dostatečný podklad pro předání relevantních informací a podkladů všem OČTŘ, a to jak ve fázi řízení před soudem samotným, tak v předsoudní fázi trestního řízení, není vyloučeno ani podání trestního oznámení správcem daně. Toto vše však přichází v úvahu pouze tehdy, pokud bude možné dovodit, že spácháním řešeného trestného činu je poškozen stát, a to právě ve sféře činnosti správce daně.

LITERATURA

- [1] BAXA, J., DRÁB, O., KANIOVÁ, L., LAVICKÝ, P., SCHILLEROVÁ, A., ŠIMEK, K., ŽIŠKOVSKÁ, M.: *Daňový řád. Komentář*. 1. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2011, 1880 s., ISBN 978-80-7357-564-9.
- [2] DRAŠTÍK, A., FREMR, R., DURDÍK, T., RŮŽIČKA, M., SOTOLÁŘ, A.: *Trestní zákoník. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 3264 s., ISBN 978-807478-790-4.
- [3] KOSTELANSKÝ, L., PATOČKA, R.: Správce daně jako poškozený v trestním řízení. *Právní rozhledy*, 4/2019, s. 135–140. ISSN 1210-6410.
- [4] MATYÁŠOVÁ, L., GROSSOVÁ, M. E.: *Daňový řád. Komentář*. 2. Aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2015, 1024 s., ISBN 978-80-7502-081-9.
- [5] ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník*, 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2012, 3586 s., ISBN 978-80-7400-428-5.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Ludvík Kostelanský

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: ludvik.kostelansky@fs.mfcr.cz

PRÍSPEVOK NA ŠPORTOVÚ ČINNOSŤ DIEŤAŤA¹

Abstrakt: Autor venuje pozornosť novelizácii zákona č. 311/2001 Z. z., Zákonníka práce, ku ktorej dochádza od 1.1.2020. Analyzuje problematiku príspevku na športovú činnosť dieťaťa, tzv. športové poukazy, upravené v novom ustanovení § 152b. Autor poukazuje na skutočnosť, že príspevok je po splnení podmienok oslobodený od daňovej a odvodovej povinnosti.

Abstract: The author draws attention to the amendment to Act No. 311/2001 Coll. of the Labour Code, this has occurred since 1.1.2020. He analyses the issue of the Contribution to the child's sport activity, the so-called sports vouchers regulated in the new provision of § 152b. The author points out that the contribution is exempt from taxes and charges if the conditions are met.

Kľúčová slova: športové poukazy, podpora športu, dane a odvody.

Key words: contribution to the child's sport activity, sports vouchers, promotion of sport, taxes and levies.

Úvod

S deklaroványm cieľom prispieť k rozvoju hospodárstva, cestovného ruchu a športu bola predložená a schválená v parlamente ostatná novela zákona č. 311/2001 Z. z., Zákonník práce a ďalších právnych predpisov zavádzajúca príspevok na športovú činnosť dieťaťa. Nová právna úprava nadobúda účinnosť od 1. 1. 2020.

Príspevok sa zameriava najmä na podrobnejšie predstavenie tejto problematiky a polemizovanie nad významom tejto legislatívnej novinky pre podnikateľskú prax. Cieľom príspevku je bližšie analyzovať predpoklady a podmienky poskytnutia tohto príspevku a súčasne uvažovať aj nad praktickými dôsledkami novej legislatívy na podnikanie a obchod.

Z dôvodovej správy vyplýva, že podstata návrhu spočíva v podpore športu u detí a mládeže. Uskutočniť sa má formou poskytnutia dobrovoľného príspevku zo strany zamestnávateľa. Ten sa má podieľať na pomernej úhrade výdavkov, ktoré jeho zamestnanec vynakladá na pravidelnú športovú činnosť svojho dieťaťa. Zamestnávateľa má motivovať k poskytnutiu príspevku daňové zvýhodnenie a odvodové oslobodenie. Vyčíslenie predpokladaného dopadu na verejné financie nebol vypracovaný.

¹ Tento príspevok je výsledkom riešenia projektu KEGA 020EU-4/2019: Vytvorenie učebnice zo Základov práva v angličtine pre zahraničných študentov a slovenských študentov anglofónneho štúdia.

1. Predpoklady, rozsah a podmienky poskytnutia príspevku na športovú činnosť dieťaťa

Na základe poslaneckej iniciatívy bol do legislatívneho procesu predložený návrh zákona, ktorým sa dopĺňa zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

V prvej podkapitole je venovaná pozornosť podmienkam poskytnutia príspevku podľa § 152b Zákonníka práce a v druhej podkapitole zmenám v ostatných právnych predpisoch týkajúcich sa aj zamestnancov vykonávajúcich prácu vo verejnom záujme podľa zákona č. 553/2003 Z. z. a v dôsledku navrhovaného doplnenia príslušných osobitných predpisov aj štátnym zamestnancom, príslušníkom finančnej správy, príslušníkom Policajného zboru, príslušníkom Slovenskej informačnej služby, príslušníkom Národného bezpečnostného úradu, príslušníkom Zboru väzenskej a justičnej stráže, príslušníkom Hasičského a záchranného zboru, príslušníkom Horskej záchrannej služby a profesionálnym vojakom. V tretej podkapitole sa uvažuje nad praktickými dôsledkami novej legislatívy na podnikanie a obchod.

1. 1 Zmeny v Zákonníku práce (ZP) s účinnosťou od 1. 1. 2020

Hlavným účelom predkladaného návrhu zákona bola novelizácia ZP, a to doplnením ustanovenia § 152b s názvom rubriky Príspevok na športovú činnosť dieťaťa.

Vychádzajúc z dôvodovej správy k novele uverejnenej v Zbierke zákonov pod č. 291/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa ZP a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony možno konštatovať, že v prvom odseku je uvedený rozsah a podmienky za akých zamestnávateľ dobrovoľne môže na žiadosť zamestnanca poskytnúť príspevok na športovú činnosť dieťaťa zamestnanca.

Základným predpokladom na poskytnutie príspevku je dostatočné trvanie pracovného pomeru. Príspevok je možné poskytnúť len zamestnancovi, ktorého pracovný pomer u zamestnávateľa trvá nepretržite najmenej 24 mesiacov. Vyšší počet detí ako jedno nemá vplyv na výšku príspevku.

Súčasne musí ísť o osobu s príslušnosťou k športovej organizácii po dobu najmenej 6 mesiacov pred podaním žiadosti o príspevok zamestnancom.

Z uvedeného vyplýva, že toto opatrenie zrejme nebude motivovať „nešportujúce deti“, ale pomôže najmä tým deťom, ktoré už viac ako 6 mesiacov niekde v klube organizovane športujú.

Príslušnosť k športovej organizácii je založená:

1. účasťou v súťaži za športovú organizáciu,
2. účasťou v súťaži organizovanej alebo riadenej športovou organizáciou alebo inou právnickou osobou ňou poverenou organizovaním alebo riadením súťaže,
3. účasťou na organizovaní alebo na riadení súťaže športovou organizáciou alebo inou právnickou osobou ňou poverenou organizovaním alebo riadením súťaže,
4. registráciou za športovú organizáciu,
5. športovou reprezentáciou,

6. členským vzťahom alebo dobrovoľníckym vzťahom k športovej organizácii,
7. zmluvným vzťahom so športovou organizáciou, ktorého predmetom je športová činnosť, ak ide o športovca alebo športového odborníka,
8. účasťou na riadení a správe športovej organizácie,
9. účasťou na príprave na súťaž a na súťaži ako sprievodný personál športovca alebo družstva,
10. príslušnosťou k inej športovej organizácii, ktorá je členom športovej organizácie (§ 3 písm. k) zákona č. 440/2015 Z. z. o športe a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov).

Výška tohto príspevku zamestnávateľa je limitovaná na sumu 55 % oprávnených výdavkov zamestnanca a zároveň maximálnou výškou sumy príspevku 275 eur za kalendárny rok. Maximálna suma z ktorej sa príspevok určuje je 500 eur.

Zamestnanec s dohodnutým pracovným pomerom na kratší pracovný čas má právo na pomernú časť sumy príspevku na športovú činnosť dieťaťa podľa rozsahu zodpovedajúcemu kratšiemu pracovnému času. Výška príspevku sa zaokrúhľuje na najbližší eurocent nahor.

V pôvodnom návrhu odseku 1 boli stanovené ešte dve podmienky: a) príspevok je možné poskytnúť len na športovú činnosť dieťaťa zamestnanca, ktoré je mladšie ako 18 rokov a b) nutnosť trvalého pobytu alebo obdobného pobytu na území Slovenskej republiky. Skúmanie trvalého alebo prechodného pobytu nebolo schválené. Podmienka veku bola upravená v 3. odseku.

V ust. § 152b ods. 2 sú definované oprávnené výdavky zamestnanca, ktoré môže zamestnanec zamestnávateľovi preukázať za účelom poskytnutia príspevku na športovú činnosť dieťaťa. Za oprávnené výdavky sa považujú výlučne výdavky na športovanie dieťaťa zamestnanca u športovej organizácie zapísanej v registri právnických osôb v športe, ktorá zabezpečuje pre dieťa zamestnanca vykonávanie tejto športovej činnosti odborne spôsobilým športovým odborníkom. Register právnických osôb v športe, kde je možné príspevok na športovú činnosť dieťaťa uplatniť je na stránke <https://sport.iedu.sk/Company/List>.

Podľa § 8 ods. 1 zákona č. 440/2015 Z. z. o športe a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov športovou organizáciou je právnická osoba, ktorej predmetom činnosti alebo cieľom činnosti je športová činnosť; športovou organizáciou nie je orgán verejnej správy.

Oproti pôvodnému návrhu došlo k spresneniu a doplneniu aj druhého odseku. Bolo doplnené slovo „dohľad“ vo vzťahu k odborne spôsobilému športovému odborníkovi. Vo vzťahu k oprávneným výdavkom bolo stanovené maximálne obdobie kalendárneho roka, za ktorý zamestnanec žiada o príspevok na športovú činnosť dieťaťa.

V odseku 3 je vymedzená definícia dieťaťa pre účely poskytovania príspevku na športovú činnosť dieťaťa. Za dieťa zamestnanca sa považuje okrem vlastného dieťaťa zamestnanca aj dieťa zverené zamestnancovi do náhradnej starostlivosti na základe rozhodnutia súdu, dieťa zverené zamestnancovi do starostlivosti pred rozhodnutím súdu o osvojení alebo iné dieťa žijúce so zamestnancom v spoločnej domácnosti, ktoré dovŕšilo najviac 18 rokov veku v kalendárnom roku, za ktorý zamestnanec žiada o príspevok, a je osobou s príslušnosťou k športovej organizácii najmenej počas šiestich mesiacov.

V odseku 4 je ustanovené obmedzenie pre zamestnanca, v zmysle ktorého zamestnanec pri súčasnej existencii viacerých pracovných pomerov môže žiadať o príspevok na športovú činnosť dieťaťa len u jedného ním zvoleného zamestnávateľa. Pôvodne sa navrhovalo aj to, aby o príspevok mohol zamestnanec požiadať toho istého zamestnávateľa v priebehu kalendárneho roka aj opakovane, a to až do vyčerpania maximálnej sumy príspevku. Toto nebolo schválené. Naproti tomu bol pôvodný návrh doplnený o zákaz znevýhodňovať zamestnanca žiadajúceho o príspevok a dispozitívnu možnosť upraviť ďalšie podmienky, za ktorých bude zamestnancom po prerokovaní so zástupcami zamestnancov poskytovaný príspevok. *In concreto* bolo stanovené, že zamestnanca, ktorý požiada o príspevok na športovú činnosť dieťaťa, nemožno žiadnym spôsobom znevýhodniť v porovnaní so zamestnancom, ktorý o tento príspevok nepožiadava. Zamestnávateľ môže po prerokovaní so zástupcami zamestnancov upraviť ďalšie podmienky, za ktorých bude zamestnancom poskytovať príspevok na športovú činnosť dieťaťa.

V odseku 5 sa zavádza spôsob preukazovania, skúmania a poskytovania príspevku na športovú činnosť dieťaťa. Zamestnanec je za účelom poskytnutia tohto príspevku povinný zamestnávateľovi predložiť účtovné doklady vydané športovou organizáciou do 30 dní odo dňa jeho vydania oprávnenou osobou. Súčasťou týchto účtovných dokladov musí byť označenie dieťaťa zamestnanca menom a priezviskom, ktoré vykonáva športovú činnosť, aby bolo možné priradiť jednotlivý účtovný doklad ku konkrétnemu dieťaťu zamestnanca a obdobie, na ktoré sa tento doklad vzťahuje, a zároveň na základe zamestnancom predloženej účtovnej dokladu zo strany zamestnávateľa vyčíslit presnú výšku sumy príspevku na športovú činnosť dieťaťa, ktorá môže byť poskytnutá zamestnancovi. Splnenie podmienok skúma a posudzuje zamestnávateľ ku dňu začatia obdobia, na ktoré sa vzťahuje tento doklad. Ďalej si tieto účtovné doklady zamestnávateľ musí uschovať pre svoje účtovné a daňové potreby podľa osobitných právnych predpisov. Zároveň sa upresňuje okamih poskytnutia tohto príspevku zamestnancovi v prípade kladného posúdenia splnenia podmienok zamestnávateľom, a to v najbližšom výplatnom termíne určenom u zamestnávateľa na výplatu mzdy, ak sa zamestnávateľ nedohodne so zamestnancom inak.

1.2 Zmeny v ostatných právnych predpisoch týkajúce sa ďalších kategórií zamestnancov s účinnosťou od 1. 1. 2020

Novelizačné články III až VII. sa týkajú rozšírenia ďalších kategórií oprávnených zamestnancov s právom poskytnutia príspevku na športovú činnosť dieťaťa.

Článok III. sa týka zákona č. 73/1998 Z. z. o štátnej službe príslušníkov Policajného zboru, Slovenskej informačnej služby, Zboru väzenskej a justičnej stráže Slovenskej republiky a Železničnej polície. Dopĺňa sa o nové ustanovenie § 141c.

Článok IV. dopĺňa zákon č. 315/2001 Z. z. o Hasičskom a záchrannom zbore v ustanovení § 193.

V článku V. sa dopĺňa pôvodný článok 217 ods. 1 zákona č. 281/2015 Z. z. o štátnej službe profesionálnych vojakov.

V článku VI. sa dopĺňa pôvodný článok 171 zákon č. 55/2017 Z. z. o štátnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

V článku VII. sa dopĺňa pôvodný článok 213 zákon č. 35/2019 Z. z. o finančnej správe a o zmene a doplnení niektorých zákonov o nový odsek 8.

1.3 Výhody a nevýhody novej legislatívy na podnikanie a obchod

V prvom rade treba zdôrazniť dobrovoľnosť poskytovania príspevku. Preto ani nie je celkom dobre možné odhadnúť množstvo vyplatených príspevkov v priebehu roka.

V prípade poskytnutia príspevku treba predpokladať mierne negatívny vplyv na rozpočet verejnej správy. Možno očakávať mierne zníženie príjmov na dani z príjmov z dôvodu, že príjem zamestnanca z príspevku na športovú činnosť dieťaťa je oslobodený od dane z príjmov a tiež s týmto príspevkom spojené výdavky (náklady) si zamestnávateľ môže zahrnúť do daňových výdavkov.

Rozumne sa dá očakávať mierne zvýšenie výdavkov zo štátneho rozpočtu a rozpočtov samospráv z dôvodu, že aj zamestnanci verejnej a štátnej správy môžu svojho zamestnávateľa požiadať o príspevok na športovú činnosť dieťaťa, avšak iba vtedy ak im ho ich zamestnávateľ dobrovoľne poskytne.

Na druhej strane môže mať poskytnutie príspevku pozitívny vplyv na rozpočet verejnej správy, a to v predpokladaných budúcich znížených výdavkoch na zdravotnú starostlivosť športujúcich detí.

Poskytovanie príspevku má pozitívny vplyv na podnikateľské prostredie – očakáva sa kladný vplyv na podnikateľské subjekty, ktorými sú športové organizácie zapísané v registri právnických osôb v športe. Tieto sú výlučne oprávnené na vydávanie účtovných dokladov potrebných k splneniu podmienky na poskytnutie príspevku na športovú činnosť.

Navrhovateľ predpokladal pozitívny vplyv na manželstvo, rodičovstvo a rodinu, keďže ako je uvedené v dôvodovej správe sa týmto novým inštitútom zavádza možný nový účelovo viazaný príjem rodičov detí, ktorý podporuje výchovu detí k športu a môže zvyšovať aj disponibilný príjem viacdetských rodín. Navrhovanou právnou úpravou môže byť podporené zdravé rodinné prostredie a jeho tvorba. Príspevok na športovú činnosť dieťaťa tiež môže údajne predstavovať nástroj, ktorý odstraňuje prekážky, ktorá bráni pracujúcim rodičom dosiahnuť želaný počet detí. Zároveň podpora športu u detí môže zabraňovať prenikaniu nežiaducich závislostí do rodín. Podporou športu detí sa môže zvyšovať aj vzájomná súdržnosť členov rodiny v prípade vykonávania športových aktivít spoločne s rodičmi.

V prípade poskytnutia príspevku možno očakávať aj pozitívne sociálny vplyv na časť ekonomicky aktívneho obyvateľstva využívajúceho výhody z poskytnutia príspevku. Zároveň prijímatelia príspevku s nízkym disponibilným príjmom budú mať väčšiu možnosť, aby ich deti športovali.

Poskytnutie príspevku môže viesť k zvýšeniu počtu športujúcich detí.

Nový príspevok nemá vplyv na životné prostredie, informatizáciu spoločnosti a služby verejnej správy pre občana.

Na základe novelizácie zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov suma príspevku na športovú činnosť dieťaťa sa zaradila do kategórie príjmov, ktoré nie sú predmetom dane z príjmu v rámci príjmov zo závislej činnosti, resp. sú to príjmy oslobodené od dane podľa ust. § 5 ods. 7 písm. b).

Podľa § 19 ods. 2 písm. c) piaty bod sa príspevok zahŕňa do daňových výdavkov zamestnávateľa.

Ustanovenie § 19 odsek 2 sa dopĺňa novým písmenom x) upravuje možnosť uplatnenia daňových výdavkov pre samostatne zárobkovo činné osoby. *In concreto* sa príspevok zara-

díl medzi výdavky (náklady) daňovníka na športovú činnosť dieťaťa daňovníka s príjmami podľa § 6 ods. 1 a 2, ktorý vykonáva túto činnosť nepretržite najmenej 24 mesiacov, v rozsahu, vo výške a za podmienok ustanovených pre zamestnancov podľa osobitného predpisu, 17c) ak daňovníkovi nebol poskytnutý príspevok na športovú činnosť dieťaťa podľa osobitného predpisu 17c) v súvislosti s výkonom závislej činnosti.

Doplnila sa výnimka ustanovené v § 21 ods. 1, tak aby mohli byť sumy príspevku daňovo uznateľné, hoci sa netýkajú priamo daňovníkov, ale ich detí.

Účinnosť novej daňovej právnej úpravy bola určená rovnako ako zavedenie príspevku od 1. 1. 2020.

Záver

Poslanci Národnej rady SR predkladali legislatívny návrh s ambíciou pozitívne vplyvať na podnikateľské prostredie. V dôvodovej správe i v doložke vplyvov sa uvádza, že príspevok síce zakladá pozitívne i negatívne vplyvy na rozpočet verejnej správy, ale má mať aj pozitívne sociálne vplyvy. Prijaté zmeny sa nemajú dotýkať informatizácie spoločnosti životného prostredia.

V článku bola venovaná pozornosť novému príspevku na športovú činnosť dieťaťa. Len veľmi stručne, dopĺňujúco v nevyhnutom rozsahu, bola pozornosť čiastočne venovaná aj mimoprávnym interdisciplinárnym súvislostiam.

Privítať možno snahu viac podporiť šport u mladej generácie a podporiť podnikateľské prostredie. Otázkou zostáva ako na nový inštitút zareagujú zamestnávateľia. Zaujímavé bude sledovať, či nový inštitút bude skôr využívaný v súkromnej sfére alebo v verejnej a štátnej sfére. Lákadlom má byť daňové a odvodové zvýhodnenie, avšak ťažko možno predpokladať masové využívanie tohto pre zamestnávateľov dobrovoľného príspevku. Na druhej strane časť samostatne zárobkovo činných osôb možno zväzi možnosť zníženia daňového základu. Treba však uviesť, že SZČO vedľa legálne napr. cez zmluvu o charitatívnej reklame účelovo poskytnúť na šport svojho dieťaťa podstatne vyššiu sumu ako 275 eur a majú ju celú v nákladoch. V prípade SZČO ide len o odpočítateľnú položku zo základu dane, a teda, ak základ dane nebude mať SZČO dostatočný, čo je cca v 95 % prípadov, keďže platia odvody len z minimálneho vymeriavacieho základu, reálne sa počet detí podporených prostredníctvom tohto príspevku výrazne nevyšší. Množstvo SZČO podnikajúcich s opakovane so záporným daňovým základom nebude mať motiváciu svoju stratu ešte nevyššíť, pokiaľ nemôžu predpokladať, že v nasledujúcich štyroch rokoch by dosiahli kladný daňový základ vo výške dostatočnej na umorenie strany z predchádzajúcich daňových období.

V čase kedy ešte nová právna úprava nevstúpila do účinnosti by bolo predčasné zaujímať k novej právnej úprave kategorické hodnotové súdy. Až dlhodobšie používanie novej úpravy v praxi ukáže či zavedenie nového inštitútu viedlo k deklarovaným (predpokladaným) cieľom.

Nie je zrejmé, či prebehla k novej právnej úprave širšia odborná diskusia. Keďže išlo o poslanecký návrh, tak medzirezortné pripomienkové konanie v riadnom legislatívnom procese za účasti rezortov, odborných inštitúcií i verejnosti pravdepodobne neprebehlo.

Napriek tomu skôr optimizmus v pozitívny účinok novej právnej úpravy vyplýva z toho, že novela bola podporená nielen aktuálnou vládou koalíciou, ale aj značnou časťou opozície.

Pri hodnotení novej právnej úpravy treba byť zatiaľ zdržanlivý a počkať si na reakcie zamestnávateľov a podnikateľov.

LITERATURA

- [1] Dôvodová správa k novele uverejnenej v Zbierke zákonov pod č. 319/2019 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Zákonník práce a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré ďalšie zákony, parlamentná tlač 1479. [on-line 24. 4. 2019] *Národná rada Slovenskej republiky*. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/cpt&ZakZborID=13&CisObdobia=7&ID=1479> [cit. 23. 1. 2020].
- [2] SEPEŠIOVÁ, S.: Športové poukazy vs. príspevok na športovú činnosť podľa Zákonníka práce (otázky a odpovede). [on-line 20. 5 .2019] *Učená právnická spoločnosť*. Dostupné z: [http://www.ucps.sk/clanok-0-3377/Sportove_poukazy_vs_prispevok_na_sportovu_cinnost_podla_Zakonnika_prace_\(otazky_a_odpovede\).html](http://www.ucps.sk/clanok-0-3377/Sportove_poukazy_vs_prispevok_na_sportovu_cinnost_podla_Zakonnika_prace_(otazky_a_odpovede).html) [cit. 23. 1. 2020].
- [3] Zákon č. 311/2001 Z. z., Zákonník práce v znení neskorších predpisov.

Kontaktná adresa autora:
JUDr. Mgr. Marián Kropaj, Ph.D.
Katedra obchodného práva
Obchodná fakulta
Ekonomická univerzita v Bratislave
Dolnozemska 1
811 09 Bratislava
E-mail: marian.kropaj@euba.sk

OPODSTATNENOSŤ TRESTNÉHO PRÁVA V PODNIKANÍ ALIAS PRINCÍP ULTIMA RATIO V TRESTNOM PRÁVE

Abstrakt: Trestné právo je dnes bohužiaľ fenoménom, ktorému sa skoro nedá vyhnúť. Doteraz sa však doktrína a ani praxi trestného práva nepodarilo zrozumiteľne a hlavne predvídateľne nakresliť hranicu medzi právnymi spormi v podnikaní, ktoré ešte patria do súkromného práva a tými, ktorými sa už môže zaoberať aj trestné právo. Účelom tohto príspevku je tak pripomenúť premisu, že trestné právo v podnikaní má pôsobiť ako „ultima ratio“.

Abstract: Today, Criminal law is a „phenomenon“, which you almost cannot avoid. Neither doctrine of criminal law or law practice could draw a comprehensive and anticipated border line, by which we can decide, which disputes refer to private law sector and which belong under criminal law. The purpose of this article is to remind the elementary premise, that criminal law is a „ultima ratio“ principle.

Klíčová slova: podnikanie, právo, trestný čin, ekonomická kriminalita, hospodárska kriminalita, trestné právo.

Key words: business, law, criminal act, economic crime, criminal law.

Úvod

Dnes sa v podnikateľskom prostredí vníma trestné právo často ako najjednoduchší spôsob ako sa domôcť svojich práv pred orgánmi verejnej moci. Tento toxický stav má viacero príčin, ktoré sa dajú mnohokrát aj ľudsky pochopiť. V prvom rade, podanie trestného oznámenia nie je spojené so žiadnou poplatkovou povinnosťou. Už táto skutočnosť sama o sebe vytvára ľudsky akceptovateľnú solidaritu s tými, ktorí sa musia domáhať svojich nárokov na civilnom súde, ktorého iniciovanie je spojené so súdnym poplatkom. Samotné konanie na civilnom súde totiž nedáva žiadnu záruku (ani u toho, ktorý je práve), že súdom priznaný nárok bude v budúcnosti vymožený. V druhom rade, v trestnom konaní formálne neunáša dôkazné bremeno v dokazovaní poškodený a je to tak pre neho výrazná úľava, ktorej by nebol pri vedení procesného útoku v civilnom konaní ušetrený. Po tretie, hrozba trestným stíhaním je naozaj mnohokrát práve tá skutočnosť, na ktorú dlžníci reflektujú. Osobitne je tomu tak v prípade, ak je dlžníkom právnická osoba, pretože právoplatným odsúdením fyzickej osoby, ktorá v mene právnickej osoby konala, môže vzniknúť právo domáhať sa náhrady spôsobenej škody aj voči tejto osobe, čo by bolo v civilnom konaní možné iba výnimočne.¹ Uprednostnenie trestného práva pri riešení sporov v podnikaní nie

1 ŠÁMAL, P. a kol.: *Podnikání a ekonomická kriminalita v České republice*; 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 273.

je úplne správne a je nebezpečné, ak by sa stalo samozrejmosťou. Naopak, trestné právo má byť na vrchole pomyslenej pyramídy právnych možností, ktoré je možné kvalifikovane využiť pri sporoch v rámci podnikateľskej sféry.

Keďže trestné právo môže vzhľadom na svoju samotnú podstatu obmedziť určité ľudské práva a základné slobody podozrivých, obvinených alebo odsúdených osôb, pričom trestné vyšetrovania môžu mať stigmatizujúci účinok, a so zreteľom na to, že nadmerné využívanie právnych predpisov v oblasti trestného práva vedie k zníženiu efektívnosti, trestné právo sa musí uplatňovať ako posledné riešenie, ktoré sa vzťahuje na jasne definované a vymedzené konanie, na ktoré nie je možné účinne uplatniť menej prísne opatrenia a ktoré spôsobuje spoločnosti alebo jednotlivcom značné škody. V súlade s požiadavkou *lex certa* musia byť prvky trestného činu sformulované presne, aby sa zabezpečila predvídateľnosť, pokiaľ ide o uplatňovanie, rozsah a význam trestného práva.²

Trestné právo sa v podnikaní má teda uplatňovať subsidiárne, po vyčerpaní všetkých dostupných miernejších právnych riešení, teda v súlade s princípom *ultima ratio* a so zásadou subsidiarity trestnej represie.

1. Case-law a argumentácia v Slovenskej republike

Ústavný súd Slovenskej republiky sa zásadnejšie vyhradil k otázke aplikácie princípu *ultima ratio* pri uplatňovaní trestného práva v podnikaní vo svojom náleze v konaní sp. zn.: I.ÚS 402/2008, v ktorom v súlade s doktrínou konštatoval, že trestné právo s trestnoprávnou kvalifikáciou určitého konania, ktoré má súkromnoprávny základ, je potrebné považovať za *ultima ratio*, teda za krajný právny prostriedok, ktorý má význam predovšetkým celospoločenský, t. j. z hľadiska ochrany základných spoločenských hodnôt. V zásade však nemôže slúžiť ako prostriedok nahradzujúci ochranu práv a právnych záujmov jednotlivca v oblasti súkromnoprávných vzťahov, kde závisí predovšetkým na individuálnej aktivite jednotlivca, aby strážil svoje práva (*vigilantibus iura*), ktorým má súdna moc poskytovať ochranu. Je však neprijateľné, aby túto ochranu aktívne preberali orgány činné v trestnom konaní, ktorých úlohou je ochrana predovšetkým celospoločenských hodnôt, nie priamo konkrétnych subjektívnych práv jednotlivca, ktoré svojou povahou spočívajú v súkromnoprávnej sfére.³

V náleze Ústavného súdu SR sp. zn.: I. ÚS 316/2011-37 zo dňa 14.12.2011 ústavný súd (len periférne vo vzťahu ku skúmanej problematike) doplnil, že trestné právo predstavuje poslednú a najkrajnejšiu možnosť, čo sa podľa právnej teórie, ako aj súdnej praxe chápe ako zásada pomocnej úlohy trestnej represie (zásada subsidiarity). Podľa tejto zásady má byť trestné právo použité len ako najkrajnejší prostriedok a len pri typovo najzávažnejších porušeníach spoločenských vzťahov, záujmov a hodnôt, teda len tam, kde iné možnosti, hlavne prostriedky ostatných právnych odvetví, nie sú dostatočné, teda už boli vyčerpané, sú neúčinné alebo zjavne nie sú vhodné.⁴

2 Uznesenie Európskeho parlamentu z 22. mája 2012 o prístupe EÚ k trestnému právu (2010/2310(INI)). Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012IP0208&from=EN> [cit. 20.10.2019].

3 Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo dňa 01.04.2009 sp. zn.: I. ÚS 402/2008.

4 Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo dňa 14.12.2011 sp. zn.: I. ÚS 316/2011-37.

Na tento výklad ústavného súdu nadviazali iba sporadicky v senátnom rozhodovaní sudcovia vo svojich dissentoch, keď napríklad v odlišnom stanovisku sudcu Lajosa Mészárosa k rozhodnutiu II. senátu Ústavného súdu Slovenskej republiky vo veci sp. zn. II. ÚS 294/2010 tento uviedol: „Ak pre trestné právo platí, že je právnym prostriedkom *ultima ratio*, a to nielen z hľadiska zákonodarného, ale aj z hľadiska aplikačného, tak zvlášť to platí pre vzťahy, ktoré majú súkromnoprávne pozadie (porov. Šanta, J., Žilinka, M.: *Ekonomická trestná činnosť a princíp ultima ratio*, *Justičná revue* 12/2007, s. 1650; Prokeš, J.: *Princíp ultima ratio trestného práva v praxi aplikačných orgánov*, *Justičná revue* 4/2011, s. 546 a nasl., komentár k § 12 českého Trestného zákona, Šámal, P. a kol.: *Trestní zákoník*, 1. vydání, 2009, s. 86 a nasl.; V Českej republike je „aplikačný“ princíp *ultima ratio* priamo zakotvený v § 12 nového Trestného zákona). Povedané ilustratívne, skutočnosť, že dlžník nezaplatí veriteľovi dlžnú sumu, nemusí hneď znamenať, že ide o trestný čin podvodu.“ Ďalej v tejto súvislosti uvádza: „Súkromnoprávne vzťahy, pre ktoré je typická autonómna vôľa jednotlivcov, sa môžu zvlášť v prostredí hospodárskeho života zložito previazat s trestnoprávnou zodpovednosťou. Špecifickým príkladom je práve konkurzné konanie, kde sa prelínajú súkromnoprávne a mocenské prvky. Vzhľadom na skutočnosť, že podstatou ústavného práva je ochrana slobodnej sféry jednotlivca, môže mať prekročenie, resp. „podlezenie“ princípu *ultima ratio* ústavnoprávnu relevanciu.“⁵

Reštriktívny výklad právneho princípu *ultima ratio* vykonal Najvyšší súd SR v uznesení sp. zn.: 2 Tdo 35/2013 z 13.08.2013, v ktorom konštatoval, že tento princíp v trestnom práve je možné uplatniť jedine prostredníctvom materiálneho korektívu pri prečinoch v zmysle § 10 ods. 2 Tr. zák.⁶

2. Case-law a argumentácia v Českej republike

Ústavný súd Českej republiky bol svojou rozhodovacou činnosťou inšpiráciou aj pre slovenské súdy a ešte predtým, ako bola táto problematika aplikačne zasiata v Slovenskej republike skonštatoval, že trestné právo a trestno-právnu kvalifikáciu určitého konania ako trestného činu, ktoré má súkromnoprávny základ, je potrebné považovať za krajný právny prostriedok smerujúci k ochrane celospoločenských, skôr ako individuálnych hodnôt. Trestné stíhanie nie je na mieste, ak sa konanie obvineného pohybuje výhradne v rovine súkromnoprávných vzťahov, pričom určité zlyhanie, či nedostatočná činnosť zákonných nástrojov slúžiacich k faktickému výkonu právoplatných a vykonateľných súdnych rozhodnutí, nemôže viesť k tomu, aby tieto opatrenia boli dopĺňované, či nahrádzané prostriedkami trestného práva.⁷ V právnom štáte je neprípustné, aby prostriedky trestnej represie slúžili k uspokojovaniu subjektívnych práv súkromnoprávnej povahy, pokiaľ nie sú vedľa toho splnené všetky predpoklady vzniku trestno-právnej zodpovednosti, respektíve nie sú tieto predpoklady celkom jasne zistené.⁸

Ústavný súd Českej republiky rovnako judikoval, že právny poriadok, hoci vnútorne diferencovaný, tvorí jednotu a ako s takým je potrebné s ním zaobchádzať pri aplikácii jednot-

5 Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo dňa 20.04.2011, sp. zn.: II. ÚS 294/2010.

6 Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 13.08.2013 sp. zn.: 2 Tdo 35/2013.

7 Rozsudok Najvyššieho súdu ČR zo dňa 24. 01. 2001, sp. zn. 7 Tdo 290/2000.

8 Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 23. 03. 2004, sp. zn. I. ÚS 4/2004.

livých ustanovení a inštitútov, preto pokiaľ ide o naplnenie objektívnych znakov trestného činu, nemôže byť ignorovaná iná než trestnoprávna (napríklad obchodnoprávna) stránka veci.⁹ Tento názor ústavného súdu vyplýva najmä z povahy trestného práva ako prostriedku *ultima ratio*, pričom je celkom neprípustná taká prax, keď sa štandardne civilné vzťahy riešia na úkor jedného z účastníkov prostriedkami trestného práva. Týmto spôsobom totiž dochádza k nerovnému postaveniu osôb v ich vzájomných vzťahoch a k neúcte orgánov verejnej moci k rovnosti občanov.¹⁰ Princíp *ultima ratio* je pravidelne využívaný aj Najvyšším súdom ČR, ktorý napríklad už v uznesení zo dňa 20. 7. 2005, sp. zn. 5 Tdo 897/2005, skonštatoval, že porušenie zmluvy o dielo jednou zo zmluvných strán nie je možné, bez ďalšieho, považovať za podvodné konanie a princíp subsidiarity trestnej represie vyžaduje, aby štát uplatňoval prostriedky trestného práva zdržanlivo.

3. Prípustné riziko ako dôvod pre odmietnutie trestného práva

Pri hodnotení kolízie trestného práva a podnikania v zmysle zásady subsidiarity trestnej represie je adekvátne aj úvaha ohľadom možnosti zohľadňovania prípustného rizika v komerčnej sfére. Podstata prípustného rizika spočíva vo výkone takých činností, ktoré sú charakteristické možnosťou vzniku zamýšľaného spoločensky pozitívneho následku, ale aj možnosťou vzniku nezamýšľanej, pritom však kalkulovanej straty (škody, ujmy). Ak právny poriadok povoľuje a schvaľuje výkon určitej činnosti, musí tolerovať aj určité primerané riziká, ktoré sú s touto dovolenou a prospešnou činnosťou spojené. Riziko sa akceptuje za podmienky, že bez neho nemožno dosiahnuť sledované hodnoty buď vôbec, alebo ich možno dosiahnuť len za podstatne nevýhodnejších podmienok. Pri celkovom hodnotení rizikového konania je potrebné posudzovať nielen pomer veľkosti výšky škody a zisku, ale aj pravdepodobnosť ich vzniku. Pri samotnej kalkulácii rizík by sa teda malo vychádzať z varianty, ktorá prináša najväčší úžitok, a potom by sa mali hodnotiť riziká spojené s touto alternatívou.¹¹

Napriek tomu, že Trestný zákon v Slovenskej republike neupravuje vyslovene prípustné riziko v podnikateľskej sfére ako osobitnú okolnosť vylučujúcu protiprávnosť činu (zákon *expressis verbis* počíta „iba“ s rizikom vo výrobe a výskume), neznamená to, že by k takémuto prípustnému rizikovému konaniu nebolo možné prihliadať. Súčasťou trestného práva hmotného sú aj princíp *ultima ratio* a zásada subsidiarity trestnej represie, ktoré vylučujú trestnoprávny postih v prípadoch, keď vznikne škoda na majetku právnickej osoby po konaní, ktoré je pokryté prípustným rizikom v komerčnej sfére. Podľa nášho názoru sa možno spokojne stotožniť s tvrdeniami, že prijateľné riziko v podnikateľských vzťahoch je možné významovo podradiť pod okolnosti vylučujúce protiprávnosť, a to prostredníctvom analógie (keďže vo výpočte okolností vylučujúcich protiprávnosť v § 24 – § 30 Tr. zák. sa prípustné riziko v podnikaní výslovne nenachádza).¹² Analógia, pokiaľ nejde o rozširovanie podmienok trestnej zodpovednosti (čo je aj tento prípad), nie je totiž v trestnom práve hmotnom zakázaná.¹³

9 Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 08.11.2001, sp. zn. IV. ÚS 564/2000.

10 Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 29. 04. 2004, sp. zn. IV. ÚS 469/2002.

11 PŮRY, F., KUČHTA J.: Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. *Bulletin advokacie*. č. 9/2011, 2011, s. 13 a nasl.

12 Pozri napr. ČENTĚŠ, J. a kol.: *Trestný zákon – Velký komentár*, 3. aktualizované vydanie. Bratislava: Euro Kodex, 2016, s. 47– 67.

13 ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník I. § 1 až § 139*. Komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 200, s. 314.

Prípustné riziko je doménou najmä podnikateľského prostredia, keď legálnym cieľom podnikania je dosiahnutie zisku¹⁴, ktoré je často sprevádzané rôznymi majetkovými dispozíciami, ktoré sú vykonávané síce preto, aby viedli k dosiahnutiu zisku, ale môžu spôsobiť aj stratu, t.j. škodu na majetku. Je preto samozrejým, že určité riziko, najmä v komerčnej sfére, je nutné pripustiť a tolerovať, a tým je nevyhnutné v rámci trestného práva akceptovať aj prípadné škody, ktoré môžu z rizikových operácií vzniknúť. Pokiaľ ide o spoločensky prospešný výsledok rizikového konania, tak v podmienkach trhového hospodárstva je z celospoločenského hľadiska prospešné napríklad súperenie subjektov v hospodárskom priestore. Určitá miera rizikovosti je pritom najmä v podnikateľskej sfére nutná, pretože podnikanie by sa „zastavilo“, ak by pri každej majetkovej dispozícii bolo nevyhnutné, aby konajúca osoba predvídala a brala do úvahy všetky možné škodlivé následky, ktoré môžu nastať. Bolo by preto absurdným trestnoprávne postihovať akékoľvek riziko v podnikateľskom prostredí. Prípustné riziko v komerčnej sfére má však svoje hranice, pričom prípustným rizikom sú pokryté len také rozhodnutia oprávneného orgánu, ktoré sú primerané, ktoré sú vykonané po dôslednom a premyslenom zhodnotení situácie, po porade s odborníkmi (ak oprávnený orgán nedisponuje dostatočnými odbornými vedomosťami a pod.), a ak ide o rozhodnutia s určitou mierou reálnej pravdepodobnosti dosiahnutia zamýšľaného legálneho výsledku. Ide o zväzanie miery pravdepodobnosti zamýšľaného prospechu a miery pravdepodobnosti neúspechu s výberom varianty, ktorá je odôvodnená primeranými dôvodmi.¹⁵

4. Východisko pri kolízii trestného práva a podnikania – záver

Vyššie citované prístupy a názory neumožňujú zovšeobecnenie do rovnice, ktorá bude všestranne použiteľná na akýkoľvek prípad. Právna notorieta „s ohľadom na individuálne okolnosti konkrétneho prípadu“ tak za týchto okolností určite nemá povahu klišé a treba ju zohľadniť ako fakt, ktorému sa nedá vyhnúť. Určité vodítko pre múdre riešenie navrhol Ústavný súd ČR, keď skonštatoval, že ak umožňuje trestné právo realizáciu verejného záujmu na stíhanie trestnej činnosti pomocou robustných a osobnú integritu jednotlivca obmedzujúcich nástrojov, potom ich použitie musí rešpektovať ústavnoprávne limity, v danom prípade princíp proporcionality (spôsobilosť, nevyhnutnosť a adekvátnosť trestnoprávneho prostriedku ochrany). Z ústavného hľadiska pritom žiadny súd nemôže prehliadať zjavnú skutočnosť, že nástroje, pomocou ktorých sa realizuje trestnoprávna ochrana obmedzujú základné práva či slobody a len dôsledné rešpektovanie princípu *ultima ratio* zaručuje, že také obmedzenie bude ešte možné považovať za proporcionálne s účelom sledovaným trestným konaním.¹⁶

Z uvedeného vyplýva, že na vhodnosť zásahu trestného práva do sféry podnikateľských vzťahov je možné nazerať cez podmienky ústavného „testu proporcionality“ (v našom prípade testu proporcionality *sui generis*), ktorý predstavuje súbor krokov, ktoré pomáhajú orgánu aplikácie práva zistiť, či zásah do práva alebo slobody bol alebo nebol v súlade s právom. Pri jeho aplikácii by sa posudzovalo kritérium vhodnosti – či použitie trestného práva sleduje k naplneniu racionálneho účelu, ktorý je dostatočne dôležitý, aby ospravedlnil jeho použitie. Ďalej by sa hodnotilo kritérium nevyhnutnosti – či je použitie trestného práva nevy-

14 OVEČKOVÁ, O.: *Obchodný zákonník – Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 53.

15 ŠAMKO, P.: *Trestný čin podvodu – komentár s judikatúrou*. Bratislava: Iura Edition, 2012, s. 132.

16 Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 02. 06. 2005, sp. zn. IV. ÚS 469/2004.

hnutné za existujúcich okolností a či nie je k dispozícii iný, menej invazívny právny nástroj iného právneho odvetvia. Nasledoval by test primeranosti – teda vyvažovanie, či použité trestného práva nemôže svojimi negatívnymi dôsledkami presiahnuť pozitíva sústredené v ochrane verejného záujmu normami trestného práva. Aplikácie testu proporcionality je náročná na kvalitnú a vyváženú argumentáciu a i keď predstavuje neľahkú cestu, môže byť kľúčom k múdremu a spravodlivému posúdeniu toho, aké miesto má trestné právo v podnikateľských vzťahoch.

LITERATURA

- [1] ČENTÉŠ, J. a kol.: *Trestný zákon – Veľký komentár*, 3. aktualizované vydanie. Bratislava: Euro Kodex, 2016, s. 959, ISBN 978-80-8155-066-9.
- [2] Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky I. ÚS 402/2008 zo dňa 01.04. 2009.
- [3] Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky z 14.12.2011 sp. zn.: I. ÚS 316/2011.
- [4] Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky z 20.04.2011 sp. zn.: II. ÚS 294/2010.
- [5] Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 23. 3. 2004, sp. zn. I. ÚS 4/2004.
- [6] Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 08.11.2001 sp. zn. IV. ÚS 564/2000.
- [7] Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 29. 04. 2004, sp. zn. IV. ÚS 469/2002.
- [8] Nález Ústavného súdu ČR zo dňa 02. 06. 2005, sp. zn. IV. ÚS 469/2004.
- [9] OVEČKOVÁ, O.: *Obchodný zákonník – Veľký komentár*, Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 1739, ISBN 978-80-8168-573-6.
- [10] PÚRY, F., KUČHTA J.: Postih úpadkových deliktů podle nového trestního zákoníku s přihlédnutím k úpravě přípustného rizika. *Bulletin advokacie*. č. 9/2011, 2011, s. 13–24, ISSN 1210-6348.
- [11] Rozsudok Najvyššieho súdu ČR zo dňa 24. 01. 2001, sp. zn. 7 Tdo 290/2000.
- [12] ŠÁMAL, P. a kol.: *Trestní zákoník I. § 1 až § 139*. Komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009. s 1287, ISBN 9788074001093.
- [13] ŠÁMAL, P. a kol.: *Podnikání a ekonomická kriminalita v České republice*. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2001, s. 776, ISBN 8071794937.
- [14] ŠAMKO, P.: *Trestný čin podvodu – komentár s judikaturou*. Bratislava: Iura Edition, 2012, s. 312, ISBN 978-80-8079-553-6.
- [15] Uznesenie Európskeho parlamentu z 22. mája 2012 o prístupe EÚ k trestnému právu (2010/2310(INI)), Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012IP0208&from=EN> [cit. 20.10.2019].
- [16] Uznesenie Najvyššieho súdu SR zo dňa 13.08.2013 sp. zn.: 2 Tdo 35/2013.

Kontaktná adresa autora:

JUDr. Miloš Maďar, Ph.D., LL.M.

Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela

Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica

E-mail: milos.madar@umb.sk

KRITÉRIA HODNOCENÍ NABÍDEK VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH

Abstrakt: Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, účinný od 1. 10. 2016, zavedl oproti předešlé právní úpravě řadu změn v pravidlech pro zadávání veřejných zakázek, mezi ty nejdiskutovanější patří beze sporu změny v oblasti hodnocení veřejných zakázek. Autor příspěvku tyto změny popisuje a zamýšlí se nad tím, jaké dopady v praxi mají. Dostatečně prostoru je věnováno i datům ohledně četnosti využití jednotlivých způsobů hodnocení veřejných zakázek.

Abstract: Act No. 134/2016 Coll., On Public Procurement, effective from October 1, 2016, introduced a number of changes in the rules for public procurement compared to the previous legislation, among the most discussed are without doubt the changes in the evaluation of public procurement. The author of the paper describes these changes and considers what impacts they have in practice. Sufficient space is also devoted to data on the frequency of use of individual methods of public procurement evaluation.

Klíčová slova: veřejné zakázky, hodnocení veřejných zakázek.

Key words: public procurement, evaluation of public procurement.

Úvod

Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen jako „Zákon“) účinný od 1. 10. 2016 zavedl oproti předešlé právní úpravě řadu změn v pravidlech pro zadávání veřejných zakázek, mezi ty nejdiskutovanější patří beze sporu změny v oblasti hodnocení veřejných zakázek. Jedná se o odvěké dilema každého, kdo si chce pořídit nějaký ekonomický statek. Jak získat co nejkvalitnější zboží či službu a zároveň za toto zboží či službu zaplatit co nejméně peněz? Tuto ekonomickou otázku samozřejmě řeší i zadavatel veřejné zakázky, jehož postavení je navíc o to komplikovanější, že nakládá s veřejnými prostředky.

Na úvod nejprve porovnám, dle jakých kritérií nejčastěji hodnotili zadavatelé veřejných zakázek za předešlé právní úpravy, konkrétně za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Jak lze vyčíst z níže přiložených tabulek, trend využití nejnižší nabídkové ceny jako jediného hodnotícího kritéria po několik let rostl, až se ustálil na zhruba 80 % z celkového počtu zadaných veřejných zakázek, zatímco u hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti byl trend zcela opačný.¹ V roce 2016 sice došlo k významnému snížení trendu

1 Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2015, s. 24. [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek> [cit. 15. 6. 2019].

využití nejnižší nabídkové ceny jako hodnotícího kritéria, nicméně tento jev není doprovázen zvýšením využití ekonomického kritéria, proto nelze usuzovat, že v roce 2016 došlo ke změně trendu. Je to dáno pravděpodobně tím, že se v tomto roce výrazně zvýšil počet veřejných zakázek, u kterých není hodnotící kritérium uvedeno.²



Zdroj: Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2016, s. 27.

Na základě předložených čísel lze konstatovat, že za minulé právní úpravy docházelo k využívání ekonomické výhodnosti jako hodnotícího kritéria pro posuzování veřejné zakázky pouze sporadicky, z přiloženého grafu lze naopak rozpoznat, že v letech 2011 až 2016 byl trend sestupný. Významnou měrou se na takovémto výsledku bez sporu podílí obava zadavatelů, že nebudou schopni správně nastavit parametry pro ekonomickou výhodnost nabídky, což může vést v krajním případě ke zrušení veřejné zakázky ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Došlo v této oblasti ke změně trendu s novým zákonem o zadávání veřejných zakázek? Současná úprava si klade za cíl tento trend zvrátit, takové snahy jsou ostatně v souladu i se zájmy Evropské unie³, která dlouhodobě tlačí své členské státy k častějšímu využívání kvalitativních kritérií při hodnocení. Cílem tohoto textu je v následujících kapitolách čtenáři představit, jakými kroky toho chce zákonodárce dosáhnout.

2. Právní úprava hodnocení nabídek

Právní úprava hodnocení nabídek je obsažena v ustanoveních § 114 – § 119 Zákona, konkrétně v hlavě X., která je nazvána „Hodnocení nabídek v nadlimitním režimu“. Na první pohled by se tedy mohlo zdát, že se tato právní úprava dotýká pouze nadlimitních veřejných zakázek, ve skutečnosti se však zadavatel těmito ustanoveními musí řídit i v případě zadávání podlimitních veřejných zakázek.⁴

2 Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2016, s. 25. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek> [cit. 15. 6. 2019].

3 Pro případné srovnání se slovenskou úpravou KOVAČIKOVÁ H. *Vplyv európskeho práva na verejné obstarávanie v SR*, In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie: sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: Troas, 2016, s. 170–181.

4 Viz § 52 písm. b) Zákona a § 53 odst. 6 Zákona.

Zákon stanoví, že „ekonomická výhodnost nabídek se hodnotí na základě nejuvýhodnějšího poměru nabídkové ceny a kvality včetně poměru nákladů životního cyklu a kvality. Zadavatel může ekonomickou výhodnost nabídek hodnotit také podle nejnižší nabídkové ceny nebo nejnižších nákladů životního cyklu.“⁵ Je zřejmé, že pojem ekonomické výhodnosti nabídek je velmi široký a bude potřeba si některé z citovaných pojmů blíže představit.

Ve srovnání s předešlou právní úpravou je zde zjevný jeden podstatný rozdíl. Zákon zná nově pouze jediné kritérium hodnocení nabídek, a to jejich ekonomickou výhodnost. I v tomto případě se však jedná spíše o zdánlivý rozdíl. Dle zákona o veřejných zakázkách z roku 2006 měl zadavatel na výběr ze dvou možností, jak hodnotit nabídky. Prvním samostatným kritériem byla nabídková cena a druhým ekonomická výhodnost nabídky. Nový zákon sice obsahuje pouze jediné kritérium, ale nastavení tohoto jediného kritéria je velmi flexibilní a v praxi lze rovněž hodnotit jen na základě nejnižší nabídkové ceny, tedy stejným způsobem jako za minulou právní úpravu. *De facto* se nyní hodnocení na základě nejnižší nabídkové ceny stalo podskupinou kritéria ekonomické výhodnosti. Pro úplnost je třeba dodat, že možnost hodnotit na základě nejnižší nabídkové ceny neplatí vždy. Zákon ve svém ustanovení § 114 odst. 3 vyjmenovává případy, kdy zadavatel nesmí stanovit ekonomickou výhodnost pouze na základě nejnižší nabídkové ceny.⁶ Celkově je zde zřetelný záměr zákonodárce, aby i jiná kritéria (kromě nejnižší nabídkové ceny) byla využívána v budoucnu pro hodnocení nabídek častěji.

Z hlediska transparentnosti veřejných zakázek je klíčové, jakým způsobem budou nastavena pravidla hodnocení nabídek v zadávací dokumentaci, neboť se jedná o skutečnost, která může hrát velkou roli v rozhodování dodavatele, zda se účastní konkrétního zadávacího řízení. Zadavatel je povinen v zadávací dokumentaci stanovit kritéria hodnocení, metodu vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích a váhu nebo jiný matematický vztah mezi kritérii. Metodou je myšlen postup, jakým způsobem bude zadavatel jednotlivé nabídky mezi sebou porovnávat. Váhu či matematický vztah bude samozřejmě zadavatel již z povahy věci určovat pouze za předpokladu, že vybírá z více kritérií. Velmi často bude tato skutečnost vyjádřena procenty. Jako příklad lze uvést situaci, kdy o vybrané nabídce rozhoduje z 60 % cena a z 40 % technická úroveň.⁷

Dle ustanovení § 116 Zákona v případě, že se zadavatel rozhodne hodnotit ekonomickou výhodnost nabídky podle kvality, je povinen stanovit kritéria vyjadřující kvalitativní, environmentální nebo sociální hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky. Následně Zákon vyjmenovává demonstrativní výčet toho, co považuje za kritérium kvality. Řadí sem např. technickou úroveň, uživatelskou přístupnost, nebo podmínky a lhůtu dodání. Ať si již zadavatel vybere kterékoliv kritérium kvality, je vždy důležité, aby kritéria byla nastavena takovým způsobem, aby jednotlivé nabídky mohly být vzájemně porovnatelné.

Zajímavou změnou oproti předešlé právní úpravě je možnost zadavatele, aby stanovil pevnou cenu a hodnocena byla pouze kvalita nabízeného plnění. Je však otázkou, zda je takovéto ustanovení v souladu se zásadou hospodárnosti. Zásadu hospodárnosti sice samotný Zákon neupravuje, nicméně orgánům veřejné správy tuto zásadu ukládá zákon č. 320/2001

5 § 114 odst. 2 Zákona.

6 Tento zákaz platí např. pro řízení se soutěžním dialogem, řízení o inovačním partnerství nebo v případě veřejné zakázky na služby projektantů a architektů.

7 HERMAN, P. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2016, s. 299.

Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů. Dle ustanovení § 2 písm. m) tohoto zákona má orgán veřejné správy povinnost využívat veřejných prostředků k zajištění stanovených úkolů s co nejnižším vynaložením těchto prostředků, a to při dodržení odpovídající kvality.

Zadavatel by měl mít vždy na paměti, aby zvolené hodnotící kritérium bylo dostatečně určité. K této problematice se opakovaně vyjadřoval Úřad. Např. v případě dílčího kritéria „estetické, funkční vlastnosti a technická kvalita zapůjčeného nemocničního ložního prádla“ Úřad konstatoval, že takto definované kritérium není samo o sobě dostatečně určitým vodítkem pro dodavatele při zpracování nabídek. Zadavatel je povinen stanovit přesně jaké parametry budou předmětem hodnocení v souvislosti s kvalitou jednotlivých vzorků, jaké vzorky budou hodnoceny jako ekonomicky výhodnější a jakým způsobem bude hodnocení provedeno. V posuzovaném případě parametry nebyly dostatečně určité stanoveny.⁸

Dále bych rád v krátkosti vysvětlil, co se skrývá pod pojmem náklady životního cyklu. Jedná se o náklady, které vzniknou v souvislosti s plněním veřejné zakázky. Patří sem např. výzkum, vývoj, výroba, přeprava, údržba, či následná likvidace předmětu zakázky, jedná se tedy o náklady, které vzniknou v období okamžiku pořízení předmětu plnění až do okamžiku ukončení jeho ekonomické životnosti. Právě proto jsou sem velmi často zařazeny náklady na recyklaci a likvidaci předmětu plnění. Účelem hodnocení nákladů životního cyklu je, aby zadavatel mohl do svého hodnocení promítnout i tyto náklady, v praxi se samozřejmě může stát, že nižší pořizovací náklady jsou vykoupeny pozdějšími dalšími náklady, které zadavatel musí vynaložit v rámci životního cyklu předmětu plnění, např. v souvislosti s likvidací předmětu plnění.⁹ Celkové náklady na likvidaci dokonce mohou přesahovat pořizovací cenu předmětu plnění.

Samotný postup při hodnocení nabídek je následující: zadavatel provede hodnocení dle pravidel stanovených v zadávací dokumentaci¹⁰ a o samotném průběhu pořídí písemnou zprávu o hodnocení nabídek¹¹.

3. Srovnání vybraných hodnotících kritérií

3.1 Nejnižší nabídková cena jako jediné kritérium

Jedná se o nejjednodušší a nevyužívanější kritérium pro hodnocení nabídek. Příprava zadávacího řízení zabere relativně malé množství času, což je logické, neboť je jednoduše vybrána nabídka s nejnižší cenou. Rovněž samotný proces hodnocení je díky jednoduchosti rychlý a bezproblémový. Jedná se o kritérium, které je zcela transparentní¹², neboť hodnotící kritérium nejnižší nabídkové ceny je objektivní a nelze o něm nijak polemizovat. Na druhou stranu zjevným nedostatkem je skutečnost, že zadavatel nemůže vzít v potaz jiná kvalitativní kritéria, která zejména ve složitějších zadávacích řízeních mohou hrát důležitou roli, ať již se jedná o technické parametry nebo životní cyklus dodávaného výrobku.

8 Rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 8. 2013, č. j. ÚOHS-S149/2013/VZ-16452/2013/514/ZČa.

9 PODEŠVA, V. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. Komentáře (Wolters Kluwer ČR), s. 487–488.

10 § 119 odst. 1 Zákona.

11 § 119 odst. 2 Zákona.

12 Zásada transparentnosti je stanovena v § 6 odst. 1 Zákona.

Z těchto důvodů je nejnižší nabídková cena jako jediné kritérium vhodná jednoznačně v případě, kdy zadavatel poptává zboží nebo služby, které jsou lehce zaměnitelné a nehrozí velké rozdíly v jejich kvalitě. Jako příklad lze uvést veřejnou zakázku na pořízení kancelářského papíru.

Při hodnocení na cenu musí mít zadavatel rovněž na zřeteli, že účastníci zadávacího řízení se mohou účastnit s podhodnocenými nabídkami nebo s úmyslem, že další finanční prostředky následně získají pomocí víceprací či dodají velmi nekvalitní plnění a zadavateli následně vzniknou další výdaje v souvislosti s např. s opravou. Troufám si však tvrdit, že ve většině případů nejnižší nabídková cena dostatečné hodnotící kritérium.

3.2 Kritérium kvality

Hodnocení nabídek na základě poměru kvality a nabídkové ceny naopak dovoluje zadavatelům, aby lépe vybrali předmět plnění, který není snadno zaměnitelný jako v případě zmíněného kancelářského papíru a hrozí výrazné rozdíly v kvalitě. Za pozitivní rovněž hodnotím skutečnost, že zadavatel při zohledňování kvality více nutí potenciální dodavatele k inovacím a v neposlední řadě má možnost zohlednit náklady životního cyklu předmětu veřejné zakázky.

Jedná se o vhodné řešení např. u dodávek zboží, kde technická kvalita hraje velkou roli (nákup počítačů), u služeb, kde je důležitá odbornost (právní služby), případně u stavebních prací, pokud se jedná o rozsáhlou a komplikovanou stavbu.

Je zde však na místě upozornit, že zadavatelé často chybují v tom, že kritérium kvality nevymezí dostatečně jasně a srozumitelně, v tomto ohledu jsou na ně samozřejmě kladeny mnohem vyšší nároky než v případě hodnocení pouze na nejnižší nabídkovou cenu. Úřad je nucen se takovými případy zabývat poměrně často (viz rozhodnutí Úřadu popsané v předešlé kapitole).

Jak jsem se již zmínil, povinnou součástí zadávací dokumentace je i metoda vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích a váha jednotlivých kritérií.¹³ I zde zadavatelé velmi často chybují, neboť nevymezí dostatečně určitě způsob hodnocení, např. určí váhu pro samotnou technickou úroveň, ale již opomenou určit, jakým počtem bodů zadavatel ohodnotí jednotlivá subkritéria, tedy dílčí technické požadavky, které dohromady tvoří požadované technické řešení.

Obecně lze tedy uzavřít, že hodnocení nabídek na základě poměru kvality a nabídkové ceny klade na zadavatele mnohem vyšší nároky při přípravě zadávací dokumentace a hrozí, že se mu nepodaří kritéria, či způsob jejich hodnocení, vymezit správně. Na druhou stranu, pokud vše zadavatel vymezí v zadávací dokumentaci správně, může za vynaložené prostředky získat kvalitnější plnění, než kdyby posuzoval veřejnou zakázku pouze dle nejnižší nabídkové ceny.

3.3 Náklady životního cyklu

Využití nákladů životního cyklu je vhodné zejména za předpokladu, že zadavateli vzniknou v budoucnu v souvislosti s předmětem veřejné zakázky další náklady a lze předpoklá-

13 § 115 odst. 1 Zákona.

dat, že u různých dodavatelů se tyto náklady mohou lišit. Může se pak přirozeně ukázat, že zdánlivě nejlevnější nabídka ve výsledku vychází draž než jiná, která při pouhém poměrování pořizovací ceny předmětu plnění vycházela jako ta cenově nevhodnější.

V některých případech nemusí být náklady životního cyklu vyjádřeny přímo, ale jsou zvolena taková hodnotící kritéria, ve kterých jsou *de facto* obsažena. Metodika pro hodnocení nabídek dle ekonomické výhodnosti, kterou vytvořilo Ministerstvo pro místní rozvoj ČR, jako vhodný příklad uvádí tuto situaci: zadavatel pořizuje tiskárny a jako hodnotící kritéria stanoví: cena (50 %), náklady na tisk jedné strany (20 %), rychlost tisku (10 %), náklady na hodinu servisu (10 %), délka záruční doby (10 %). Jedná se o příklad dodávky, kde brát v potaz pouze pořizovací cenu není rozumné, neboť u tiskáren náklady na tisk a cena servisu hrají významnou roli a tyto náklady mohou i přesáhnout pořizovací cenu tiskárny.

U některých dodávek může být metoda nákladů životního cyklu stanovena nařízením vlády. Je tomu tak např. při zadávání veřejných zakázek na dodávky, jejichž předmětem je pořízení silničního vozidla kategorie N1, N2, N3, M1, M2 nebo M3, tyto situace upravuje nařízení vlády č. 173/2016 Sb., o stanovení závazných zadávacích podmínek pro veřejné zakázky na pořízení silničních vozidel.

Závěr

Jak již bylo naznačeno v předešlých kapitolách, hodnocení veřejných zakázek je rozsáhlé a komplikované téma. Jedná se rovněž o téma velmi aktuální zejména s ohledem na veřejně deklarovanou snahu o zatraktivnění hodnocení ekonomické výhodnosti podle kvality. Těmto snahám dle mého názoru velmi pomáhá Metodika pro hodnocení nabídek dle ekonomické výhodnosti dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek z dílny Ministerstva pro místní rozvoj. Metodiku považuji za poměrně zdařilou a zadavatelům nabízí velké množství praktických rad, jak správně hodnotit podle kvality.

I přes deklarované snahy o zatraktivnění hodnocení ekonomické výhodnosti veřejných zakázek podle kvality musím bohužel konstatovat, že Česká republika oproti minulosti v této chvíli nemá k dispozici data, která by mohla otočení trendu v souvislosti s účinností Zákona potvrdit či vyvrátit. Od účinnosti Zákona Ministerstvo pro místní rozvoj (dále jen „Ministerstvo“) přestalo ve svých každoročních výročních zprávách o stavu veřejných zakázek v České republice tento jev sledovat. Z tohoto důvodu jsou k dispozici relevantní data naposledy za rok 2016 (viz úvodní kapitola).

Dne 14. 5. 2019 byl do meziresortního připomínkovacího řízení vložen materiál s názvem „Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2018“, nicméně stejně jako v loňském roce chybí i tentokrát srovnání využití nejnižší nabídkové ceny jako jediného hodnotícího kritéria oproti jiným kvalitativním kritériím hodnocení. Přitom se jedná o data, která byla v minulosti běžně zveřejňována. V rámci meziresortního připomínkovacího řízení jsem prostřednictvím Hospodářské komory České republiky zažádal o doplnění těchto dat. Ministerstvo však ve své odpovědi konstatuje, že oproti minulosti současná struktura formulářů, kterými zadavatelé oznamují informace o veřejných zakázkách, tuto informaci po zadavatelích nevyžaduje, neboť z pohledu Zákona existuje jediné kritérium hodnocení nabídek, a to dle jejich ekonomické výhodnosti. Z tohoto důvodu podrobnější informaci o způsobu hodnocení vyplňují pouze někteří zadavatelé a data v tomto ohledu nelze

vzájemně porovnat, neboť Ministerstvo nemá dostatečný reprezentativní vzorek. Nicméně Ministerstvo přislíbilo, že se do budoucna pokusí iniciovat změnu struktury formulářů. Změnu komplikuje i fakt, že struktura formulářů vychází z evropské legislativy.

Osobně se domnívám, že veřejných zakázek s hodnocením na základě jiných kritérií než podle nejnižší nabídkové ceny již v této chvíli (ze všech důvodů popsanych v předešlých kapitolách) přibývá a beze sporu bude velmi zajímavé tento jev dále sledovat. Ruku v ruce s tímto jevem však bude přibývat i veřejných zakázek, kde hodnocení na kvalitu nebude vymezeno správně, neboť tento druh hodnocení klade na zadavatele mnohem vyšší nároky a řada z nich nebude dostatečně připravena.

LITERATURA

- [1] DVOŘÁK, D. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2017. Velké komentáře. ISBN 9788074006517, 1320 s.
- [2] HERMAN, P. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2016. ISBN 978-80-7380-595-1, 640 s.
- [3] KOVAČÍKOVÁ H. *Vplyv európskeho práva na verejné obstarávanie v SR, In: Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie: sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: Troas, 2016-. ISBN 978-80-88055-01-3. ISSN 2571-4074, s. 170–181.
- [4] MACEK, I. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2017. Komentátor. ISBN 9788075021717, 816 s.
- [5] PODEŠVA, V. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. Komentáře (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7552-102-6, 648 s.
- [6] POREMSKÁ, M. *Veřejné zakázky stručně a prakticky*. Praha: Wolters Kluwer, 2017. ISBN 978-80-7552-697-7, 328 s.
- [7] Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2015, 47 s. [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>.
- [8] Výroční zpráva o stavu veřejných zakázek v České republice za rok 2016, 44 s. [online]. Dostupné z: <http://www.portal-vz.cz/cs/Spoluprace-a-vymena-informaci/Vyrocnizpravy-a-souhrnne-udaje-o-verejnych-zakazk/Vyrocnizpravy-o-stavu-verejnych-zakazek>.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Jan Mandík

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: jan.mandik@gmail.com

ZNÁMÝ VĚŘITEL V EVROPSKÉM INSOLVENČNÍM PRÁVU

Abstrakt: Příspěvek se zaměřuje na pojem známého věřitele v evropském insolvenčním právu. Taktéž s ohledem na přijetí nového insolvenčního nařízení příspěvek zkoumá odlišnosti mezi původní úpravou v nařízení o úpadku a novou úpravou v insolvenčním nařízení. Dále ověřuje, zda je tento pojem vykládán v českém právu eurokonformně a tento výklad srovnává s výkladem v dalších zemích Evropské unie.

Abstract: The article focuses on the concept of the known foreign creditors in the area of European insolvency law. The article deals with the difference in the concept of the known foreign creditors in previous insolvency regulation and recast insolvency regulation. Moreover the article examines whether the interpretation of the concept of the known foreign creditors by Czech court is convenient with European law.

Klíčová slova: *přihlašování pohledávek, známý věřitel, úpadek.*

Key words: *lodging a claims, the known foreign creditor, bankruptcy.*

Úvod

Předpisy evropského insolvenčního práva pracují s pojmem známého věřitele. Tento pojem je obsažen v nařízení č. 848/2015¹, směrnici č. 2009/138/ES² a směrnici č. 2001/24/ES.³ Další evropské předpisy obsahující úpravu evropského insolvenčního práva pojem známého věřitele neobsahují. Pojem známého věřitele obsahovalo i nařízení č. 1346/2000.⁴ Pojem známého věřitele nebyl dosud zkoumán v judikatuře Soudního dvora Evropské unie.

Příspěvek zkoumá případné odlišnosti mezi původní úpravou pojmu známého věřitele v nařízení o úpadku č. 1346/2000 a novou úpravou v insolvenčním nařízení č. 848/2015 a výklad tohoto pojmu ze strany českých soudů. Na obtížnost výkladu pojmu známý věřitel upozorňuje Bělohlávek⁵.

S ohledem na skutečnost, že nařízení č. 848/2015 nahradilo nařízení č. 1346/2000, bude ověřována hypotéza, že v nařízení č. 848/2015 je zachována výkladová kontinuita

1 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848 ze dne 20. května 2015 o insolvenčním řízení.

2 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/138/ES ze dne 25. listopadu 2009 o přístupu k pojišťovaci a zajišťovací činnosti a jejím výkonu.

3 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/24/ES ze dne 4. dubna 2001 o reorganizaci a likvidaci úvěrových institucí.

4 Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 ze dne 29. května 2000 o úpadkovém řízení.

5 BĚLOHLÁVEK, A. Povinnost informovat známé zahraniční věřitele v režimu evropského insolvenčního řízení, I. díl. *Obchodní právo*, 10/2018, s. 356.

pojmu známého věřitele a zda je možné k výkladu v českém vnitrostátním právu aplikovat stávající judikaturu. Cílem příspěvku je ověření eurokonformního výkladu pojmu známého věřitele v českém právu.

Výklad je zpracován analýzou normativního textu a za tímto účelem jsou použity obvyklé formy výkladu, a to zejména jazykového, logického, systematického a teleologického.

1. Známý věřitel

Vymezit známé věřitele v insolvenčním řízení je podstatné s ohledem na informační povinnost příslušného soudu nebo insolvenčního správce v členském státě Evropské unie, který zahájil insolvenční řízení podle nařízení č. 848/2015. Nařízení č. 848/2015 stanoví, že informační povinnost je uskutečněna prostřednictvím individuálních oznámení, která obsahují zejména lhůty, sankce za nedodržení těchto lhůt, subjekt nebo orgán, u kterého se přihlašují pohledávky, a veškerá jiná stanovená opatření.

1. 1 Známý věřitel v evropském insolvenčním právu

Nařízení č. 1346/2000 bylo nahrazeno nařízením č. 848/2015, které obsahuje obdobný princip, jako původní úprava v článku 39 nařízení č. 1346/2000, v článku 54 nařízení č. 848/2015, podle kterého *„jakmile je v některém členském státě zahájeno insolvenční řízení, příslušný soud tohoto státu nebo insolvenční správce jmenovaný tímto soudem neprodleně vyrozumí známé zahraniční věřitele.“*

Nařízením č. 848/2015 oproti nařízení č. 1346/2000 upravilo terminologii, kdy namísto pojmu známého věřitele používá pojem známého zahraničního věřitele. Nadto nařízení č. 848/2015 oproti nařízení č. 1346/2000 definuje pojem zahraničního věřitele v článku 2 odst. 12 nařízení č. 848/2015 tak, že se jedná o *„věřitele, včetně správců daně a orgánů sociálního zabezpečení, který má obvyklé místo pobytu, bydliště nebo sídlo v jiném členském státě, než je stát, který zahájil řízení.“*

Při výkladu pojmu známého zahraničního věřitele může nastat konflikt, pokud bude mít zahraniční věřitel na území členského státu centrum hlavních zájmů, které je hraničním určovatelem pro zahájení insolvenčního řízení, ale nebude splňovat definici zahraničního věřitele v článku 2 odst. 12 nařízení č. 848/2015, jelikož na území členského státu nebude mít pobyt, bydliště nebo sídlo. Mám za to, že tento nedostatek by měl být překlenut výkladem a i tento věřitel by měl být považován za zahraničního věřitel ve smyslu článku 2 odst. 12 nařízení č. 848/2015⁶. Bylo by nelogické, aby se v případě zahájení insolvenčního řízení pracovalo s hraničním určovatelem hlavních zájmů dlužníka, ale v případě věřitelů, by byl tento hraniční určovatel opomíjen.

Informační povinnost vůči známým věřitelům stanoví v rámci evropského insolvenčního práva taktéž směrnice č. 2009/138/ES a směrnice č. 2001/24/ES. Známým věřitelem, je věřitel, který má bydliště, obvyklé místo pobytu nebo sídlo v jiném členském státě. I zde je namístě vztáhnout tuto informační povinnost na věřitele, kteří mají v členském státě

6 Tento názor zastává BĚLOHLÁVEK, A. Povinnost informovat známé zahraniční věřitele v režimu evropského insolvenčního řízení, I. díl. *Obchodní právo*, 10/2018, s. 359.

centrum hlavních zájmů. Za známé věřitele by měli být považováni věřitelé, o nichž tyto informace vyplývají z účetnictví dlužníka nebo ze smluvní dokumentace dlužníka⁷.

V rámci evropských předpisů lze na základě jazykového výkladu rozlišovat mezi známým věřitelem z členského státu Evropské unie a „nečlenským“ známým věřitelem. V rámci odborného výkladu na tomto rozlišení nepanuje shoda. Bork a Mangano⁸ se vyjadřují, že nelze rozlišovat mezi věřiteli z členských států Evropské unie a ostatními věřiteli. Pannen⁹ uvádí doslovný text nařízení č. 848/2015 a argumentaci podporuje zprávou Virgos a Schmidt¹⁰ k úmluvě o insolvenčním řízení. Bork a Zwieten¹¹ si protiřečí, kdy definici zahraničních věřitelů vztahují na všechny věřitele i mimo členské státy Evropské unie, ale uvádí, že informační povinnost se bude vztahovat pouze na věřitele z jiných členských států Evropské unie a na ostatní věřitele a domácí věřitele se bude vztahovat jen vnitrostátní legislativa a nikoliv nařízení č. 848/2015. Bělohávek dovozuje, že s ohledem na účel ustanovení o informační povinnosti známých věřitelů je nutno informovat i ostatní zahraniční věřitele, i když nečlenských známých věřitelů se tato povinnost výslovně netýká. Mám za to, že tento rozšiřující výklad lze přijmout, a to i s ohledem na zákaz diskriminace a ustanovení Vzorový zákon UNCITRAL o přeshraniční insolvenční, který v článku 14 uvádí informační povinnost ke všem zahraničním věřitelům. Tímto postupem bude zajištěno i právo na spravedlivý proces ve smyslu Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Bělohávek¹² dovozuje, že informační povinnost vyrovnává rovnost zbraní v soudním řízení.

Na druhou stranu bod 64 Preambule nařízení č. 848/2015 hovoří o věřitelích, kteří mají obvyklé místo pobytu, bydliště nebo sídlo v Evropské unii, a tito věřitelé mají být informováni o zahájení insolvenčního řízení, jež se týká majetku jejich dlužníka.

Nařízení č. 848/2015 zavádí další nejasnost ohledně lhůty pro přihlášení pohledávek známých zahraničních věřitelů. Přelomový článek 55 nařízení č. 848/2015 obsahuje formalizovaný postup pro přihlášení pohledávek a taktéž minimální lhůtu pro přihlášení pohledávek. Podle článku 55 odst. 6 nařízení č. 848/2015 tato lhůta nesmí činit v případě zahraničního věřitele méně než 30 dní. Tato lhůta se počítá od zveřejnění oznámení o zahájení insolvenčního řízení v insolvenčním rejstříku státu, který řízení zahájil. Nadto je lhůta pro přihlášení pohledávek ponechána na vnitrostátním právu státu, který insolvenční řízení zahájil. Opírá-li se členský stát o článek 24 odst. 4 nařízení č. 848/2015, tedy, že členský stát Evropské unie nezahrnuje do insolvenčních rejstříků informace o fyzických osobách, jež nejsou samostatně výdělečně činné, ani tyto informace nezpřístupňuje prostřednictvím systému propojení insolvenčních rejstříků veřejnosti, nesmí tato lhůta činit méně než 30 dní ode dne, kdy byl známý zahraniční věřitel informován podle článku 54 nařízení č. 848/2015.

7 PANNEN, K. *European Insolvency Regulation: Commentary*. Walter de Gruyter; 1. vydání 2007, s. 531 Obdobně: VIRGOS, M., GARCIMARTIN, F. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 138.

8 BORK, R. a MANGANO, R. *European Cross-border insolvency Law*. 1. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 215.

9 PANNEN, K. *European Insolvency Regulation: Commentary*. Walter de Gruyter; 1. vydání 2007, s. 530.

10 VIRGOS, M. AND SCHMIT, E. (1996) Report on the Convention on Insolvency Proceedings.

11 BORK R., ZWIETEN von K. *Commentary on the European Insolvency Regulation*. Oxford: Oxford University Press; 1. vydání 2016, s. 992.

12 BĚLOHLÁVEK, A. Povinnost informovat známé zahraniční věřitele v režimu evropského insolvenčního řízení, I. díl. *Obchodní právo*, 10/2018. s. 356.

Otázkou může být, zda se daná lhůta vztahuje obecně na zahraniční věřitele, jak známé, tak neznámé, nebo jen na neznámé. V rámci textace, kdy ustanovení článku 24 odst. 4 nařízení č. 848/2015 odkazuje na informování známých zahraničních věřitelů a argumentu *a maiori ad minus* by se tato minimální 30 denní lhůta měla vztahovat na všechny zahraniční věřitele. Na druhou stranu pak může docházet k situacím, kdy známý zahraniční věřitel nebude včas vyrozuměn na základě individuální oznámení a lhůta pro podání přihlášky pohledávky by mu mohla uplynout ještě před obdržetím individuálního oznámení, kterým je informován o svých právech. S ohledem na poučení známých zahraničních věřitelů o jejich právech bych se klonil k závěru, že s ohledem na účel informační povinnosti, by pro známé zahraniční věřitele měla minimální lhůta pro přihlášení pohledávek běžet až od doručení oznámení, které známého zahraničního věřitele informuje o jeho právech.

1. 2 Známý věřitel v českém insolvenčním právu

Pojem známého věřitele je pro účely insolvenčního zákona použit v ustanovení § 430 InsZ¹³. Ustanovení § 430 InsZ ukládá insolvenčním soudům povinnost vyrozumět známé věřitele dlužníka, kteří mají své obvyklé místo pobytu, bydliště nebo sídlo v některém z členských států Evropské unie, o zahájení insolvenčního řízení a o vydání rozhodnutí o úpadku. Tato povinnost je splněna ze strany insolvenčního soudu tím, že definovaným známým věřitelům je zvláště doručeno rozhodnutí, kterým se oznamuje zahájení insolvenčního řízení, rozhodnutí o úpadku nebo jeho zkrácené znění, standardní formulář oznámení a standardní formulář pro přihlašování pohledávek podle přímo použitelného právního předpisu Evropské unie. Ustanovení při přijetí insolvenčního zákona reflektovalo nařízení č. 1346/2000, které v článku 40 upravovalo povinnost informovat známé věřitele, kteří mají své obvyklé místo pobytu, bydliště nebo sídlo v jiných členských státech, a to ze strany insolvenčního soudu nebo insolvenčního správce a které je nyní obsaženo v článku 54 nařízení č. 848/2015.

Nejvyšší soud pojem známého věřitele vyložil v usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 5. 2012 sen. zn. 29 NSČR 13/2010¹⁴ tak, že „Znáмым věřitelem dlužníka, který má své obvyklé místo pobytu, bydliště nebo sídlo v některém z členských států Evropské unie s výjimkou Dánska, je v insolvenčním řízení takový věřitel, o kterém by se insolvenční soud, případně předběžný správce nebo (od rozhodnutí o úpadku) insolvenční správce dlužníka dozvěděl při obvyklém chodu věci buď z listin, jež je dlužník povinen předložit insolvenčnímu soudu (typicky ze seznamu závazků ve smyslu ustanovení § 104 odst. 1 písm. b) InsZ nebo z řádně vedeného účetnictví dlužníka anebo (typově u dlužníka, který nemá povinnost vést účetnictví) z jiných dlužníkem řádně vedených záznamů o stavu jeho majetku a závazků (včetně korespondence). Dlužník, který (lhostejno, zda jde o podnikatele) nekoná s péčí řádného hospodáře a nevede řádné záznamy o stavu svého majetku a o svých závazcích nebo který nesplní řádně a včas povinnost předložit soudu seznam závazků nemá právo spoléhat na to, že věřitel (jenž by v propadné lhůtě určené k podání přihlášky do insolvenčního řízení byl jinak znám – při obvyklém chodu věcí – alespoň insolvenčnímu správci), přijde v důsledku dlužníkovy nedbalosti o možnost přihlásit pohledávku do insolvenčního řízení.“

13 Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), v platném znění. Dále jen „insolvenční zákon“ nebo „InsZ“.

14 K tomuto usnesení se Nejvyšší soud přihlásil v usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. 10. 2016, sen. zn. 29 NSČR 111/2014.

Nejvyšší soud dále rozlišuje mezi známými českými věřiteli a neznámými věřiteli z jiných členských států Evropské unie s výjimkou Dánska¹⁵, přičemž u těchto dvou skupin povinnost vyrozumět věřitele není dána. Výhodnější postavení známých věřitelů v českém vnitrostátním právu obstálo i v testu ústavnosti.¹⁶

Neznámým věřitelem je věřitel, „o kterém do uplynutí propadné lhůty určené v rozhodnutí o úpadku k podávání přihlášek do insolvenčního řízení nevyjde v insolvenčním řízení ničeho najevo ani z dlužníkem řádně vedeného účetnictví nebo jiných záznamů o majetku a závazcích dlužníka, s nimiž se insolvenční správce včas seznámil, ani jinak, jelikož dlužník se o postoupení nedozvěděl (nebyl o něm nikým vyrozuměn) a jako majitele pohledávky dále označoval postupitele, není pro tuto dobu pokládán za známého věřitele dlužníka.“¹⁷

To, že se jedná o neznámého věřitele, má za následek, že zmeškaná lhůta k podání přihlášky se však takovému neznámému věřiteli nevrací. V případě, že se jedná o známého věřitele, který měl být zjištěn z předmětné evidence dlužníka, tak takovému známému věřiteli běží lhůta k podání přihlášky až od okamžiku doručení vyrozumění o zahájení insolvenčního řízení¹⁸. K této ústavně ospravedlnitelné výjimce řadí Nejvyšší soud úprava obsaženou v § 430 InsZ. Nejvyšší soud¹⁹ uvedl, že tato úprava „počítá s tím, že známi věřitelé dlužníka, kteří mají své obvyklé místo pobytu, bydliště nebo sídlo v některém z členských států Evropské unie s výjimkou Dánska, budou insolvenčním soudem vyrozuměni o zahájení insolvenčního řízení a o vydání rozhodnutí o úpadku zvláštním doručením těchto rozhodnutí (§ 430 odst. 1 a 2 InsZ) a že jim bude zvlášť doručena i výzva k podávání přihlášek (těmto známým věřitelům tedy v souladu s ustanovením § 74 odst. 2 InsZ začíná běžet lhůta k podání přihlášek až ode dne, kdy jim výzva k podávání přihlášek bude doručena zvlášť). Jedná se o přizpůsobení insolvenčního zákona i jinak přímo aplikovatelnému nařízení č. 848/2018²⁰.

Nutno upozornit, že pochybení o informování, které zavinil dlužník, není důvodem pro zrušení schváleného osvobození dlužníka od hrazení zbytku dluhů²¹.

Tento výklad Nejvyššího soudu k pojmu známý věřitel bude možné analogicky uplatnit i v rámci výkladu nařízení č. 848/2015, jelikož nedošlo k vymezení pojmu známého věřitele v nařízení č. 848/2015 a úprava je obdobná předchozí úpravě v nařízení č. 1346/2000.

Ke změně výkladu může dojít v rámci zmeškání lhůty k podání přihlášky pohledávky ze strany známého zahraničního věřitele s ohledem na novou úpravu v článku 55 nařízení č. 848/2015, která se týká přihlašování pohledávek zahraničních věřitelů.

V rámci lhůty pro přihlášení pohledávek upravené v článku 55 nařízení č. 848/2015 a výklad české právní úpravy tak může dojít ke sjednocení postavení mezi českými a zná-

15 Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. 10. 2016, sen. zn. 29 NSČR 111/2014 či usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 09. 2018, sen. zn. 29 NSCR 169/2016.

16 Ústavní soud v usnesení ze dne 26. ledna 2009, sp. zn. I. ÚS 2536/08, jímž Ústavní soud odmítl ústavní stížnosti podanou proti R 25/2009 (jež je veřejnosti k dispozici na webových stránkách Ústavního soudu), usnesení ze dne 22. 10. 2009, sen. zn. 29 NSČR 27/2009, uveřejněné pod číslem 63/2010 Sbírkou soudních rozhodnutí a stanovisek a R 151/2011.

17 Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 12. 2014 sen. zn. 29 NSČR 126/2014.

18 Obdobně rozhodl Oberlandesgericht Graz dne 31. 3. 2006 sp. zn. 3 R 46/06 nebo francouzský soud Cour d'appel d'Orléans chambre commerciale économique et fi nancière Audience ze dne 9. 6. 2006 ve věci R. Jung GmbH in PANNEN., K. *European Insolvency Regulation: Commentary*. Walter de Gruyter; 1. vydání 2007, s. 533.

19 Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 04. 09. 2008 sen. zn. 29 NSCR 4/2008.

20 Taktéž HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T. a kol. *Insolvenční zákon. Komentář* 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2018, s. 1765.

21 Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2017 sen. zn. 29 NSCR 50/2015.

mými zahraničními věřiteli. To z důvodu, že česká úprava lhůt pro přihlášení pohledávek věřitelů je konformní s minimální lhůtou pro přihlášení pohledávek podle článku 55 nařízení č. 848/2015 a český insolvenční rejstřík je veřejně přístupný. Lze dospět k závěru, že lhůta pro zahraniční věřitele, jak známé, tak neznámé, bude totožná s lhůtou pro přihlášení pohledávek pro české domácí věřitele.

Výkladem s ohledem na účel informační povinnosti dospívám k závěru, že známým zahraničním věřitelům bude zachována výhoda, kdy se těmto známým zahraničním věřitelům bude lhůta pro podání přihlášky pohledávky počítat ode dne doručení splnění informační povinnosti ze strany insolvenčního soudu. V rámci prolomení lhůty se bude vycházet z výše uvedené judikatury Nejvyššího soudu a v případě, že se jedná o neznámého věřitele a nebude moci být považován za známého věřitele do uplynutí řádné lhůty pro přihlášení pohledávek, se v případě, že se stane známým věřitelem až po uplynutí lhůty pro podání přihlášek pohledávek domácích věřitelů, nebude lhůta pro přihlášení pohledávek navracet.

V rámci právní jistoty bych doporučil, aby ustanovení § 430 InsZ bylo novelizováno a výslovně obsahovalo lhůtu pro přihlášení pohledávek známých zahraničních věřitelů. Mám za to, že s ohledem na smysl ustanovení o informování zahraničních známých věřitelů, by tato lhůta měla činit 2 měsíce od prohlášení úpadku a neměla by končit dříve než po uplynutí 30 dnů, ode dne splnění informační povinnosti ze strany insolvenčního soudu. Tato výjimka v předchozí úpravě prošla i testem ústavnosti a taktéž se nejedná o jediné prolomení lhůty pro přihlášení pohledávek. Lhůta pro přihlášení pohledávek je prolomena i v rámci přihlášení náhrady škody podle § 253 odst. 4 InsZ v situaci, kdy osoba s dispozičním oprávněním odmítne plnění synallagmatického závazků.

V rámci českých a zahraničních známých věřitelů je nutno pro úplnost upozornit na jejich specifické postavení v českém insolvenčním řízení. Podle § 346 odst. 2 InsZ, jež se pojí s předem připravenou reorganizací a o úpravu obsaženou v § 401 odst. 2 InsZ, která se váže k předem připravenému oddlužení. Tato ustanovení vymezují předpoklady, za nichž lze uznat výsledky hlasování věřitelů o přijetí reorganizačního plánu, respektive o přijetí způsobu oddlužení, které se uskutečnilo nejen mimo schůzi věřitelů, nýbrž i před zahájením insolvenčního řízení. V takovém případě, kdy vyrozumění prostřednictvím insolvenčního rejstříku nepřichází v úvahu, neboť insolvenční řízení ještě nebylo zahájeno, samozřejmě není možné, aby dlužník do procesu hlasování nezapojil tím, že je osloví své známé věřitele.

Závěr

Předpisy evropského insolvenčního práva pracují s pojmem známého věřitele, který nebyl dosud podroben výkladu Soudním dvorem Evropské unie. Vůči známému zahraničnímu věřiteli má insolvenční soud nebo insolvenční správce zvláštní informační povinnost, která je jak v původním nařízení č. 1346/2000 tak v novém nařízení č. 848/2015 upravena obdobně. V současné úpravě byl nově definován pojem zahraničního věřitele a je upravena minimální lhůta, která musí být dána zahraničním věřitelům pro přihlášení pohledávky.

Právě definování minimální lhůty a zavedení informování zahraničních věřitelů prostřednictvím insolvenčních rejstříků může vést k částečné výkladové diskontinuitě.

Lze uzavřít, že bude zachován výklad pojmu známý zahraniční věřitel ve smyslu, že se jedná o věřitele, který je evidován v účetnictví dlužníka, nebo dokumentech pojících se s dlužníkovou činností.

Není zjevné, zda bude zachována jak česká, tak zahraniční judikatura, že porušení informační povinnosti vedlo v případě známých zahraničních věřitelů k prolomení lhůty pro přihlášení pohledávek. V rámci účelu informační povinnosti a ochrany známých zahraničních věřitelů může být tento výklad zachován. Na druhou stranu je nutno upozornit, že v případě členských států, které poskytnout minimální 30 denní lhůtu pro přihlášení známých zahraničních věřitelů může být postupováno tak, že se tato lhůta bude počítat od zveřejnění informace o přihlášení v insolvenčním rejstříku. V rámci jazykové bariéry se kloním k pokračování principu, že známým zahraničním věřitelům by se měla lhůta počítat až od splnění informační povinnosti a v tomto duchu by mělo být novelizováno i ustanovení § 430 InsZ a mělo by výslovně obsahovat i lhůtu pro přihlášení pohledávek zahraničních věřitelů.

LITERATURA

- [1] BĚLOHLÁVEK, A. Povinnost informovat známé zahraniční věřitele v režimu evropského insolvenčního řízení, I. díl. *Obchodní právo*, 10/2018. s. 356.
- [2] BORK, R. a MANGANO, R. *European Cross-border insolvency Law*. 1. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 215.
- [3] BORK R., ZWIETEN von K. *Commentary on the European Insolvency Regulation*. 1. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 992.
- [4] HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T. a kol. *Insolvenční zákon. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2018
- [5] PANNEN, K. *European Insolvency Regulation: Commentary*. Walter de Gruyter; 1. vydání. 2007, s. 531. Obdobně: VIRGOS, M., GARCIMARTIN, F. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 138
- [6] VIRGOS, M. AND SCHMIT, E. (1996) *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*.

Kontaktní adresa autora:

JUDr. Ing. Tomáš Moravec, Ph.D.

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: tomas.moravec@vse.cz

THE IMPORTANCE OF CIVIL LITIGATION EFFICIENCY AND SOME PROBLEMATIC ASPECTS BETWEEN THE COMMERCIAL LAW AND THE CIVIL PROCEDURAL LAW REGULATION IN THE REPUBLIC OF LATVIA

Abstrakt: Autorka se v tomto článku věnuje popisu a analýze vlivu a důležitosti efektivního občansko-právního sporu ve zdravém podnikatelském prostředí. Pokud jde o výše uvedené, je třeba zdůraznit význam účinnosti občansko-právních sporů a příslušných procesních nástrojů k dosažení tohoto cíle. Příspěvek popisuje některé obecné aspekty občanského procesu v Lotyšské republice – ty, které jsou důležité pro každou osobu, tj. například přístup k soudu, přípravná fáze, platby státních poplatků zvláštním žalobcům, kteří jednají jako náhradníci apod. Příspěvek rovněž obsahuje úvahy týkající se kvality práva a harmonizace mezi regulací hmotných práv stanovených zákonem a procesními právy, a jeho vlivem na efektivitu procesu a schopnost člověka plnit procesní práva. Příspěvek obsahuje i autorské úvahy o tendencích vývoje občanského soudního sporu a celkové efektivnosti civilního procesu. Tento článek by měl být důležitým zdrojem informací pro srovnávací analýzy právníků, vědeckých pracovníků i dalších odborníků, kteří mají zájem zlepšit prostředí podnikatelského sektoru.

Abstract: The author devotes this paper to describe and analyze the influence and importance of effective civil litigation in a healthy business environment. Concerning mentioned should be emphasized the importance of civil litigation efficiency and relevant procedural tools to achieve this target. The paper describes some general aspects set forth by Civil procedural law in the Republic of Latvia important for any person, i.e. access to court, preparatory stage, state fee payments for special plaintiffs who acting as substitutes. The paper includes considerations regarding law quality and harmonization between regulation of material rights prescribed by law and procedural abilities and its influence on the efficiency of process and person's ability to fulfill their procedural rights, author's considerations about tendencies of development of the civil litigation and process efficiency. The article should be an important source of information for lawyers and scientists for comparative analysis and other specialists who are interested to improve the environment of the business sector.

Klíčová slova: občansko-právní spory, náhrada žalobců, kvalita práva, přístup k soudu a soudní soustavě.

Key words: civil litigation, substitutes of plaintiffs, quality of law, access to court.

Introduction

Undoubtedly, any person that is willing to develop business is interested in protecting their rights and interests, including in the context of effective and appropriate civil proceedings, in the event of a dispute and/or infringement of rights. Likewise, undoubtedly any person may be involved in the proceedings, either on their own initiative or on the initiative of another person. Nowadays, the business environment is developing fast and embracing new spheres of life, thus the potential disputes, incl. regarding commercial cases, is a reality, and thus the regulation of civil law and civil procedure and the quality of the texts of these laws are especially important to ensure and to promote a good business environment in every country. Regarding this aspect issues such as the efficiency of civil procedure and the ability of individuals to successfully exercise their procedural rights/obligations to the maximum extent are very important. On the other hand, in order to achieve a positive outcome for the maximum implementation of both substantive and civil procedural law, it is necessary to create the required basis for it, and the quality and mutual harmonisation of the statutory texts is important for this purpose, also to avoid incorrect and/or faulty interpretation of the statutory texts, as well as to provide individuals with the necessary procedural tools to enforce their substantive rights and to avoid the unregulated or poorly regulated spheres, known as “the blank spots” of the law. According to the explanations found in the scientific literature – *the constitutional rights of the individuals to the right of a fair trial is exercised by submitting an application claim to the court*¹. This article addresses the procedural issues faced by natural persons, who are authorised by the Commercial Law to act on behalf of and in the name of a legal person to bring civil action at the court, but who are not the Board Members of such legal persons, as well as this article outlines and highlights how the lack of attention and appropriate attitudes towards the harmonisation and quality of the statutory texts create problems for individuals regarding the successful enforcement of their substantive and procedural rights.

1. The quality of the law and other aspects affecting civil proceedings

The author is convinced that the quality and mutual coordination (harmonisation) of the statutory texts is very important so that persons seeking legal protection do not solve problems and contradictions within their cases that may be caused by (for example) poor quality or inaccurate wording of the statutory text, or mutually contradicting regulations. The scientific literature also points out that: *(...) poor quality regulatory enactment has a negative impact on legal certainty and legal safety, and does not contribute to the economic circulation and development of the business environment. (...)*². Contradictory regulation or poor quality statutory text provides the basis for different interpretations of substantive and/or procedural rights. The rights of individuals provided in the substantive norms must be exercised quickly and efficiently in the proceedings. In this article the author highlights some of the problems that arise, if the rights provided in the law of the

1 TREUSHNIKOVA M.K. & others, *Civil procedure. Textbook*. Gorodec-izdat Ltd., Moscow, 2001, p. 197.

2 Balodis R.& other, *General principles of law. Legal safety and legitimate confidence. State administration. Business. Jurisprudence*, publishing house Courthouse Agency, Riga, 2017, p. 172.

substantive rights are not sufficiently provided by a clear and/or sufficient regulation of the procedural law.

Regarding the efficiency of the process, access to the court must also be discussed, which is important to any person, incl. legal persons, as they primarily create the business environment and are involved in commercial transactions. Access to the court is one of the components of the rights to the court, but it is exactly the early stages of the procedure, when the exercise of these rights by individuals (natural or legal persons or organisations) is practically implemented. Of course, the speed of the proceeding is especially important for the business environment and within its own affairs it is not willing to become the solver of problems with legal cases. According to the author's view, the speed of the proceeding cannot be achieved by sacrificing the quality of the proceeding and the quality of the court's decision in reviewing each relevant case. Conversely, in order to stimulate the speed of the civil proceedings, instruments such as a sufficiently scrupulous stage of preparing the civil case and the crystallisation of the subject matter of the dispute should be developed. The court reconciliation function should also be recognised as equally important, by inviting the parties to reach an agreement of settlement. The practical experience of the author shows that the explanation of a skilled judge provides good results to the disputing parties and helps to reach a mutually acceptable settlement of the dispute. The author emphasises that the active role of the judge is important, especially in the procedural stage of preparing the proceeding; however, the active role of the judge does not exclude the need for the quality of the law, nor does it compensate for it, since the judge applies the law and is thus bound to the written text of the law. The importance of the quality of the statutory text, as well as the significance of principles of good legislation is also emphasised in the judgments of the Constitutional Court of the Republic of Latvia³, providing that the legislator, when drafting the law or amending it, is obliged to take the interpretation of the norms included in the judgments of the Constitutional Court into account. Regarding the accuracy of the content of the regulatory enactments and the unambiguity of their content the Constitutional Court of the Republic of Latvia has also stated the following: "(..) *Laws and other regulatory enactments must not only be publicly available, but also be sufficiently clear and comprehensible. (..)*"⁴. The legal literature, which studies and summarises the findings provided in the judgments of the Constitutional Court, emphasises the following principles, which have direct relation to the quality of the laws and are essential for ensuring the legal environment, namely, the principle of the rule of law provides that laws must be predictable, as well as sufficiently stable and constant, while the laws and regulations that restrict the person's fundamental rights must be both adequately understandable and predictable⁵. The author points out, however, that regarding the Republic of Latvia Civil Procedure Law, it is changed very often, therefore it is difficult to speak about certainty regarding it. But the quality of the statutory texts is only one of the components (although a very important one), thus the role of the judge and the stage of preparing the civil cases should also be emphasised when discussing the efficiency of the process. The legal scientific literature refers to it as

3 Available on: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2017/07/2017-17-01_Spriedums.pdf p. 32; [accessed on: 15.10.2019].

4 Available on: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2016/02/2006-12-01_Spriedums.pdf [accessed on: 18.10.2019].

5 Balodis R.& other, *General principles of law. Legal safety and legitimate confidence. State administration. Business. Jurisprudence.*, publishing house Courthouse Agency, Riga, 2017, p. 224.

follows: „*The preparation process is one of the „key tools“ for the efficiency of the process. The active position of the judge and the handling/preparation of the case requires the judge to be aware of all statements made by the parties and to respond to any errors, uncertainties in the conduct of the parties, and other similar issues*”⁶. The author devotes the next chapter of this article to describing and analysing one of such problems, which, among other things, highlights the absolute need for both the quality of the laws and the harmonisation of the laws to enable the individuals to exercise their procedural rights in appropriate quality.

2. Problematic aspects of civil procedure for the exercise of the procedural rights of persons-substitutes

As it is known, access to the court is one of the components included in the fundamental rights to a fair trial, which is internationally recognised and established in the European Convention on Human Rights⁷, Article 6 and Universal Declaration of Human Rights (The International Bill of Human Rights⁸), Article 10. Despite the fact that the rights of a person to a fair trial and their recognition are established in international law, the practical process (access and exercise of the rights) is governed by the Civil Procedure Law (Code) of each national state, and thus exactly the quality and rules of this law are the basis of whether the individual will be able to assert his or her rights and how. With regards to the person’s abilities to exercise access to the court, it is important to note that according to the above mentioned, in a democratic state, everyone has access to a fair trial, however, until the person has practically encountered such a necessity, these rights and also possibilities actually only exist in theory. Therefore, even though a person has the awareness and understanding that he or she has such rights, the person may not have the concept of the aspects of the practical exercise of such rights and their effectiveness, as well as their accessibility to the person, or the concept may be very superficial. In this article the author is willing to identify the significant procedural issues that the individuals will encounter, when acting on behalf of other persons to bring an action with the courts of the Republic of Latvia and within the scope of the rights granted to them by law. The Commercial Law of the Republic of Latvia (*the text of the Law is available in English, see reference No. 9*) provides the minority shareholders with the right to bring an action against the members of the company/board for the compensation of the incurred losses, unless the company itself has brought such action within one month of their request (see Commercial Law, Section 172, part two and five⁹). Thus, there is a certain range of persons, who are legally entitled to act in the name and on behalf of a legal person to bring actions at the court. Section 172, part 5 of the Commercial Law of the Republic of Latvia states that, if the bringing of an action is requested by a minority of shareholders, a court shall allow the persons selected by them as representatives of the company in the examination of the matter, if there is an important reason for this. Next

6 ERVO L., NYLUND A., *Current Trends in Preparatory Proceedings. A comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*. Springer International Publishing AG Switzerland, 2016, p. 63.

7 The European Convention on Human Rights; Entry into force: 03.09.1953; Available on: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=> [accessed: 13.10.2019].

8 The International Bill of Human Rights; Proclaimed: 10.12.1948; Available on: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1.1en.pdf> [accessed: 13.10.2019].

9 The Commercial Law of the Republic of Latvia; Entry into force: 01.01.2002; Last amended: 13.07.2017; Available on: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/5490-the-commercial-law>; [accessed: 12.10.2019].

the law explains that in any event the fact that the relevant institution, despite the request by the minority of shareholders, does not bring an action to a court itself, shall be deemed to be an important reason. In principle such a legal and procedural state should be recognised as a substitute. It should be emphasised that the law not only establishes the right to bring such action, but also allows the persons designated by the minority of shareholders, or themselves to be the representatives in the proceedings in order to perform the procedural actions and to maintain the action. As mentioned above, for the person to bring an action at court, the person must be able to comply with the formal requirements of the law, incl. to pay the state fee for the action. It should be noted that when bringing an action on behalf of, in the name of or in the interests of a legal person, the Civil Procedure Law does not provide an exemption of the payment of the state fee, nor for extending the payment of it to a later period, or other similar procedural tools to facilitate access to the court, especially if we discuss the situation when the substitute, *i.e.* the minority shareholder, is entitled to act in the name and on behalf of a legal person and in accordance with the law. The current Civil Procedure Law does not provide any allowances to such persons and they must be able to pay the state fee for bringing the action, and besides the law also does not provide for any procedural regulations – how and when such person will be reimbursed (compensated) for paying the relevant fee. It is important to explain that Section 41 of the Civil Procedure Law provides how the court costs are reimbursed, *i.e.* the paid state fee, hence, if the claimant wins the claim, 100 % of the paid state fee is recovered from the defendant and in favour of the claimant, whereas if the claim is satisfied partially, the paid state fee is recovered from the defendant in proportion to the satisfied part, but in the denied part the paid fee is the loss of the claimant itself and shall not be compensated. Conversely, if the claim is dismissed, the paid state fee shall not be reimbursed and will be 100 % lost, as well as the claimant may be required to reimburse the costs of the proceeding to the defendant, incl. the cost of lawyer assistance, or in the case of a counterclaim, the paid state fee. It results from the above mentioned that the existing regulation of the Civil Procedure does not provide procedural allowances regarding the payments of the state fee to the claimant (the minority shareholder) who brings the action on behalf of and in the name of a legal person on the basis of the rights established by the law (the Commercial Law), nor does the Civil Procedure Law contain any regulations providing how a person who has acted on behalf of another person at the conclusion of the proceedings will be reimbursed the amount of the state fee paid by him or her, if the claim is fully or partially satisfied. It should be noted that the procedural status of a substitute, when acting in the name and on behalf of the legal person will be the representative, while the relevant legal person shall have the status of the claimant, thus the person, to whom by the final judgment the court has provided the right to receive compensation from the defendant in the case of a fully or partially satisfied claim, shall be the claimant and not its substitute, *i.e.* the minority shareholder, who has brought the action and fulfilled all the procedural obligations to bring the action, incl. has paid the state fee. The author is willing to emphasise that the above-mentioned problem arises because the legislator, along with the amendments to the Civil Procedure Law, which were adopted by the Saeima¹⁰ on 29 October 2015, excluded the reference of Section 43, part one, Clause 5 from the Civil Procedure Law, also providing that persons, who are legally entitled to defend the rights and

¹⁰ Saeima is the legislative institution of the Republic of Latvia. More detailed information is available on: <https://www.saeima.lv/en/about-saeima/work-of-the-saeima>.

interests of other persons in court shall be released from the state fee. According to Section 43, part one, Clause 5 of the Civil Procedure Law, such wording has been in force since 03.12.2015. It should be noted that the above mentioned amendments to the Civil Procedure Law were made on the basis of the suggestions of the Ministry of Justice expressed regarding the decision of the Department of Civil Cases of the Supreme Court of the Republic of Latvia of 19 November 2014 in case SKC 2414/2014, by which (as provided in the letter of recommendation of the Ministry of Justice) the existing case-law is changed, by interpreting Article 88 of the Civil Procedure Law and Article 10 of the Associations and Foundations Law. The suggestions of the Ministry of Justice to the Legal Committee of the Saeima¹¹ (text in English unavailable) indicate that the change of case-law is the basis for excluding the words “and persons” from Section 43, part one, Clause 5 of the Civil Procedure Law, otherwise it can be used as the basis for persons to avoid paying state fees and the fraudulent use of Associations and Foundations for bringing actions. Regarding the above mentioned amendments of the legislator, the author points out a paradoxical situation created by the legislator itself in accordance with the suggestions of the Ministry of Justice, namely, when amending the Civil Procedure Law in 2015, the legislator *forgot* that already since January 2002 the Commercial Law contains Section 172, which provides the right of the minority shareholder to bring an action on behalf and in the name of the legal persons, if the legal person (its Board or Council) has not brought such action according to the request of the minority shareholder; thus in the period from January 2002 till 03.12.2015 (when the amendments to the Civil Procedure Law came into force) the problem described above did not exist and the claimant – the minority shareholder, when bringing the action at the court in accordance with Commercial Law Section 172, was able to refer to the Civil Procedure Law, Section 43, part one, Clause 5 and not pay the state fee. It must be emphasised that Section 43, part one, Clause 5 of the Civil Procedure Law remained un-amended for thirteen years and such claimants were identified as exceptional cases, releasing them from the payment of the state fee by law. Regarding the above mentioned, the author holds a view that it entirely contradicts the principle of good law-making and the predictability of the law, as well as its stability to propose substantial amendments to the law, providing as a fundamental argument, the possible alleged conduct of dishonest persons or, *a priori*, that all or most of the claimants will be dishonest.

Thus by implementing the aforementioned amendments to the Civil Procedure Law, which entered into force on 03.12.2015, the legislator encumbered the aforementioned claimants (the minority shareholders) procedurally, by practically not providing these persons with any procedural tools, so that it (even by paying the state fee) would be secured, that if in the case of a fully or partially satisfied claim, they will be reimbursed for such costs within the proceedings (respectively, by a court judgment or order). The above mentioned demonstrates how the legislator *creates* situations in which the procedural rights of persons (granted to them by another law) are encumbered or they are placed in such procedural situation, for which the law does not provide the appropriate regulation, whereas the previously established procedure is cancelled. In concluding this chapter, the author is willing to explain that the mentioned amendments to the Civil Procedure adversely affect not only the claimants – the minority shareholders, but also claimants such as: the guardian, the trustee

11 Available on: <http://titania.saeima.lv/LIVS12/SaeimaLIVS12.nsf/0/B4331DC335F07951C2257E81002AC175?OpenDocument> [accessed: 18.10.2019].

of the inheritance mass (which in accordance with the Civil Law is a legal person), who act on behalf of and in the interests of their wards, as the law also provides rights to these persons to bring actions at courts on behalf and in the interests of the persons they represent.

LITERATURA

- [1] BALODIS R. & other. *General Principles of Law. Legal certainty and legitimate expectations. Government. Business. Jurisprudence.*, Courthouse Agency Publishing House, Riga, 2017, p. 415. ISBN 978-9934-508-47-9.
- [2] ERVO L., NYLUND A. *Current Trends in Preparatory Proceedings. A comparative Study of Nordic and Former Communist Countries.* Springer International Publishing AG Switzerland, 2016, p. 250. ISBN 978-3-319-29323-3.
- [3] TREUSHNIKOVA M. K. & others. *Civil procedure.* Textbook. Gorodec-izdat Ltd., Moscow, 2001, p. 672. ISBN 5-9258-0024-9.
- [4] The Civil Procedure Law of the Republic of Latvia. Entry into force: 01.03.,1999; Last ammended: 28.02.2019; Available on: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/50500-civil-procedure-law> [online: 13.10.2019].
- [5] The Commercial Law of the Republic of Latvia; Entry into force: 01.01.2002; Last ammended: 13.07.2017; Available on: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/5490-the-commercial-law>; [online: 12.10.2019].
- [6] The European Convention on Human Rights. Entry into force: 03.09.1953; Available on: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=> [online: 13.10.2019].
- [7] The International Bill of Human Rights. Proclaimed: 10.12.1948; Available on: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1.1en.pdf> [online: 13. 10. 2019].
- [8] The judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia case No.2006-12-01. Available on: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2016/02/2006-12-01_Spriedums.pdf [online: 18.10.2019].
- [9] The judgement of the Constitutional Court of the Republic of Latvia case No. 2017-17-01. Available on: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2017/07/2017-17-01_Spriedums.pdf p. 32; [online: 15. 10. 2019].
- [10] The Letter suggestions of the Ministry of Justice of Republic of the Latvia. Available on: <http://titania.saeima.lv/LIVS12/SaeimaLIVS12.nsf/0/B4331DC335F07951C2257E81002AC175?OpenDocument> [online: 18.10.2019].

Kontaktnī adresa autora:

Mg. iur. Kristīne Neimane, Ph.D. cand.
Turība University, Riga, Latvia
Rīga city, Graudu street 68, LV-1058
E-mail: kneimane@gmail.com

PROBLÉMOVÉ ASPEKTY KOLEKTIVNÍ OCHRANY PRÁV SPOTŘEBITELŮ

Abstrakt: Příspěvek poukazuje na vybrané procesní otázky hromadného uplatňování spotřebitelských práv, a to jak současných, tak ve vztahu k nově připravovanému zákonu o hromadných žalobách a jeho pozici v rámci stávající české i evropské právní úpravy ochrany práv spotřebitelů. Příspěvek po identifikaci relevantní právní úpravy hromadných žalob dále specifikuje některá možná úskalí, jež by mohla současná i navrhovaná právní úprava hromadných žalob skýtat, zejména z hlediska potencionálních tenzí kolektivního uplatňování práv s principy spravedlivého procesu.

Abstract: The paper points out selected issues of collective application of consumer rights, both current and in relation to the newly prepared law on collective actions and its possible position within the existing Czech and European legislation on consumer rights protection. The aim of the paper is to specify, after identifying the relevant legislation on collective redress, some of the potential risks that the current and proposed legislation on collective actions might present, especially in terms of potential tensions of collective application of rights with fair trial principles.

Klíčová slova: spotřebitel, reprezentativní žaloba, skupinová žaloba, spravedlivý proces.

Key words: consumer, representative action, class action, fair trial.

1. Obecná východiska procesní ochrany spotřebitele

Spotřebitelé jsou tradičně považováni za slabší stranu spotřebitelsko-podnikatelských vztahů, a proto ochraně jejich práv je věnována zvláštní pozornost, jak v právu českém, tak i unijním. Procesní ochrana spotřebitelských práv může být poskytována buďto jednotlivým spotřebitelům samostatně v individuálních řízeních (a to jak soudních, tak rozhodčích) nebo se více spotřebitelů může domáhat svých stejných či obdobných práv vůči stejnému žalovanému subjektu současně. Kolektivní alternativa vymáhání práva charakteristická ani obvyklá, a naráží proto na řadu překážek různého charakteru, s nimiž se musí postupně vypořádat jak normotvůrci a právní teoretici, tak především aplikační praxe. Cílem příspěvku je specifikovat případná úskalí, jež by mohla současná i navrhovaná právní úprava hromadných žalob skýtat z procesního hlediska.

Kolektivní ochrana spotřebitelských práv může být realizována různým způsobem. V tzv. hromadných reprezentativních žalobách (též zástupných) zastupuje nároky členů skupiny spotřebitelů reprezentativní žalobce, který hájí zájmy skupiny, přičemž členové

skupiny nemají v řízení procesní práva ani povinnosti. Ve své podstatě jde o dvoustranný spor, přičemž hromadný prvek spočívá v tom, že reprezentativní žalobce vědomě a cíleně prosazuje zájmy celé skupiny osob. Může tak činit buďto *ad hoc* (na základě dohody se členy skupiny), nebo jako programovou součást předmětu své činnosti (spolky), anebo na základě veřejnoprávní žalobní legitimace (veřejné orgány).¹

Druhou variantu představují skutečné skupinové hromadné žaloby, původem mající v americkém právním systému (*class-action*). Aktivně legitimován k žalobě může být nositel práva, spolek i veřejný orgán. Členové skupiny zpravidla nejsou účastníky řízení, vždy však mají upravené procesní postavení a rozhodnutí pro ně zakládá překážku věci rozsouzené, pozitivní výsledek pak znamená exekuční titul.² Rozhodování soudu o těchto žalobách je dvoufázové. V první fázi (tzv. certifikační) soud rozhoduje o tom, zda daná skupina splňuje podmínky pro vedení skupinového řízení a až v druhé fázi soud rozhoduje o vlastních nárocích skupiny.

2. Právní úprava procesní ochrany spotřebitele v ČR

Základním východiskem procesní ochrany práv českého spotřebitele je zákon o ochraně spotřebitele³, v němž je promítnuta i směrnice 2009/22/ES⁴. Ustanovení § 25 ZOS umožňuje konkrétním subjektům (zejména spotřebitelským organizacím) podat tzv. negatorní žalobu, tj. návrh na zahájení řízení o zdržení se protiprávního jednání ve věci ochrany práv spotřebitelů. Přesto, že žalobce zde hájí zájmy spotřebitelů, a nikoliv přímo vlastní zájmy, je v tomto řízení účastníkem jen spotřebitelská organizace a spotřebitelé se na řízení nijak nepodílí (reprezentativní princip).

Konkrétní procesní důsledky pak obsahuje občanský soudní řád⁵ v ustanoveních § 83 a § 159a, v nichž zákon rozšiřuje překážky *litispence a rei iudicatae* pro další žaloby jiných žalobců proti témuž žalovanému, požadujících z téhož jednání nebo stavu stejné nároky. Výrok pravomocného rozsudku v oblastech zde vymezených (nejedná se pouze o žaloby spotřebitelů) je závazný nejen pro účastníky řízení, ale i pro další osoby oprávněné proti žalovanému pro tytéž nároky z téhož jednání nebo stavu.⁶ Ačkoliv negatorní žaloba podaná na základě ZOS vykazuje spíše znaky žaloby reprezentativního typu, procesní důsledky jsou obdobné jako u skupinových žalob, neboť se umožňuje vést jen jediné řízení vůči témuž žalovanému. Ustanovení brání dalším osobám, byť aktivně legitimovaným, k podání žaloby poté, co bylo zahájeno první řízení o stejném nároku. Bylo-li v řízení pravomocně rozhodnuto, je výrok rozsudku, závazný nejen pro účastníky řízení, ale i pro další osoby oprávněné proti žalovanému pro tytéž nároky.⁷

1 BALARIN, J.: *Kolektivní ochrana práv v civilním soudním řízení*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2011. s. 85–86.

2 BALARIN, J., TICHÝ, L.: Kolektivní ochrana procesních práv v ČR: sen či skutečnost? (návrh právní úpravy a jeho odůvodnění). *Bulletin advokacie*. 2013, č. 3, s. 20–21.

3 Zák. č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZOS“).

4 Směrnice EP a Rady 2009/22/ES ze dne 23.4. 2009 o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany zájmů spotřebitelů

5 Zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád v platném znění (dále též „OŠŘ“)

6 WINTEROVÁ, A. - SMOLÍK, P.: *Hromadné žaloby*. In PAUKNEROVÁ, M. - TOMÁŠEK, M.: *Nové jevy v právu na počátku 21. století IV: proměny soukromého práva*. Praha: Karolinum, 2009, s. 354.

7 WINTEROVÁ, A.: Hromadné žaloby (procesualistický pohled). *Bulletin advokacie*. 2008, č. 10.

Uvedená ustanovení OSŘ v důsledcích chrání žalovaného před opakovaným projednáváním žalob dalších žalobců domáhajících se shodných nároků a z pohledu zásad spravedlivého řízení jsou diskutabilní. Především je zde silný potenciál zneužitelnosti nastavené překážky *litispendence a rei iudicatae* ve prospěch žalovaného, který vědom si své odpovědnosti za protiprávní jednání např. „motivuje“ jinou osobu k vedení „předem prohraného“ sporu proti němu. V důsledku nezodpovědného vedení řízení žalobcem mohou být poškozena práva všech dotčených osob, neboť ty se nemohou na řízení aktivně podílet, přesto je výsledné rozhodnutí bude zavazovat. Případný exekuční návrh či návrh na nařízení výkonu rozhodnutí však může podat jen osoba oprávněná dle exekučního titulu, tj. jen ten, kdo byl v řízení v pozici žalobce.⁸

V úvahu přichází i kolize s právem být slyšen (*audiatur et altera pars*) a princip kontradiktorního řízení, jež Evropský soud pro lidská práva (dále též „ESLP“) vykládá v tom smyslu, že každá procesní strana musí obecně mít příležitost nejen předložit důkazy na podporu svých tvrzení, ale také být seznámena a vyjádřit se ke všem důkazům a stanoviskům uplatněným s cílem ovlivnit rozhodnutí soudu.⁹ Jak problematické může naplnění těchto ústavních zásad v praxi být, a to nejen při realizaci zmíněných ustanovení OSŘ ve vztahu ke spotřebitelským žalobám ukazuje i judikatura Ústavního soudu.¹⁰

Současná právní úprava ochrany spotřebitele je i z dalších důvodů problematická a v zásadě zcela nefunkční. Především žaloba na zdržení se protiprávního jednání nedokáže adekvátně reagovat na všechny případy, kdy dochází k porušování práv spotřebitelů. Nelze tak po škůdcích vymáhat náhradu škody či jiné peněžité plnění. Současně je pro spotřebitelské organizace při uplatňování negatorní žaloby náročné formulovat zdržovací petit, neboť ze strany žalovaného dochází v průběhu řízení opakovaně k modifikaci jeho činnosti tak, aby nebylo možné žalobě vyhovět. Spotřebitelské organizace se tak potýkají s velmi nízkým procentem úspěšnosti jimi podaných žalob. Dalším projevem nedostatečnosti současné úpravy je rovněž značná délka soudního řízení. A v neposlední řadě je problémem též financování sporu, jež představuje další a ve své podstatě nejzásadnější úskalí pro spotřebitelské organizace, neboť jejich potenciální neúspěch ve věci a hrazení nákladů protistraně by byly pro většinu spotřebitelských organizací likvidační.¹¹

Reálnou nefunkčnost stávajícího systému hromadného uplatňování spotřebitelských práv má řešit navrhovaný zcela nový zákon o hromadných žalobách (dále též „ZHŽ“), jež si klade za cíl zavedení ucelené a komplexní úpravy společného vymáhání stejných či obdobných nároků v jediném soudním řízení, čímž má dojít k zefektivnění a hospodárnosti soudního projednávání hromadných událostí.

Intenzivní rekodifikační práce probíhají i v rámci EU. Stávající směrnice č. 2009/22/ES má být nahrazena novou směrnicí o zástupných žalobách na ochranu kolektivních zájmů spotřebitelů¹². Návrh směrnice předpokládá, že pravomoc podávat hromadné žaloby jmé-

8 HAMULÁKOVÁ, K. - KRIVÁČKOVÁ, P.: Kolektivní ochrana práv v nově navrhované úpravě. [online 1.1. 2019]. *Bulletin advokacie* Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/kolektivni-ochrana-prav-v-nove-navrhovane-uprave#ftn7> [cit. 22.10.2019].

9 Rozhodnutí ESLP ze dne 18.3.1997 ve věci Mantovanelli proti Francii.

10 Srov. rozhodnutí ÚS ČR ze dne 10.3.2009 sp.zn. IV.ÚS 1106/08.

11 Důvodová zpráva k návrhu ZHŽ. [online 29.7.2019]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBA9EXSST> [cit 16.10. 2019]. S. 5.

12 Návrh nové směrnice EU COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD) [online]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=CELEX:52018PC0184> [cit 16.10. 2019].

nem spotřebitelů budou mít pouze kvalifikované subjekty. Takovými subjekty mají být například spotřebitelské organizace nebo neziskové organizace, které musejí být řádně založeny, jejich účelem nesmí být zisk a musejí mít oprávněný zájem na zajišťování dodržování příslušného práva EU. Směrnice tak přesouvá odpovědnost za vedení sporu mimo profesionální zástupce, což vyvolává především v advokátních řadách silné reakce.¹³ Český návrh účast advokátů v řízení výslovně předpokládá, na straně žalobce dokonce ve formě povinného zastoupení.

Dle návrhu směrnice členské státy zajistí, aby na žádost kvalifikovaného subjektu, mohl soud nebo správní orgán v souladu s vnitrostátními procesními pravidly nařídít, aby byly tyto důkazy předloženy žalovaným v souladu s platnými pravidly důvěrnosti Unie a členských států. Žalovaný by byl tak „nucen“ k předkládání důkazů proti sobě samotnému, což může kolidovat se zásadou spravedlivého procesu spočívající v zákazu donucování k sebeobviňování neboli *nemo tenetur se ipsum accusare*.¹⁴ Český návrh v tomto směru počítá s řízením o zpřístupnění důkazního prostředku.

3. Zákon o hromadných žalobách – možná úskalí

Připravovaný ZHŽ počítá s dvoufázovým řízením po vzoru americké *class-action* s předpokládanou převahou přihlašovacího systému *opt-in* – členové se do skupiny musí aktivně přihlásit, před systémem odhlašovací *opt-out* – členství ve skupině je vymezeno obecnými podmínkami, a pokud takto určený účastník nechce být členem skupiny, musí se odhlásit.

Diskuse a připomínky k návrhu jdou různými směry a jsou jednak obecné (koncepční) a jednak ke konkrétní podobě jednotlivých ustanovení a průběhu celého řízení. Už jen z toho, že se jedná o pokus včlenit do právního řádu České republiky založeného na kontinentálně-evropském pojetí práva institut původem pocházející z amerického právního systému, je zřejmé, že nutně musí narážet na mnohé překážky. Především jde o kolizi s tradičním pojetím civilního procesu, pokud jde o zvláštní vymezení účastníků, zásady civilního procesu (omezena dispoziční zásada ve prospěch zásady oficiality) i více paternalistickou úlohu soudu, v níž soud dohlíží na dodržování zájmů skupiny i má bránit zneužití žaloby vůči žalovanému.

Z hlediska koncepce navrhované právní úpravy je nejasný vztah ke § 25 ZOS a kritizován je předpokládaný dualismus právní úpravy, když by se jako vhodnější jevílo sjednocení řízení v jednom právním režimu. Důvodová zpráva dostatečně nezdůvodňuje, proč považuje předkladatel za žádoucí, aby vedle sebe existovaly dva mechanismy s obdobným cílem, kdy pro každý z nich budou platit odlišná pravidla. Implementačním požadavkům platné směrnice EU z roku 2009 by nová právní úprava rovněž vyhovovala. Další otázkou je načasování platnosti a účinnosti nového zákona, neboť se může jevit přijatelnější varianta posečkání na novou právní úpravu buďto pouze evropskou, nebo též i českou v podobě připravovaného nového civilního řádu soudního, případně připravovat

13 Stanovisko CCBE k návrhu směrnice o zástupných žalobách na ochranu kolektivních zájmů spotřebitelů doplněné komentářem ČAK. [online 22.10. 2018]. Bulletin advokacie. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/stanovisko-ccbe-k-navrhu?browser=mobi> [cit. 21.10.2019].

14 BAHÝLOVÁ, L.: Hromadné žaloby. [online 27.7.2018]. *E-pravo.cz*. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/hromadne-zaloby-107951.html> [cit 16.10. 2019].

a projednávat oba předpisy ve vzájemné korelaci. Na straně druhé schválení i účinnost nového civilního řádu může být ještě záležitostí několika let a účinná ochrana spotřebitele by do té doby zajištěna nebyla; soulad s konečným zněním nové směrnice může být zajištěn i následnou novelizací.

Z podstaty hromadných žalob zřejmé, že navrhovaný ZHŽ, představující výrazný odklon od tradičního přístupu k civilnímu řízení, bude narážet i na mnohé principy spravedlivého procesu, tak jak je vymezuje LZPS v hlavě páté, EÚLP v čl. 6 a především, jak je dlouhodobě interpretuje a rozvíjí četná judikatura ÚS a ESLP. Kromě práva být slyšen (včetně práva navrhopvat důkazy) a principu kontradiktornosti půjde o obecnější princip rovnosti stran v řízení, který může být narušen zvláštní úlohou soudu při rozhodování o hromadných žalobách i nejasným vymezením účastníků řízení a upozaděním jejich možností při uplatňování svých práv, jakož i zásadou *res iudicatae* a *litispendence*. Je v této souvislosti otázkou, do jaké míry může být omezení těchto principů kompenzováno zásadou hospodárnosti. ESLP k tomu uvedl, že požadavek hospodárnosti řízení jako důvodu pro přerušování věci a nespojení nemůže být nadřazen právu na osobní projednání věci před soudem.¹⁵

Systémem *opt-out* je potlačována obecná právní zásada *vigilantibus iura scripta sunt*, tedy bdělým náležejí práva. Tento režim vede k tomu, že členem skupiny je každá osoba, které se může spor potenciálně týkat. Ve svém důsledku je tedy vedeno řízení o právech někoho, kdo neučinil projev vůle k zahájení řízení, nebo k tomu, aby se stal členem skupiny. Svoboda vůle jednotlivce se může projevit pouze skrze odhlášení. Fakticky tento režim vede k situaci, že členem skupiny může být osoba, která o tom ani neví. České sporné řízení je založeno na tom, že pro jeho zahájení je nezbytné podání návrhu, tedy žaloby.¹⁶ I přesto, že došlo na základě těchto připomínek k příklonu návrhu k *opt-in* režimu, *opt-out* režim zůstává u bagatelních sporů, kde se jeví jako mnohem účelnější a v důsledcích efektivnější než režim *opt-in*, a pochybnosti o ústavnosti této právní úpravy tak mohou přetrvávat.

Přestože základní smysl zavedení hromadného řízení spočívá v předpokládaném odlehčení soudů a usnadnění vymáhání práv pro spotřebitele, může být důsledkem i efekt zcela opačný: totiž značná délka řízení, která bude způsobena náročností těchto případů, nárůstem agendy, která před přijetím nové úpravy v podstatě neexistovala, a rovněž i tím, že se část agendy přesune ze správních úřadů na soudy. Celá řada veřejnoprávních předpisů zakládá pravomoc správních orgánů k rozhodování soukromoprávních sporů (ČTÚ, ERU a další). Pravomoc správních orgánů byla založena právě proto, že správní orgány jsou vybaveny potřebnou sektorovou odborností a poskytnou subjektivním právům účastníků řízení (jimiž jsou často spotřebitelé) rychlejší a účinnější ochranu. Odnětím pravomoci rozhodovat soukromoprávní spory správním orgánům ZHŽ pravděpodobně povede k významnému nárůstu zatížení soudů.¹⁷

15 Rozsudek ESLP ze dne 17.1.1970 ve věci Delcourt proti Belgii.

16 Stanovisko ČAK. In: Vypořádání připomínek k materiálu s názvem: *Návrh zákona o hromadných žalobách* [online 29.7.2019]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBA9EXSST> [cit 18.10. 2019]. s. 153.

17 Stanovisko NSS In. tamtéž s. 174 a násl.

Závěr

Myšlenka kolektivní ochrany práv spotřebitelů, byť nemá v českém prostoru přílišnou tradici, je reakcí na aktuální potřeby efektivnějšího a důslednějšího vymáhání spotřebitelských práv a je v souladu i s trendy práva EU ve vztahu k politice ochrany spotřebitele.

Spektrum možností, jak kolektivní ochranu práv spotřebitele konkrétně realizovat, je poměrně široké, ať již jde o typ žaloby, o režim zapojení členů skupiny do sporu, vymezení úlohy soudu a v neposlední řadě i z hlediska pojistek proti zneužití žalob v konkurenčních bojích.

Už z podstaty hromadného řízení plyne, že v kterékoli zvolené, a nakonec i přijaté variantě budou muset být v nějakém ohledu redukovány principy spravedlivého procesu, neboť omezení práv členů skupiny je *condicio sine qua non* kteréhokoliv zvoleného způsobu jeho realizace. Jak v rámci legislativního procesu, tak i poté v průběhu aplikační praxe půjde proto především o pečlivé poměřování konkrétních práv na jedné i druhé misce vah. Na jedné straně se přijetím nové právní úpravy otevírá cesta spotřebiteli k lepšímu uplatnění jeho práv (snazší přístup k soudu, snížení nákladů řízení), ke kterému by jinak z důvodu tzv. procesní apatie pravděpodobně vůbec nedošlo. Na straně druhé bude spotřebitel jako člen skupiny nucen strpět určitá omezení svých procesních práv vyplývající z jeho specifického postavení.

Zásady spravedlivého procesu jako ústavní imperativ nejsou absolutní a leckdy mohou dokonce působit i protichůdně. Pokud však dochází k omezování principů spravedlivého procesu, mělo by to být dostatečně vyváжено legitimními principy jinými a přesvědčivě odůvodněno. Před orgány normotvornými i před orgány aplikujícími právo tak vyvstává úkol nesnadný. Stojí před povinností hledat způsoby a cesty, jimiž bude dosaženo zamýšlených a zcela legitimních cílů (procesní ochrana spotřebitele) zároveň však při minimalizaci zásahů do ústavně zaručených práv na spravedlivý proces, ať již na straně žalující či žalované.

LITERATURA

- [1] BAHÝLOVÁ, L.: Hromadné žaloby. [online 27.7.2018]. *E-pravo.cz*. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/hromadne-zaloby-107951.html>.
- [2] BALARIN, J., TICHÝ, L.: Kolektivní ochrana procesních práv v ČR: sen či skutečnost? (návrh právní úpravy a jeho odůvodnění). *Bulletin advokacie*. 2013, č. 3.
- [3] BALARIN, J.: *Kolektivní ochrana práv v civilním soudním řízení*. Praha: Centrum právní komparistiky, PF UK Praha, 2011. 239 s. ISBN 978-80-87488-03-4.
- [4] HAMULÁKOVÁ, K. - KŘIVÁČKOVÁ, P.: *Kolektivní ochrana práv v nově navrhované úpravě*. [online 1.1. 2019]. *Bulletin advokacie* Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/kolektivni-ochrana-prav-v-nove-navrhovane-uprave#ftn7>.
- [5] Návrh zákona o hromadných žalobách [online 29.7.2019]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNBA9EXSST>.
- [6] Rozhodnutí ESLP ze dne 17.1.1970 ve věci Delcourt proti Belgii.
- [7] Rozhodnutí ESLP ze dne 18.3.1997 ve věci Mantovanelli proti Francii.
- [8] Rozhodnutí ÚS ČR ze dne 10.3.2009 sp.zn. IV.ÚS 1106/08.

- [9] Stanovisko CCBE k návrhu směrnice o zástupných žalobách na ochranu kolektivních zájmů spotřebitelů doplněné komentářem ČAK. [online 22.10. 2018]. *Bulletin advokacie* Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/stanovisko-ccbe-k-navrhu?browser=mobi>.
- [10] WINTEROVÁ, A. - SMOLÍK, P.: *Hromadné žaloby*. In PAUKNEROVÁ, M. - TOMÁŠEK, M.: *Nové jevy v právu na počátku 21. století IV: proměny soukromého práva*. Praha: Karolinum, 2009.
- [11] WINTEROVÁ, A.: Hromadné žaloby (procesualistický pohled). *Bulletin advokacie*. 2008, č. 10.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Jana Odehnalová, Ph.D.
Katedra právních disciplín a veřejné správy
Metropolitní univerzita Praha
Dubečská 900/10, 100 00 Praha
E-mail: jana.odehnalova@mup.cz

PŘESHraniční PŘEMÍSTĚNÍ SÍDLA OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ – AKTUÁLNÍ TRENDY

Abstrakt: Příspěvek sumarizuje aktuální vývoj v oblasti jednoho z typů přeshraničních přeměn obchodních korporací – přeshraničního přemístění sídla, a to jak na úrovni právní – vývoj legislativy v této oblasti zejm. na evropské úrovni a aktuální rozhodovací praxi Soudního dvora EU, tak i v praxi – těžiště příspěvku stojí na analýze veřejně dostupných údajů o transakcích tohoto typu ve vazbě na české prostředí, k nimž došlo, ať už úspěšně či neúspěšně, v posledních letech z anebo do České republiky. Cílem příspěvku je pojednání o příležitostech, které tato oblast může nyní či v dohledné budoucnosti podnikatelům nabídnout.

Abstract: This paper summarizes recent development in the field of one of the forms of transformation of business corporations – transfer of registered office. The development is regarded from both legal perspective – development of the legislation in this area, in particular at European level and the current case law of the Court of Justice of the EU; and in practice – the core of this paper is based on analysis of publicly available data regarding this type of transactions, completed or incomplete, to or from the Czech Republic in the past years. The objective of this paper is to discuss opportunities that this field can offer to entrepreneurs now or in the foreseeable future.

Klíčová slova: přeshraniční přemístění sídla, přeměny obchodních korporací, harmonizace, soudní dvůr Evropské unie, obchodní společnosti, evropská společnost, obchodní rejstřík, obchodní věstník, jednotný trh EU.

Key words: Cross-border transfer of registered office, transformations of business companies, harmonisation, Court of Justice of the EU, business companies, European company, Commercial Register, Commercial Bulletin, single market in EU.

Úvod

V posledních letech dochází v oblasti přeshraniční mobility obchodních společností k zásadnímu vývoji, a to jak na půdě Evropských institucí tak i Soudního dvora EU, který by mohl pro podnikatele znamenat otevření nových příležitostí.

Současný stav této oblasti je stále značně komplikovanou otázkou. Doposud je relativně snazší přeshraniční přemístění sídla výhodou evropských společností, které do evropského práva společností implementovalo Nařízení Rady (ES) č. 2157/2001 ze dne 8. října 2001 o statutu evropské společnosti (SE). Pro ostatní formy obchodních společností je však

tato forma přeshraniční přeměny stále transakcí s ne vždy jistým výsledkem. S výjimkou evropských společností pro tuto formu přeměny neexistuje harmonizovaný právní rámec. Úpravu pro takové přeshraniční přeměny je pak třeba hledat ve vnitrostátních předpisech dotčených členských států. Tyto však často mohou být navzájem neslučitelné; uvádí se, že ve více než polovině členských států neexistuje konkrétní úprava, jež by přeshraniční přeměny umožňovala¹. V takových případech musí společnost často pro přemístění zvolit jinou cestu, jako např. založení nové společnosti v cílové zemi a případnou likvidaci společnosti v původním státě, přičemž tato varianta znamená jednak ztrátu právní subjektivity, což pro podnikatele znamená, že nově založená společnost musí mimo jiné znovu sjednávat veškeré obchodní smlouvy, tedy i ukončit probíhající obchody atp., a dále je třeba počítat se zvýšenými náklady na založení nové společnosti, příp. likvidaci. Eventuálně se nabízí i jiné možnosti, jako např. provedení přeshraniční fúze, prodej závodu atp. V těchto případech mohou zvýšené náklady zabránit v pokračování v takové transakci, jelikož pak potenciální výhoda, kterou by přemístění sídla pro podnikatele znamenalo, nevyváží náklady spojené s tímto procesem.

V reakci na výše uvedený stav však aktuálně dochází k vývoji, který by pro ostatní typy obchodních společností mohl mít pozitivní dopady. Cílem tohoto příspěvku je tedy podání sumarizace aktuálních trendů v oblasti přeshraničního přemístění sídla ve vztahu k českým podnikatelům a pojednání o příležitostech, které tato oblast může nyní či v dohledné budoucnosti těmto podnikatelům nabídnout.

1. Judikatura Soudního dvora EU

K bohaté judikatuře Soudního dvora EU k tématu přeshraničního přemístění sídla² aktuálně přispěl na konci roku 2017 zásadní rozsudek ve věci Polbud – Wykonawstwo (C-106/16; Úř. věst. 1.12.2017)³. Zde se jednalo o polskou společnost přemísťující své sídlo do Lucemburska, přičemž příslušný polský rejstříkový soud zamítl návrh na výmaz společnosti, a to z důvodu, že mu nebyly předloženy doklady týkající se průběhu likvidace společnosti.

V tomto rozsudku Soudní dvůr EU potvrdil pro společnosti právo provádět přeshraniční přeměny na základě svobody usazování. V tomto konkrétním případě soud dovodil, že lze argumentovat svobodou usazování i v případě, kdy je přemístěno statutární sídlo, aniž došlo k přemístění sídla skutečného do jiného členského státu v případě, že toto přemístění, resp. zápis do příslušného rejstříku je v souladu s podmínkami uloženými právními předpisy cílového členského státu, přestože společnost v tomto státě nevykonává hospodářskou činnost. Tedy pro využití svobody usazování ve smyslu čl. 49 SFEU není nezbytným předpokladem skutečný výkon hospodářské činnosti.

1 Návrh SMĚRNICE EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY, kterou se mění směrnice (EU) 2017/1132, pokud jde o přeshraniční přeměny, fúze a rozdělení ze dne 25. 4. 2018. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52018PC0241> [cit. 20. 10. 2019]. S. 22.

2 Mezi nejvýznamnějšími Daily Mail a General Trust plc (C-81/87), Centros (C-212/91), Überseering (C-208/00), Inspire Art (C-167/01), Sevic (C-411/03), Cadbury Schweppes (C-196/04), Cartesio (C-201/06), VALE (C-210/06), National Grid Indus (C-371/10).

3 SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE. Věc C-106/16 Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. Rozsudek Soudního dvora ze dne 25. října 2017. Sb. soud. rozh. 2017:804.

Dalším významným bodem, který zde Soudní dvůr EU vymezuje, je, že čl. 49 a 54 SFEU brání takové vnitrostátní úpravě, která stanoví jako nezbytnou podmínku pro přeshraniční přemístění sídla likvidaci společnosti v původním státě, když taková podmínka je nepřiměřená.

2. Aktuální vývoj na úrovni evropské legislativy

Klíčovým principem a východiskem pro sekundární předpisy je již výše zmíněná svoboda usazování obsažená v čl. 49-55 SFEU. V souvislosti s rozhodovací praxí Soudního dvora EU pak lze sledovat i vývoj evropské legislativy, již má být tato forma přeshraniční přeměny upravena.

2.1 Stručný historický exkurs

Již v roce 1997 vznikl návrh tzv. čtrnácté směrnice o přemístění sídla společnosti do jiného členského státu se změnou rozhodného práva, která měla pro tuto formu přeshraniční přeměny obsahovat komplexní úpravu. Tento návrh vyvolal bohaté diskuse, jednání o něm bylo několikrát obnoveno, doposud však nebyl návrh přijat. Další podobnou iniciativou pak byl návrh směrnice o přeshraničním přemístění zapsaného sídla pro společnosti s ručením omezeným z roku 2004, k jehož implementaci mělo dojít do konce roku 2007.

V návaznosti na výše uvedené návrhy bylo dne 12. 12. 2007 Komisí vypracováno stanovisko „*Impact assessment on the Directive of the cross-border transfer of registered office*“ vysvětlující možné dopady směrnice o přemístění sídla společností v rámci EU na ekonomických i právních analýzách. Na jejím základě byly tyto práce pozastaveny. Od roku 2009, po rozhodnutí ve věci *Cartesio*⁴, pak na půdě EU jednání o podobě harmonizované úpravy přeshraničního přemístění sídla resp. čtrnácté směrnice pokračovala.

2.2 Aktuální vývoj

V pracovním programu Komise na rok 2017⁵ byl v návaznosti na rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Polbud – Wykonawstwo* stanoven záměr upravit přeshraniční fúze a rozdělení, přestože Evropský parlament dále již v minulosti požadoval předložení návrhu směrnice upravující přemístování sídel společností.

25. dubna 2018 vznikl na půdě Evropské komise návrh několika právních předpisů k harmonizaci evropského právního rámce upravujícího přeshraniční přeměny. Počátkem loňského roku, 17. 1. 2019, pak Evropský parlament schválil návrh, který mění směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1132 upravující právo obchodních společností v EU, jehož cílem je revize dosavadních pravidel přeshraničních přeměn, fúzí a rozdělení, která by měla přinést konkrétní a komplexní postupy pro přeshraniční přeměny, které by podpořily přeshraniční mobilitu společností v rámci EU, a zároveň poskytnout účinnou a přiměřenou ochranu zúčastněným stranám jako jsou zaměstnanci,

4 SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE. Věc C-210/06 *Cartesio* Oktatót és Szolgáltatót bt. Rozsudek soudního dvora ze dne 16. prosince 2008 Sb. soud. rozh. 2008:723.

5 ANNEX to the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS *Commission Work Programme 2017*, COM(2016) 710 final [online 15. 10. 2016]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2017_annex_i_en.pdf [cit. 30. 10. 2019].

věřitelé či menšinoví společníci. Tento návrh by tedy měl zajistit společností možnost změnit právní formu jednoho členského státu na odpovídající/obdobnou právní formu jiného členského státu, aniž by společnost musela být zrušena či zlikvidována ve výchozím státě a opětovně založena v cílovém státě, ale společností by byla zachována jejich právní subjektivita.

Výše uvedený návrh mimo jiné vkládá do hlavy II této směrnice, která doposud uprvovala fúze a rozdělení kapitálových společností, kapitolu I (resp. články 86a-u), upravující přeshraniční přeměny, přičemž článek 86b vymezuje v definicích přeshraniční přeměnu jako „*operaci, při níž společnost, aniž by byla zrušena či zanikla s likvidací, změnil svou právní formu, pod kterou je zapsána ve výchozím členském státě, a přemísťuje přinejmenším své sídlo do cílového členského státu při zachování své právní subjektivity*“. Pro tyto přeshraniční přeměny, pod něž můžeme přeshraniční přemístění sídla zahrnout, je zde stanoven obecný postup. V první řadě stanovuje tento návrh podmínky pro přeshraniční přeměny, které mají zajistit, aby nedocházelo k přeměnám, jejichž provedení představuje zneužití, tedy umělou konstrukci za účelem získat neoprávněné daňové zvýhodnění či omezovat práva zaměstnanců, věřitelů a menšinových společníků. Dále návrh obsahuje úpravu projektu přeshraniční přeměny, dvou zpráv řídicího nebo správního orgánu pro společníky a zaměstnance, kde objasní, jaké dopady bude přeshraniční přeměna na tyto osoby mít. Dále povinnost přezkoumání nezávislým znalcem, stanovenou společností s výjimkou mikropodniků a malých podniků. Návrh dále upravuje postupy zveřejnění projektu a zprávy nezávislého znalce. Zveřejnění má také obsahovat oznámení vyzývající společníky, věřitele a zaměstnance k předložení případných připomínek. Přístup k takto zveřejněným informacím, projektu, oznámení a zprávě nezávislého znalce musí být přístupné veřejnosti bezplatně, poplatky za zveřejnění nesmí překračovat rámec správních nákladů na poskytování služby. Návrh upravuje schválení přeměny valnou hromadou, a dále pravidla pro ochranu společníků, věřitelů a zaměstnanců. Následně by měla být podána žádost o vydání osvědčení předcházející přeměně příslušnému orgánu, odpovědnému za kontrolu zákonnosti přeshraniční přeměny ve výchozím členském státě. Tímto osvědčením by měla být potvrzena zákonnost provedení přeshraniční přeměny – splnění všech postupů a náležitostí ve výchozím členském státě. V případě, že tento orgán bude mít vážné obavy, že by přeshraniční přeměna představovala výše zmíněnou umělou konstrukci, může rozhodnout o provedení hloubkového posouzení. Následně, v případě, že je na základě hloubkového posouzení vydáno osvědčení předcházející přeměně, je toto osvědčení doručeno příslušnému orgánu cílového členského státu, který provede kontrolu zákonnosti postupů, které se řídí právem cílového členského státu, a dále ověří, že jsou dodržena příslušná ustanovení právních předpisů, které se v cílové zemi týkají zakládání společností včetně případné úpravy účasti zaměstnanců. Po této kontrole by mělo dojít k zápisu do příslušného rejstříku cílového státu a výmazu z rejstříků výchozího státu.

Dalším legislativním návrhem na změnu této směrnice je také návrh směrnice, kterou se mění směrnice (EU) 2017/1132, pokud jde o využívání digitálních nástrojů a postupů v právu obchodních společností. Tento pak v návaznosti na výše uvedený návrh upravuje pravidla pro zveřejňování, a dále propojení rejstříků členských států. Ke schválení tohoto návrhu Evropským parlamentem došlo 18. 4. 2019.

3. Další obchodní aspekty přemístění sídla

Důvody pro „stěhování“ a volbu jiné jurisdikce lze nalézt v řadě dalších oblastí mimo úpravu přeměn obchodních společností případně ve změnách či zvýhodnění určité regulace. Tento jev je literaturou označován jako *statute shopping* či *delawarský efekt*.⁶ Mezi často skloňovanými faktory nelze opominout korporátní právo a corporate governance. Dále oblast insolvenčního práva, kde je klíčovým faktorem efektivita insolvenčního řízení, především náklady na takové řízení, délka jejich trvání či ochrana investorů. Mezi dalšími daňová a pracovněprávní regulace, dále environmentální regulace ve vztahu k danému předmětu podnikání. Neopominutelným faktorem je vymahatelnost práva a efektivita soudnictví či možnosti získání úvěrového financování a další.⁷

Jedním z deklarovaných sledovaných cílů výše zmíněného návrhu směrnice je dle důvodové zprávy právě „*uvolnit potenciál jednotného trhu odstraněním překážek pro přeshraniční obchod, usnadněním přístupu na trhy, zvýšením důvěry a stimulováním hospodářské soutěže a současně poskytnout účinnou a přiměřenou ochranu zúčastněným stranám.*“⁸ Dle údajů z roku 2015 bylo v EU 98–99 % všech kapitálových společností představováno malými a středními podniky. Právě pro tyto pak nejistota spojená s případným prováděním takové transakce může znamenat značnou překážku.⁹ V této souvislosti tedy přijetí směrnice může znamenat značné uvolnění přeshraniční mobility, a to právě i širšímu okruhu obchodních společností.

4. Aktuální trendy v českém prostředí

Dle údajů veřejně dostupných v českém obchodním věstníku a obchodním rejstříku není přeshraniční přemístění sídel obchodních společností stále až tak častou transakcí, každoročně jejich počet nepřekračuje desítku. Ovšem s ohledem na skutečnost, že přeshraniční přemístění sídla, jako jedna z přeměn společností nebo družstev, byla vložena do českého zákona o přeměnách¹⁰, v souladu s rozsudkem ve věci *Cartesio*, až v roce 2012 novelou českého zákona o přeměnách¹¹, lze sledovat v posledních 5 letech značný zájem o tuto formu přeměny.

6 SYLLA, M.: Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností. *Právní rozhledy* 21/2008, s. 784 an.

7 Více viz Commission Staff Working Document SEC(2007)1707/1. *Impact assessment on the Directive of the cross/border transfer of registered office* [online 12. 12. 2007]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteld=2&year=2007&number=1707&version=ALL&language=en> [cit. 20. 10. 2019].

8 Návrh SMĚRNICE EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY, kterou se mění směrnice (EU) 2017/1132, pokud jde o přeshraniční přeměny, fúze a rozdělení ze dne 25. 4. 2018. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52018PC0241> [cit. 20. 10. 2019, s. 3.

9 Ibidem. str 7.

10 Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů.

11 Zákon č. 355/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

Rok	Počet přemístění sídla celkem	Dokončených	Evropské společnosti	s. r. o.	a. s.
2015	8	6	5	3	0
2016	6	5	2	3	1
2017	4	4	1	3	0
2018	4	4	1	2	1
2019	9	2	6	2	1

Zdroj: Vlastní zkoumání dle www.obchodnivistnik.cz a www.justice.cz.

Od roku 2015 lze sledovat v českém prostředí celkem 31 přeshraničních přemístění sídla. Více než 48 % přeshraničních přemístění sídel se účastní evropské společnosti, téměř 42 % pak společnosti s ručením omezeným a necelých 10 % zbývá na akciové společnosti.

Státy EU	Přemístění sídla celkem	z ČR	do ČR
Velká Británie	5	5	0
Rakousko	4	4	0
Německo	3	2	1
Itálie	3	0	3
Kypr	3	3	0
Nizozemí	3	0	3
Malta	2	1	1
Slovensko	2	1	1
Irsko	1	1	0
Lucembursko	1	0	1
Rumunsko	1	1	0
Řecko	1	1	0

Zdroj: Vlastní zkoumání dle www.obchodnivistnik.cz a www.justice.cz.

Téměř 65 % společností, které přemísťují sídlo, přemísťují svá sídla z České republiky do zahraničí (včetně EU), pouhých 35 % pak přemísťuje své sídlo ze zahraničí (včetně EU) do České republiky. Mezi nejčastějšími cílovými zeměmi obchodních společností jsou Velká Británie a Rakousko, dále Kyprská republika a Spolková republika Německo. Naopak do České republiky přemísťují své sídlo společnosti nejčastěji z Itálie a Nizozemí. Z výše uvedených výsledků lze sledovat, že k přeshraničnímu přemísťování sídel dochází zpravidla do zemí, které se na žebříčku Světové banky *Ease of Doing Business*¹² zohledňující kritéria, výše zmiňovaná v kapitole 4, umísťují na vyšších příčkách.

S rekodifikací soukromého práva, ve smyslu § 138 an. občanského zákoníku¹³ lze přemístit sídlo bez jakéhokoli teritoriálního omezení, narozdíl od ostatních forem přeměn dle zákona o přeměnách¹⁴. Ve dvou případech, ve sledovaném období, k takovým přemístěním sídla dochází. V jednom případě přemísťovala v roce 2016 společnost sídlo ze Švýcarska do

12 A World Bank Flagship Report 16th Edition. *Doing Business 2019*. [online 27. 10. 2019]. Dostupné z: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf [cit. 20. 10. 2019].

13 Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

14 Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů.

České republiky, a to úspěšně¹⁵. Dále byl v červnu 2019 ve sbírce listin českého obchodního rejstříku zveřejněn záměr přemístění sídla společnosti do zahraničí, konkrétně do Kamerunu. Zde bude velmi zajímavé sledovat vývoj této transakce.

Závěr

Tento příspěvek představuje aktuální vývoj pro přeshraniční přemístění sídla obchodních společností, a to na aktuální judikatuře Soudního dvora EU, a dále na úrovni evropské legislativy. Na analýze transakcí v českém prostředí v letech 2015–2019 jsou pak popsány aktuální trendy přeshraničního přemísťování sídel společností z anebo do České republiky.

Dle důvodové zprávy návrhu výše zmiňované směrnice znamenalo zavedení směrnice o přeshraničních fúzích 2005/56/EU, která zavedla v rámci EU harmonizovaný postup, nárůst počtu přeshraničních fúzí mezi lety 2008 až 2012 o 173 %¹⁶. Lze tedy očekávat, že v případě harmonizovaného právního rámce pro přeshraniční přeměny obchodních společností bude následovat zvýšení aktivity obchodních společností v oblasti přeshraniční mobility, a tedy lepší využití možností jednotného trhu a ve svém důsledku usnadnění přístupu podnikatelům na trhy nové, případně otevření dalších možností využívání příznivějšího regulatorního prostředí jiných členských států pro některé oblasti podnikání, mimo jiné i zvýšení zájmu o přeshraniční přemístění sídla.

Z údajů představených v tomto příspěvku, s ohledem na skutečnost, že jedna taková transakce již byla v českém prostředí úspěšně dokončena, lze sledovat, že se v posledních letech pootevírají dveře i pro přemísťování sídel do anebo ze zemí mimo EU, přestože se početně zatím jedná spíše o výjimečné jevy.

LITERATURA

- [1] ANNEX to the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS *Commission Work Programme 2017*, COM(2016) 710 final [online 15. 10. 2016]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2017_annex_i_en.pdf [cit. 30. 10. 2019].
- [2] A World Bank Flagship Report 16th Edition. *Doing Business 2019*. [online 27. 10. 2019]. Dostupné z: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf [cit. 20. 10. 2019].
- [3] Commission Staff Working Document SEC(2007)1707/1. Impact assessment on the *Directive of the cross/border transfer of registered office* [online 12. 12. 2007]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=2&year=2007&number=1707&version=ALL&language=en> [cit. 20. 10. 2019].

15 Více viz Přeshraniční přemístění sídla do České republiky v novém světle [online 5. 6. 2017]. *Novinky, Rentsch Legal*. Dostupné z: <http://www.rentsch.cz/index.php/cz/novinky/novinky/preshranicni-premisteni-sidla-do-ceske-republiky-v-novem-svetle> [cit. 27.10.2019].

16 Návrh SMĚRNICE EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY, kterou se mění směrnice (EU) 2017/1132, pokud jde o přeshraniční přeměny, fúze a rozdělení ze dne 25. 4. 2018. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52018PC0241> [cit. 20. 10. 2019], s. 7.

- [4] Commission Staff Working Document SEC(2007)1707/1. *Impact assessment on the Directive of the cross/border transfer of registered office* [online 12. 12. 2007]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=2&year=2007&number=1707&version=ALL&language=en> [cit. 20. 10. 2019].
- [5] DĚDIČ, J.: Novinky v právní úpravě přeměn obchodních společností a družstev. *Obchodněprávní revue* 1/2012, s. 9.
- [6] DVOŘÁK, T.: *Přeměny obchodních korporací*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 395 s. Vědecká monografie. ISBN 978-80-7478-803-1.
- [7] Konsolidované znění Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie, 2012/C 326/01.
- [8] MIŠŮR, P.: Harmonizace právního rámce pro přeshraniční přeměny, fúze a rozdělení společností. *Obchodněprávní revue* 7–8/2018, s. 227.
- [9] MIŠŮR, P.: Evropský parlament schválil harmonizaci právního rámce přeshraničních přeměn, fúzí a rozdělení. *Obchodněprávní revue* 4/2019, s. 103.
- [10] Návrh SMĚRNICE EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY, kterou se mění směrnice (EU) 2017/1132, pokud jde o přeshraniční přeměny, fúze a rozdělení ze dne 25. 4. 2018. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52018PC0241> [cit. 20. 10. 2019].
- [11] Návrh SMĚRNICE EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY, kterou se mění směrnice (EU) 2017/1132, pokud jde o využívání digitálních nástrojů a postupů v právu obchodních společností ze dne 25. 4. 2018. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0239&from=CS> [cit. 20. 10. 2019].
- [12] Přeshraniční přemístění sídla do České republiky v novém světle [online 5. 6. 2017]. *Novinky, Rentsch Legal*. Dostupné z: <http://www.rentsch.cz/index.php/cz/novinky/novinky/preshranicni-premisteni-sidla-do-ceske-republiky-v-novem-svetle> [cit. 27.10.2019].
- [13] SMĚRNICE EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY 2005/56/ES ze dne 26. října 2005 o přeshraničních fúzích kapitálových společností.
- [14] SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE. Věc C-106/16 Polbud – Wykonawstwo sp. z o. o. Rozsudek soudního dvora ze dne 25. října 2017. Sb. soud. rozh. 2017:804.
- [15] SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE. Věc C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*. Rozsudek soudního dvora ze dne 16. prosince 2008 Sb. soud. rozh. 2008:723.
- [16] SYLLA, M.: *Vývoj judikatury ESD v oblasti mezinárodního práva společností*. Právní rozhledy 21/2008, s. 784.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Ing. Martina Pelikánová
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
Nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: martina.pelikanova@centrum.cz

WHISTLEBLOWER PROTECTION IN VIEW OF THE NEW “WHISTLEBLOWER DIRECTIVE”

Abstrakt: Tento příspěvek analyzuje směrnici o ochraně osob oznamujících porušení práva Unie a její možné důsledky pro právní subjekty v soukromém i veřejném sektoru. Tento článek se rovněž zabývá otázkami řádné implementace do českého vnitrostátního práva. Autor využívá především srovnávací a normativní výzkumné metody na národní a unijní úrovni. Text kriticky analyzuje současný stav ochrany oznamovatelů a nabízí možná řešení *de lege ferenda*. Tento článek odráží výhradně autorovy osobní názory.

Abstract: This contribution analyses the Directive on the protection of persons reporting on breaches of Union law and its possible implications for legal entities in both private and public sector. The article also deals with issues of proper implementation in Czech national law. The author predominantly makes use of comparative and normative research approaches on national and EU level. The text critically analyses the current state of whistleblower protection and offers possible *de lege ferenda* outcomes. This article reflects the personal views only of the author.

Klíčová slova: ochrana oznamovatelů, směrnice o ochraně oznamovatelů, právo EU.

Key words: whistleblower protection, Whistleblower Directive, EU law.

Introduction

In 2017, a study carried out for the European Commission (Commission) estimated the loss of potential benefits due to a lack of whistleblower protection, in public procurement alone, to be in the range of €5.8 to €9.6 billion each year for the EU as a whole.¹ On 23 April 2018, the Commission published a proposal for a Directive aimed at providing better protection to whistleblowers across the EU which should provide both public- and private-sector organisations with greater legal certainty regarding their rights and obligations. On 7 October 2019, the Council of the European Union (Council) decided to accept the European Parliament’s position adopted at first reading on 16 April 2019 and thus, under the Ordinary Legislative Procedure, adopted the Directive on the protection of persons reporting on breaches of Union law (hereinafter “Whistleblower Directive” or “Directive”).²

Protecting whistleblowers from unequal treatment, including retaliation, discrimination or other disadvantages, can be a determining factor in deciding whether to report

1 ROSSI, L. – MCGUINN, J. – FERNANDES, M.: *Estimating the economic benefits of whistleblower protection in public procurement*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, p. 15.

2 Procedure file 2018/0106(COD).

a violation. Early notice then contributes to the fact that the law will either not be violated or that such conduct will be detected, punished and the consequences reduced. Recent scandals such as Dieselgate, Luxleaks, the Panama Papers or the ongoing Cambridge Analytica revelations show that whistleblowers play an important role in uncovering unlawful activities that damage the public interest. Whistleblower protection is therefore a key tool to enhance the effectiveness of law enforcement. Currently, whistleblowers face a real risk of retaliation. This was already confirmed when Luxembourg courts sentenced the famous LuxLeaks whistleblowers.³ In the EU, there have only been a very limited number of sectors where measures have been instituted to protect whistleblowers, mostly in the areas of financial services. Until now, EU countries have had different levels of whistleblower protection in place, with some countries, such as Ireland, having good laws and other countries, such as Cyprus, having practically none.⁴

1. Key elements

1.1 Material and personal scope

The scope of application of any whistleblowing legislation should be as wide as possible, to cover the broadest range of unlawful situations in order to ensure the highest possible protection of whistleblowers.⁵ Unfortunately, regarding the limited competences of the EU, the definition of material scope provided in Article 2 of the Directive can be seen as complex and rather limited. In short, it basically only protects whistleblowers that report breaches of EU law in areas defined by rather abstract concepts and referring to an annex containing an extensive list of Union legal acts. The Directive will protect whistleblowers from liability when reporting breaches of law related to anti-money laundering and corporate taxation, data protection, protection of the EU's financial interests, food and product safety, environmental protection and nuclear safety.

The consequence of such an arrangement is that reporting on breaches of EU law in other areas or breaches of national law will not be protected by the Directive. Paradoxically, this may create an atmosphere of legal uncertainty which will make it difficult for the most vulnerable addressees of the law, whistleblowers themselves, to understand whether and under which conditions they are protected. Possible future interpretation and transposition *stricto sensu* at national level could therefore discourage many whistleblowers from reporting or – even worse – in the mistaken belief that they are protected, make them more vulnerable to retaliation.

One example of such legal uncertainty created by the limited material scope may be identified in Article 21(7) which clarifies the relationship between the Whistleblower

3 Administration judiciaire. Available at: <https://justice.public.lu/fr/actualites/2016/06/jugement-affaire-luxleaks.html#> [cit. 31. 10. 2019].

4 Whistleblower protection in the European Union. *Transparency International* [online 13. 8. 2018]. Available at: http://files.transparency.org/content/download/2310/14262/file/2018_Position%20Paper_Whistleblower%20Protection%20EU_English.pdf [cit. 31. 10. 2019].

5 TRANSPARENCY INTERNATIONAL: *International principles for whistleblower legislation*. Berlin: Transparency International, 2013, p. 4.

Directive and the Trade Secrets Directive.⁶ A person reporting or publicly disclosing information on breaches falling within the scope of the Whistleblower Directive, which include trade secrets and meet the conditions of the Directive, shall be considered lawful under the conditions of Article 3(2) of the Trade Secrets Directive. On the other hand, any other breaches fall within the scope of Article 5(b) of the Trade Secrets Directive, requiring person revealing trade secrets acting for “*the purpose of protecting the general public interest*”.

Despite a declaration that is included in Article 2(2) and Recital (5) of the Directive regarding the possibility for Member States to extend protection under national law as regards areas or acts not included in the material scope definition of Article 2(1), such extension would seem rather surprising as currently only 10 Member States (France, Hungary, Ireland, Italy, Lithuania, Malta, Netherlands, Slovakia, Sweden and UK) provide comprehensive legal protection for whistleblowers.⁷ In the remaining Member States, protection is only partial or limited to specific areas. The personal scope of the Directive covers a wide range of protection for individuals in both public and private sectors, including persons in legal relations going far beyond mere employment contract, such as consultants, trainees, former employees and job applicants.⁸

1.2 Procedures for reporting

Regarding the whistleblowing itself, the Whistleblower Directive basically offers four possible ways of reporting: internal, external, anonymous and public disclosure. Regarding channels for receiving the reports internally, these should be designed, set up and operated in a secure manner that ensures the confidentiality of the whistleblower’s identity and any third party mentioned in the report, and should prevent access to non-authorized staff members. Whistleblowers will be able to report in writing or orally. Oral reporting shall be possible by telephone or through other voice messaging systems, and, upon request by the reporting person, by means of a physical meeting within a reasonable timeframe.⁹ They will also receive a receipt of acknowledgment within seven days and feedback within another three months from an impartial person or department. They will be also provided with information regarding the procedures for reporting externally to competent authorities and, where relevant, to institutions, bodies, offices or agencies of the Union.

As a general principle, information on breaches should be reported through the internal reporting channels.¹⁰ Regarding external reporting, the public authorities must establish independent and autonomous external reporting channels for receiving and handling information provided by whistleblowers. This means that such channels need to be designed, set up and operated in a manner that ensures the completeness, integrity and confidentialia-

6 Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

7 Fact sheet on Whistleblower protection. *European Commission* [online 1. 4. 2018]. Available at: https://europa.eu/rapid/attachment/IP-18-3441/en/Factsheet_on_Whistleblower_Protection.pdf [cit. 31. 10. 2019].

8 Article 4 of the Whistleblower Directive.

9 Article 9(2) of the Whistleblower Directive.

10 Article 7(1) of the Whistleblower Directive.

lity of the information and prevents access to non-authorized staff members of the competent authority. Channels must keep information available for further investigations.

The Directive does not affect the power of Member States to decide whether legal entities in the private or public sector and competent authorities are required to accept and follow up on anonymous reports of breaches.¹¹ Currently, only 11 Member States offer the possibility of anonymous reporting.¹² Nonetheless, anonymous whistleblowers who are subsequently identified and suffer retaliation qualify for the protection under the same conditions. Whistleblowers can choose the most appropriate channel depending on the individual circumstances of their situation. This means that whistleblowers might report internally or externally to competent authorities, and as a last resort, make a public disclosure, typically to the media.

According to Article 8, an obligation to establish internal reporting channels lays on legal entities in the private sector with 50 or more workers. Regarding legal entities in the public sector, Member States may exempt municipalities and/or entities with fewer than 10 000 inhabitants or fewer than 50 workers from the obligation. Furthermore, regarding legal entities in the private sector with 50 to 249 workers, Member States shall in four years after the date of entry into force of the Directive bring into force the legal acts necessary to comply with the obligation to establish internal reporting channels. Regarding the establishment of internal notification systems, it will be crucial to provide whistleblowers with identity protection and competent handlers who will be able to independently investigate the received notifications.

1.3 Protection measures

The Whistleblower Directive will introduce sanctions on retaliation against whistleblowers which may take the form of criminal, civil or administrative penalties. Anyone who attempts to hinder reporting, retaliate against whistleblowers, bring vexatious proceedings against them or reveal their identity will be penalised. Unfortunately, the Directive does not set minimum penalties, its type nor does it determine whether sanctions should be based on criminal, civil or administrative law basis. Article 21 of the Directive states that whistleblowers cannot be held liable for breaching restrictions on the acquisition or disclosure of information, including for breaches of trade or other secrets. The Directive also excludes the possibility to waive or limit by any agreement the right to report.

2. Czech Republic

The Directive has been definitively adopted and Member States must transpose the Directive in two years after the date of entry into force according to Article 28. In case of the Czech Republic, the adopted Directive provides for a legal basis setting up the minimum standards of protection for whistleblowers, something that was missing for a long time. Despite the lack of such general legal protection in the Czech Republic, partial regulations on whistleblower protection exist, for example, in the banking sector or in the civil service. Various drafts came on the agenda in recent years but never success-

11 Article 6(2) of the Whistleblower Directive.

12 ROOIJENDIJK, L.: *Mapping the EU on legal whistleblower protection*. Transparency International Nederland, 2019, p. 4.

fully passed the legislative process. At present, a proposal for the Act on Protection of Whistleblowers, which already includes some requirements of the original Commission's proposal, is being discussed at the government level.¹³

The Directive will represent not only a legislative challenge in terms of implementation, but the obligations it contains will also call on public authorities and private companies to put them into life correctly. From a current legal point of view, whistleblowing collides with the general principle of loyalty. In the case of employees, this is governed by the Labour Code.¹⁴ In the case of members of a corporation, general corporate loyalty is explicitly covered in the Civil Code.¹⁵ The duty of loyalty implies a duty of confidentiality on matters that could cause harm to the corporation.

Whistleblowing is marginally affected by labour law, criminal law and administrative law. A fear of retaliation often discourages employees from reporting since retaliation by the employer may mean either being transferred to another job, or termination of the employment contract.¹⁶ On the other hand, the duty to report a crime is laid down in Section 368 of Act No. 40/2009 Coll., the Criminal Code, and already contains obligation to report standard corruption offenses such as subsidy fraud, embezzlement, or bribery. Unfortunately, a deterrent factor for whistleblowers may be fear of allegations for defamation or perjury. Section 55(2) of Act No. 141/1961 Coll., the Code of Criminal Procedure, also already provides the reporting person of a crime as a witness with protection of the identity. Furthermore, as evidence for exoneration of criminal liability, companies may use compliance programs to prevent abusive practices from both the company and employees.¹⁷

Also, Section 42 of Act No. 500/2004 Coll., the Administrative Procedure Code, stipulates the obligation of administrative authorities to receive complaints and, if necessary, to initiate proceedings ex officio. Only the banking sector and the field of public service relations enjoy special treatment. In the field of banking, there already exists an obligation for financial entities to introduce internal reporting channels and procedures for their employees. The Government Decree No. 145/2015 Coll., which is based on Section 205(d) of Act No. 234/2014 Coll., on the Civil Service, is one of the few Czech regulations to protect whistleblowers, yet it is widely criticized, e.g. for its limited personal scope and the compulsory written form of notification.

13 Office of the Government of the Czech Republic. Available at: https://apps.odok.cz/veklep-detail?p_p_id=material_WAR_odokkpl&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=3&material_WAR_odokkpl_pid=ALBSB63F32SK&tab=detail [cit. 31. 10. 2019].

14 Section 1a(1) d) and Section 301 d) of the Act No. 262/2006 Coll. (*zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce*).

15 Section 212(1) of the Act No. 89/2012 Coll. (*zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník*).

16 As in the case of former Deputy Finance Minister Ondřej Závodský. More about his case available in English, for example, at: <http://www.nfpk.cz/en/news/5286> [cit. 31. 10. 2019].

17 Section 8(2) b) of the Act No. 418/2011 Coll., on Criminal Liability of Legal Entities and Proceedings against Them (*zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob*).

Conclusion

As Member States may introduce or retain provisions more favourable to the rights of reporting persons than those set out in the Directive, and considering that the implementation shall under no circumstances constitute grounds for a reduction in the level of protection already afforded, it will be definitely interesting to follow how every Member State will deal with the transposition. Only practice will show whether this will lead to some side effects, e.g. “forum shopping” for protection in various national jurisdictions or rise of anonymous or, on the contrary, malicious or abusive reports, etc.

While some provisions may already be identified as possible future weak points, the Directive definitely represents a big step forward via the establishment of clear common minimum standards for the protection of whistleblowers. The Directive protects the identity of whistleblowers in most circumstances and grants protection even to anonymous whistleblowers that have subsequently been identified. It allows public disclosures in certain circumstances and prohibits “any form of retaliation”, including threats of retaliation and attempts of retaliation. It also provides for a wide range of measures of support and for protection against retaliation, including interim relief during ongoing legal proceedings, legal advice and possibly even financial or psychological support.

In the case of the Czech Republic, it would be highly recommendable that the proposal for the Act on Protection of Whistleblowers, which should already comply with “the principles of the Directive’s proposal”¹⁸, would be already taken into account in the ongoing legislative procedures for anti-corruption legislation, such as the proposal for the Act on Lobbying or amendments of the Act No. 283/1993, on the Public Prosecutor’s Office, and Act No. 6/2002, on Courts and Judges, in order to form some kind of “anti-corruption package”. As all these proposals fall within the mandate of the Government Council for Coordinating the Fight against Corruption, the next step in following up on the proper transposition of the Directive should be its inclusion into the Anti-Corruption Action Plan for 2020 in following weeks. The preparation of the final proposal for the Act on Protection of Whistleblowers falls under exclusive competence of the Ministry of Justice.

LITERATURA

- [1] Fact sheet on Whistleblower protection. *European Commission* [online 1. 4. 2018]. Available at: https://europa.eu/rapid/attachment/IP-18-3441/en/Factsheet_on_Whistleblower_Protection.pdf [cit. 31. 10. 2019].
- [2] ROOIJENDIJK, L. *Mapping the EU on legal whistleblower protection*. Transparency International Nederland, 2019, 85 p.
- [3] ROSSI, L. – MCGUINN, J. – FERNANDES, M. *Estimating the economic benefits of whistleblower protection in public procurement*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, 103 p. ISBN 978-92-79-70975-3.
- [4] TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *International principles for whistleblower legislation*. Berlin: Transparency International, 2013, 12 p.

18 Decision of the Government of the Czech Republic from 11 March 2019 No. 170 (*Usnesení vlády České republiky ze dne 11. března 2019 č. 170*), p. 13.

- [5] Whistleblower protection in the European Union. *Transparency International* [online 13. 8. 2018]. Available at: http://files.transparency.org/content/download/2310/14262/file/2018_Position%20Paper_Whistleblower%20Protection%20EU_English.pdf [cit. 31. 10. 2019].
- [6] WHITE, S. A Matter of Life & Death: *Whistleblowing Legislation in the EU*. eucrim, No. 3/2018, p. 170 – 177. ISSN: 1862-6947.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Jan Petr

Evropský úřad pro boj proti podvodům (OLAF)

Rue Joseph II 30

1000 Brusel, Belgické království

E-mail: jan.petr@artikel116.cz

PROTIPRÁVNOST STÁTNÍ PODPORY

Abstrakt: Příspěvek se týká problematiky protiprávní podpory. Protiprávní státní podpora je podpora udělená v rozporu s čl. 108 odst. 3 SFEU, tedy v rozporu s povinností členského státu notifikovat komisi její poskytování. Článek se zabývá tím, jaká je úloha příslušných subjektů při zkoumání protiprávní státní podpory.

Abstract: The paper explores issue of so called unlawful state aid. Unlawful state aid is aid granted in contrary to article 108 (3) TFEU, *i. e.* in breach of the Member State's obligation to notify the aid to the Commission. The article explores the procedure of investigation of unlawful state aid.

Klíčová slova: státní podpora, protiprávní státní podpora, formální vyšetřovací postup, negativní rozhodnutí, povinnost zdržet se.

Key words: state aid, unlawful state aid, formal investigation procedure, negative decision, standstill obligation.

1. Obecně k pojmu protiprávní státní podpora

Pojem protiprávní státní podpora je jedním z klíčových pojmů práva státních podpor. Jeho správné uchopení je nezbytné nejen z hlediska řízení vedeného před Evropskou komisí, ale také stále častěji i z hlediska řízení před národními soudy. Cílem příspěvku je prozkoumat obsah tohoto pojmu a navazujících institutů.

Podle čl. 107 odst. 1 platí, že „*podpory poskytované v jakékoli formě státem nebo ze státních prostředků, které narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž tím, že zvýhodňují určité podniky nebo určitá odvětví výroby, jsou, pokud ovlivňují obchod mezi členskými státy, neslučitelné s vnitřním trhem, nestanoví-li Smlouvy jinak.*“

Podle čl. 108 odst. 3 Smlouvy o fungování EU (dále jen „SFEU“) platí, že Komise musí být včas informována o záměrech poskytnout nebo upravit podpory, aby mohla podat svá vyjádření. Má-li za to, že takový záměr není s ohledem na článek 107 slučitelný s vnitřním trhem, zahájí neprodleně řízení podle odstavce čl. 108 odst. 2. Dotyčný členský stát neprovede zamýšlená opatření, dokud Komise v tomto řízení nepřijme konečné rozhodnutí. Toto ustanovení (v odborné literatuře či judikatuře Soudního dvora EU se čl. 108 odst. 3 SFEU označuje také jako „*standstill clause*“, či „*povinnost zdržet se*“)¹ tvoří základ pojmu protiprávní podpora (v českém právním prostředí se zpravidla používá pojem „*nedovolená veřejná podpora*“, nicméně v následujícím textu bude používán oficiální termín „*protiprávní státní podpora*“.

1 Blíže viz např. Heidenhein M. *European State Aid Law – Handbook*, p. 601.

Pojem protiprávní státní podpora ovšem v čl. 108 odst. 3 SFEU není explicitně zakotven – je totiž konkrétně definován v prováděcím nařízení Rady č. 1589/2015 (nahradilo nařízení Rady č. 659/1999 – dále jen „nařízení“), které provádí tento článek. Podle čl. 1 prováděcího nařízení se „protiprávní podporou“ rozumí nová podpora uskutečňovaná v rozporu s čl. 108 odst. 3 Smlouvy o fungování EU. Pojem zahrnuje podporu, která nebyla notifikována, dále podpora, která notifikována byla, ale byla udělena, aniž by ji Komise schválila, a konečně podpora, která byla udělena v rozporu s rozhodnutím Komise. To znamená podpora, která je v rozporu s negativním rozhodnutím o slučitelnosti, či podpora, která je v rozporu se schváleným schématem podpory.

Koncept protiprávní státní podpory vychází z předpokladu, že efektivita politiky státních podpor závisí právě na předběžných oznámeních. Komise tak může připravované státní podpory zhodnotit z hlediska jejich slučitelnosti s čl. 107 odst. 1 SFEU a případně je označit za neslučitelné. To by ovšem nebylo možné, pokud by členské státy povinnost předběžné notifikace a kontrola by probíhala *ex post*. Za prvé se lze domnívat, že by taková konstrukce sváděla členské státy k tomu, aby poskytování státních podpor nenotifikovaly vůbec. Za druhé by *ex post* kontrola vedla k vysokým transakčním nákladům. Podniky by totiž musely, v případě, že Komise dospěje k závěru, že poskytnutá podpora je protiprávní, tuto podporu vracet a členské státy by ji musely vymáhat. A jak ukazuje praxe vymáhání protiprávních podpor, je tento proces velice časově a finančně náročný (lze v tomto ohledu poukázat na případ košické Frucony²). A konečně za třetí Komise nedisponuje aparátem, který by ji umožňoval samostatně vyhledávat případy státních podpor.

Důležitým aspektem problematiky protiprávní státní podpory je rovněž skutečnost, že ustanovení čl. 108 odst. 3 SFEU má podle ustálené judikatury SD přímý účinek³. To znamená, že dané pravidlo chování může způsobovat horizontální i vertikální právní účinky na národní úrovni, aniž by bylo nutné přijímat příslušné transpoziční předpisy. To má dalekosáhlé procesní důsledky, zejména pro subjekty, které by se cítily dotčeny na svých právech poskytnutím protiprávní státní podpory.

2. Předběžné posouzení

Jak je tedy z výše uvedeného zřejmé, je zcela zřetelně zakotvena povinnost notifikovat podpory (rovněž jsou zakotveny případné výjimky z této notifikace). Přes tuto reglementaci však, jak vyplývá z registrů Evropské komise, členské státy povinnost notifikovat veškeré podpory často neplní. Jak je tedy zákaz poskytování protiprávních státních podpor vynucován? Zřídla informací Komise o neplnění povinností a udělení podpory v rozporu s čl. 108 odst. 3 SFEU jsou různé – především se může jednat o stížnosti konkurentů příjemce podpory nebo např. informace z médií či podněty různých nevládních organizací. Pokud jde o stížnosti týkající se protiprávní státní podpory v tomto ohledu, došlo v souvislosti s novým procedurálním nařízením k výrazné změně. Oproti dosavadní právní úpravě, kdy podat stížnost a s tím i spojená procesní oprávnění měl jakýkoliv subjekt, podle současné právní úpravy je nezbytné podat stížnost na stanoveném formuláři.⁴ Procesní oprávnění

2 Viz rozhodnutí SDEU z 20. září 2017 ve věci C-300/16 P, Frucona.

3 Viz např. rozhodnutí SDEU z 21. října 2003 ve věci C-17/91 Lornoy a další, ze dne 21. října 2003 ve věci C-261/01 Van Calster či ze dne 21. listopadu ve věci C-354/90 Federation national du commerce.

4 Čl. 24 odst. 2 nařízení.

spjatá s postavením stěžovatele mají pouze privilegované subjekty – jsou to zejména konkurenti beneficenta státní podpory či oborová sdružení podnikatelů působící ve stejném oboru jako beneficiant podpory. To samozřejmě znamená potenciální zúžení procesních práv dotčených subjektů, neboť privilegované účastenství je přiznáváno pouze úzké skupině subjektů⁵ – prakticky pouze konkurentům a jejich oborovým sdružením a nikoliv jiným subjektům, kteří jsou potenciálně dotčeni poskytnutím státní podpory.

I přes to platí stále, že Komise se musí zabývat jakoukoliv informací týkající se udělení protiprávní státní podpory, bez ohledu na její zdroj (v praxi Komise se zakládá spis v tzv. NN (non-notified) registru). V tomto ustanovení je tak zakotvena oficiální povinnost vyhledávat a vyšetřovat případy protiprávní státní podpory. Z tohoto hlediska je tedy indiferentní, zda informaci o protiprávní státní podpoře obdržela Komise od privilegovaného stěžovatele, nebo od subjektu, který toto postavení nemá. K těmto „zdrojovým“ subjektům však Komise bude přistupovat odlišně – privilegované subjekty mají široká procesní oprávnění, zatímco neprivilegovaní stěžovatelé procesními právy nedisponují. Dalším zdrojem informací vedoucích k vyšetřování protiprávní státní podpory může být dotaz národního soudu, který se zabývá otázkou protiprávní státní podpory na národní úrovni. Potenciálním zdrojem informací o protiprávní podpoře jsou dále registry, které obsahují opatření, jež spadají do výjimek stanovených blokovým nařízením, ale podmínky tohoto nařízení nesplňují a Komise to následně zjistí. Je ovšem otázka, zda v praxi ke stížnostem privilegovaných a neprivilegovaných stěžovatelů bude přistupovat stejně, neboť v případě neprivilegovaných stěžovatelů Komisi nehrozí, že bude např. v případě nečinnosti žalována u soudního dvora EU, protože k takové žalobě by chyběla stěžovateli aktivní legitimace.

Povinností prověřit danou informaci výčet povinností Komise nekončí – Komise má v tomto ohledu povinnost také vyžádat si veškeré informace od členského státu týkající se daného opatření.

Zatímco podle procesních předpisů, které se týkají hodnocení slučitelnosti podpory poskytované na základě oznámení, je postup Komise vázán procesními lhůtami, podle předpisů týkajících se vyšetřování protiprávní státní podpory Komise těmito lhůtami vázána není. Důvod je nasnadě: protiprávní podpora, na rozdíl od notifikované podpory, již byla poskytnuta a není tak nutné postupovat podle striktních lhůt. Případně delší doba trvání však jde na vrub členskému státu či potenciálnímu příjemci podpory, rozhodně nezakládá legitimní očekávání příjemci státní podpory (viz níže).

V tomto ohledu je nezbytné poukázat na procedurální charakter konceptu protiprávní podpory na unijní úrovni. To má důsledky v tom smyslu, že Komise i v případě, že prokáže protiprávnost státní podpory, může dojít k závěru, že se jedná o podporu slučitelnou s vnitřním trhem a následně ji schválit. SDEU ve své rozhodovací praxi dovodil⁶, že Komise nemůže pouze na základě toho, že se jedná o podporu poskytnutou v rozporu s čl. 108 odst. 3 SFEU, rozhodnout o vrácení takto poskytnuté podpory. To může udělat až poté, co zhodnotí slučitelnost státní podpory; v tom ostatně spočívá její základní úloha v oblasti politiky státních podpor EU. Jedinou výjimkou v tomto ohledu jsou předběžná opatření Komise, tzv. příkazy, které za výjimečných okolností a stanovených podmínek umožňují prozatímně vrátit podporu či zastavit její poskytování podle čl. 13 procedurálního nařízení.

⁵ Čl. 1 písm. h) nařízení.

⁶ Viz rozhodnutí SDEU ze dne 14 února 1990 ve věci C-301/87 ve věci Boussac a ze dne 21. března ve věci C-142/87 Tubemeuse.

V případě, že Komise dospěje k závěru, že se jedná o neslučitelnou podporu (tzv. negativní rozhodnutí), přijme současně s tím tzv. rozhodnutí o navrácení. Avšak v případě, že Komise dospěje během šetření k závěru, že se jedná o slučitelnou, pak takovou pravomoc nemá a nemůže rozhodnutí o navrácení přijmout.

Jak již bylo naznačeno, v oblasti kontroly protiprávních státních podpor Komise má podle čl. 13 procedurálního nařízení pravomoc přijímat předběžná opatření, tzv. příkazy. Jsou to opatření, která nemají hmotně právní efekt a nepředjímají substantivní rozhodnutí o slučitelnosti – jejich účelem je prozatímní úprava poměrů či zajištění procesního postupu Komise. Za prvé se jedná o příkaz k poskytnutí informací podle čl. 12 odst. 3 nařízení. V tomto ohledu platí, že podle čl. 12 odst. 2 nařízení má členský stát Komisi poskytnout na její žádost poskytnout informace týkající se protiprávní podpory. V praxi Komise žádá členský stát o informace s tím, že zpravidla poskytuje lhůtu 20 dnů. V případě, že členský stát neodpoví v této lhůtě, Komise zašle upomínku, ve které poskytne členskému státu dodatečnou typicky 15 denní lhůtu na podání informací a zároveň ho upozorní na možnost vydání příkazu k poskytnutí informací. V případě, že členský stát neposkytne požadované informace ani po urgenci, Komise může vydat příkaz k poskytnutí informace a k jeho splnění poskytne členskému státu obvykle lhůtu jednoho měsíce. V tomto příkazu uvede, jaké informace jsou nezbytné k vyšetřování, indikuje případné nejasnosti a stanoví členskému státu, aby tyto informace poskytl. Rozhodnutí je neveřejné.

Za druhé se jedná o příkazy podle čl. 13 odst. 1 nařízení. Jde o příkaz k pozastavení protiprávní podpory a o příkaz k navrácení podpory. V obou případech musí před přijetím příkazů Komise členskému státu umožnit, aby mohl vyjádřit své připomínky. Pokud jde o příkaz k prozatímnímu navrácení protiprávní podpory, musí být naplněna tři kritéria. Za prvé vše nasvědčuje (zejména konstantní judikatura) tomu, že se v daném případě jedná o protiprávní podporu, za druhé je nutné jednat a za třetí, existuje riziko podstatné a neopravitelné újmy na straně soutěžitele. Pokud bychom měli zhodnotit poměr mezi počtem vydaných příkazů, tak naprostou většinu představují příkazy k poskytnutí informací. Lze v této souvislosti odkázat na aktuální případ týkající se daně z obratu v maloobchodě v Polsku, kdy polský parlament přijal návrh zákona, kterým tuto progresivní daň podle názoru Komise fakticky cílící na nadnárodní společnosti zavedl, a to aniž by notifikoval tento předpis Komisi. Komise v reakci na stížnost, která směřovala vůči tomuto opatření, přijala příkaz k pozastavení poskytování podpory (a současně zahájila tzv. formální vyšetřovací proceduru⁷).

Shora uvedený postup lze označit za fázi předběžného posouzení státní podpory. Podle čl. 15 nařízení musí být tato fáze Komisí zakončena trojím eventuálním způsobem stanoveným v čl. 4 odst. 2, 3 nebo 4. To znamená, že pokud Komise dospěje k závěru, že se nejedná o podporu ve smyslu čl. 107 odst. 1 SFEU, zaznamená svůj nálezný ve formě rozhodnutí. V případě, že se jedná o nenotifikovanou (protiprávní podporu), avšak Komise dospěje k závěru, že se jedná o opatření slučitelné s vnitřním trhem, vydá „rozhodnutí nevznášet námitky“ (rozhodnutí o tom, že se jedná o opatření slučitelné s vnitřním trhem). Poslední variantou je, že Komise dojde k závěru, že se může jednat o opatření neslučitelné s vnitřním trhem; v takovém případě zahájí formální vyšetřovací řízení.

7 Viz rozhodnutí EK ve věci SA.44351 (C(2016) 5596 final).

3. Formální vyšetřovací řízení

Podobně jako v případě notifikované státní podpory, která vzbuzuje obavy z neslučitelnosti s vnitřním trhem, musí Komise zahájit formální vyšetřovací řízení, jakmile zjistí pochybnosti o slučitelnosti protiprávní podpory s vnitřním trhem podle čl. 4 odst. 4 nařízení. Komise vydá rozhodnutí, které je uveřejněno v úředním věstníku EU. V tomto rozhodnutí Komise rekapituluje dosavadní postup, shrne právní a faktické úvahy a vyloží pochybnosti o slučitelnosti opatření s vnitřním trhem. Zároveň vyzve členské státy a další zúčastněné strany k zaslání připomínek a poskytne jim dostatečnou lhůtu, zpravidla jeden měsíc. Oznámení, resp. rozhodnutí o zahájení formálního vyšetřovacího řízení musí být dostatečně konkrétní a odůvodněné, aby zúčastněným stranám byla efektivní účast na řízení.⁸

Se zahájením formálního řízení souvisí také široké pravomoci Komise vyžadovat od zainteresovaných stran informace týkající se vyšetřovaných opatření. Tato pravomoc byla Komisi svěřena novelizací procedurálních předpisů (úprava byla nejprve zakotvena v nařízení 734/2013, úprava byla vtělena i do nového nařízení 1589/2015). Po zahájení řízení má podle nového procedurálního nařízení Komise právo požadovat informace nejen od členských států, ale také od podniků či oborových sdružení podniků (viz čl. 7–9 nařízení). Žádosti se mohou týkat zejména faktických situací o společnostech či tržních údajích. K náležitému plnění informačních povinností stanoví nařízení Komisi pravomoc vynucovat odpovědi na žádosti o informace zasláné podniku či podnikům i prostřednictvím pokut. Tyto pokuty mohou být poměrně vysoké – až 1 % celkového obrátu podniku či sdružení podniku za uplynulý hospodářský rok, v případě, že poskytnou nesprávné či zavádějící informace, či neposkytnou informace ve stanovené lhůtě. V každém případě informační povinnost se vztahuje ke konkrétním případům a veškeré žádosti o informace, ať už ve vztahu k členským státům či podnikům musí mít oporu ve skutkovém stavu. Je tak otázkou, zda kroky Komise, které by se nevztahovaly ke konkrétnímu případu, ale *de facto* by představovaly abstraktní kontrolu protiprávní státní podpory, která je z hlediska zásady svěřené kompetencí nepřijatelná. To má např. význam pro nedávná šetření daňových výhod poskytovaných prostřednictvím tzv. *tax ruling* a šetření režimů zdanění duševního vlastnictví, tzv. *patent boxes*.⁹ Komise v roce 2013 šetřila tato eventuální opatření podpory a na konci roku 2014 rozšířila dotazování na všechny členské státy EU, a to i ty, které vyšetřovány nebyly. Je nicméně otázkou, zda čl. 25, který umožňuje za určitých podmínek sektorové šetření ve více členských státech, je náležitým právním základem pro takovýto postup.

V rámci formálního vyšetřovacího řízení mají zúčastněné strany, tedy zejména členské státy a příjemci pomoci, právo být slyšeny. Jedná se o obecnou zásadu, která je vyjádřena v čl. 24 nařízení. Judikatura však klade mezi zúčastněné strany rozdíly – zatímco členské státy mají podle praxe Komise a ustálené judikatury právo reagovat na jednotlivé připomínky či sdělení a do jisté míry se tak uplatňuje zásada kontradiktornosti, ostatní zúčastněné strany nemají právo „diskuse“ s Komisí a konzultace jejich kroků. Svědčí jim však právo vyjádřit se k rozhodnutí Komise zahájit formální vyšetřovací řízení.

Pokud jde o délku trvání formálního vyšetřovacího řízení, platí obecná zásada evropského správního práva zákazu nečinnosti správního orgánu¹⁰. Činnost Komise tedy musí

8 Viz rozhodnutí SDEU ze dne 11. května 2005 ve věcech T-111/01 a T-133/01 Saxonia Edelmetalle.

9 Viz European Commission press release Brussels – patent boxes, 24. březen 2014.

10 Viz např. rozhodnutí SDEU ze dne 15. června 2005 ve věci T-171/02 Regione della Sardegna v. Komise.

směřovat k ukončení řízení. Na řízení týkající se protiprávní podpory se podle čl. 15 odst. 2 nařízení nevztahují lhůty jako na řízení týkající se notifikovaných podpor podle čl. 9 odst. 6, nicméně lze je vnímat jako indikativní.

Formální vyšetřovací řízení je zakončeno rozhodnutím. Podle čl. 9 nařízení existuje několik typů rozhodnutí. Za prvé je to rozhodnutí, ve kterém Komise shledá, že dané opatření není podporou ve smyslu čl. 107 odst. 1 SFEU. Za druhé je to kladné rozhodnutí, kdy Komise v něm shledá, že opatření je slučitelné s vnitřním trhem. Takové rozhodnutí se označuje kladné rozhodnutí. Za třetí je to rozhodnutí, ve kterém Komise ke svému rozhodnutí připojí dodatečné podmínky, při jejichž splnění bude považovat dané opatření za slučitelné s vnitřním trhem. Takovéto rozhodnutí se nazývá podmíněčné. A konečně je to rozhodnutí, v němž shledá, že dané opatření je neslučitelné s vnitřním trhem, tzv. negativní rozhodnutí. Součástí negativního rozhodnutí musí být podle čl. 16 nařízení také rozhodnutí o tom, že dotčený členský stát učiní veškerá možná opatření, aby příjemce podporu vrátil včetně úroků v přiměřené výši.

4. Navrácení protiprávní státní podpory

Samozřejmě řízení o protiprávní státní podpoře nesměřuje k akademickému výroku, ale sleduje cíl, kterým je obnovení předešlého stavu, než byl dotčen podporou. Už v roce 1973 SDEU dovodil¹¹, že Komise má pravomoc nařídít navrácení podpory. Na základě tohoto rozsudku pak Komise začala od 80. let přistupovat k nařizování navrácení podpory.¹² Postupem doby byla judikatura v této věci kodifikována. V současné době ustanovení rozhodná pro vymáhání protiprávní státní podpory jsou uvedena v nařízení č. 1589/2015 a prováděcím nařízením 794/2004 (prováděcí nařízení se týká zejména úroků z částky podpory).

Jak již bylo uvedeno, součástí negativního rozhodnutí Komise je také rozhodnutí o navrácení podpory. Pouze ve výjimečných případech Komise nemusí vyžadovat navrácení podpory. Jedná se o např. případy, kdy navrácení bylo v rozporu s obecnými zásadami práva EU, zejména se zásadou legitimního očekávání a zásadou právní jistoty, a v případech kdy uplynula od udělení podpory promlčecí doba 10 let. V takových případech Komise s politováním konstatuje, že podpora neslučitelná s trhem byla poskytnuta, nicméně nenařídí vrácení podpory – výrok se dá označit jako akademický.

Konstrukce navrácení podpory je založena na zásadě loajální spolupráce zakotvené v čl. 4 odst. 3 SEU, která stanoví, že členské státy učiní veškerá vhodná opatření k splnění závazků, které vyplývají ze Smluv či aktů orgánů EU, tedy včetně rozhodnutí o navrácení podpory, jež je pro členské státy závazné podle čl. 288 SFEU. Jedinou výjimku v tomto ohledu představuje situace, kdy je vymožení státní podpory fakticky absolutně nemožné. Samozřejmě, absolutní nemožnost je třeba vykládat velice restriktivně. Stát musí prokázat, že se všemi možnými způsoby snažil dosáhnout vymožení státní podpory a spolupracoval při tom s Komisí.

V tomto ohledu je nutné zdůraznit, že účelem navrácení podpory není sankcionovat příjemce podpory, ale obnovit stav na trhu. Nejedná se tedy o pokutu či jinou sankci, ale

11 Viz rozhodnutí SDEU ze dne 12. července 1973 ve věci C-70/72, Komise v. Německo.

12 Viz první rozhodnutí EK v tomto ohledu – Decision no 1982/312/EEC, OJ L 138 of 1982.

o důsledek protiprávnosti a neslučitelnosti opatření podpory. To má široké důsledky, neboť na navrácení podpory se nevztahují zásady, které se vztahují např. na správní trestání (včetně např. judikatury Evropského soudu pro lidská práva). Současně s podporou musí být rovněž navrácen výnos z této podpory, tj. úrok. Prováděcí nařízení pak stanoví způsob výpočtu úroku, který se zpravidla odvíjí od diskontní úrokové sazby.

5. Protiprávnost státní podpory a úloha národních soudů

Řízení o protiprávní státní podpoře na úrovni Komise může být, a zpravidla také je, dlouhodobou záležitostí. To je dáno zejména tím, že rozhodnutí o protiprávní podpoře a jejím navrácením musí být doprovázeno posouzením slučitelnosti této podpory. Řečeno ústy Soudního dvora EU, „*státní podpora musí být protiprávní a neslučitelná s vnitřním trhem, aby mohla Komise nařídit její navrácení.*“¹³ Dlouhodobý horizont případného podporování konkurence může ovšem být pro státní podporou dotčené soutěžitele velmi nepříznivý z hlediska právní jistoty či provozování podnikání vůbec.

V tomto ohledu se vyvinula na unijní úrovni specifická doktrína, která využívá přímé účinnosti čl. 108 odst. 3 SFEU a umožňuje národním soudům poskytovat ochranu státní podporou dotčeným soutěžitelům před účinky protiprávní státní podpory.¹⁴ Úlohu národních soudů při kontrole státní podpory potvrdil rovněž Nejvyšší soud (Rozsudek NS z 25. června 2014 23 Cdo 1341/2012), když konstatoval, že „*soud má v občanském soudním řízení pravomoc rozhodovat o následcích porušení povinnosti oznámit státní podporu Evropské komisi. Evropská komise je oprávněna rozhodovat v řízení o slučitelnosti státní podpory s článkem 87 odst. 2 nebo 3 Smlouvy o založení Evropského společenství, resp. s článkem 107 odst. 2 a 3 Smlouvy o fungování Evropské unie.*“ Na formě procesní nástroje nezáleží, nicméně typickými prostředky této soudní ochrany mohou obecně podle sdělení být např.:

- a) zamezení vyplacení protiprávní podpory;
- b) navrácení protiprávní podpory (bez ohledu na slučitelnost);
- c) uhrazení úroků z protiprávní podpory;
- d) náhradu škody pro soutěžitele a ostatní třetí strany;
- e) předběžná opatření týkající se protiprávní podpory.

Dalším v úvahu připadajícím mechanismem může být např. určení neplatnosti smlouvy, zdržení se určité činnosti apod.

Pokud jde o zamezení vyplacení protiprávní podpory, platí, že národní soudy jsou povinny ochránit dotčené soutěžitele tím, že využijí veškerých možností, které jim vyplývají z právního řádu, k naplnění požadavků, které jim vyplývají z čl. 108 odst. 3 SFEU. To znamená, že mají povinnost nejen zajistit vrácení protiprávní podpory (viz níže), ale zamezit také jejímu vyplácení do budoucna. Z hlediska národního právního řádu pravděpodobným nástrojem byla žaloba na zdržení se protiprávního jednání či žaloba na obnovení původního stavu.

¹³ Viz rozhodnutí SDEU ze dne 21. března ve věci C-142/87, Tubemeuse.

¹⁴ K úloze národních soudů viz především sdělení Komise o prosazování právní úpravy státní podpory vnitrostátními soudy, 2009/C 85/01. Toto sdělení se týká různých aspektů prosazování pravidel státních podpor na národní úrovni.

Co se týče navrácení protiprávní státní podpory, národní soudy mají povinnost nařídít kompletní navrácení státní podpory poskytnuté v rozporu s § 108 odst. 3 SFEU.¹⁵ V tomto ohledu neposuzují slučitelnost dané podpory s právem EU, ale čistě to, zda tato podpora byla či nebyla poskytnuta v rozporu s čl. 108 odst. 3 SFEU. V případě, že nikoli, má národní soud povinnost nařídít navrácení podpory. To samozřejmě znamená, že soud nemusí přistupovat k rozsáhlým ekonomickým šetřením, které musí Komise provádět v případě formálního vyšetřování tak, aby rovněž zhodnotila slučitelnost poskytované státní podpory. Tímto způsobem dochází k zásadnímu zkrácení doby vydání rozhodnutí relevantního pro strany dotčené případnou podporou a k omezení časového rozsahu jejího negativního působení.

Na druhou stranu to neznamená, že národní soud nemůže předběžně posoudit, zda opatření je státní podporou ve smyslu čl. 107 odst. 1 SFEU. Naopak to je nezbytnou podmínkou, aby mohl posuzovat protiprávnost dané podpory. V případě, že dojde k závěru, že opatření nemá znaky státní podpory ve smyslu práva EU, může věc zamítnout s tím, že se nejedná o státní podporu.

V tomto ohledu je otázkou, jaký procesní nástroj použít k navrácení protiprávní podpory. Jak již bylo řečeno, zákaz poskytování podpory se vztahuje k členskému státu. Právní základ k navrácení protiprávní státní podpory je zakotven § 7 zák. č. 215/2004 Sb., o veřejné podpoře, který upravuje postup při navrácení veřejné podpory. Bohužel ustanovení přes jeho obecnost nedopadá na všechny případy, ale týká se pouze případů, kdy Komise rozhodne o navrácení či prozatímní navrácení podpory. V § 7 odst. 1 zákona o veřejné podpoře je stanovena povinnost beneficenta podpory vrátit podporu poskytovateli včetně úroků, v případě, že Komise rozhodne o jejím navrácení. V § 7 jsou stanoveny povinnosti poskytovatele, tj. státu, který je povinen využít veškerých prostředků, aby byla poskytnutá podpora vrácena. Za tím účelem stát vyzve beneficenta k navrácení veřejné podpory a stanoví mu lhůtu. Nedojde-li k navrácení, může podporu odejmout, stanoví-li tak zvláštní zákon (zpravidla tím předpisem budou malá a velká rozpočtová pravidla). Nestanoví-li tak zvláštní zákon, má stát povinnost podat žalobu k soudu.

Závěr

Závěrem lze konstatovat, že právo státních podpor disponuje na první pohled robustním a logickým mechanismem, jak zabraňovat udílení státních podpor, které nebyly notifikovány Evropské komisi a vynutit si tak dodržování právních předpisů. Na druhou stranu vymáhání těchto pravidel je také úlohou národních soudů, což může v praxi v členských státech způsobovat (a také působí) určité problémy vzhledem k neexistenci prováděcí úpravy a specifickým procesním předpisům.

15 Viz např. rozhodnutí SDEU ze dne 21. července 2005 ve věci C-71/04 Xunta de Galicia či rozhodnutí SDEU ze dne 11. července 1996 ve věci C-39/94 SFEI a ostatní.

LITERATURA

- [1] Heidenhein M., *European State Aid Law. Handbook*. München: C. H. Beck, 2010, s. 573–699, 767-785, ISBN 978-3-406-57884-7.
- [2] Quigley, C., *European State Aid Law and Policy. Third Edition*. Oxford: Hart, 2015, s. 493–618, ISBN: 978-1-84946-627-1.
- [3] Evropská Komise. *Oznámení Komise o prosazování právní úpravy státní podpory vnitrostátními soudy*, 2009/C 85/01.
- [4] Rozhodnutí SDEU ze dne 11. července 1996 ve věci C-39/94 SFEI.
- [5] Rozhodnutí SDEU ze dne 21. července 2005 ve věci C-71/04 Xunta de Galicia.
- [6] Rozsudek NS z 25. června 2014 Cdo 1341/2012.
- [7] Rozhodnutí SDEU ze dne 12. července 1973 ve věci C-70/72, Komise v. Německo.
- [8] Rozhodnutí SDEU ze dne 15. června 2005 ve věci T-171/02 Regione della Sardegna v. Komise.
- [9] Rozhodnutí SDEU ze dne 11. května 2005 ve věcech T-111/01 a T-133/01 Saxonia Edelmetalle.
- [10] Rozhodnutí SDEU ze dne 21. března ve věci C-142/87 Tubemeuse.
- [11] Rozhodnutí SDEU ze dne 14 února 1990 ve věci C-301/87 ve věci Boussac.
- [12] Rozhodnutí SDEU ze dne 21. listopadu ve věci C-354/90 Federation national du commerce.
- [13] Rozhodnutí SDEU ze dne 21. října 2003 ve věci C-261/01 Van Calster.
- [14] Rozhodnutí SDEU z 21. října 2003 ve věci C-17/91 Lornoy a další.
- [15] Rozhodnutí SDEU z 20. září 2017 ve věci C-300/16 P, Frucona.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Michl Pohl

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: mpohl@post.cz

GENERÁLNÍ KLAUZULE NEKALÉ SOUTĚŽE V BĚHU ČASU

Abstrakt: Příspěvek podává přehled vývoje generální klauzule nekalé soutěže. Ač již Pařížská unijní úmluva předepisovala členským státům kodifikovat tuto právní úpravu, na českém území se to dlouho nedařilo. Rakouské císařství právní úpravu nezavedlo vůbec. ČSR přijala právní úpravu nekalé soutěže až v roce 1927. Neměla ale dlouhého trvání, protože následné události hospodářské soutěži nepřály. Generální klauzule nekalé soutěže sice zůstala v našem právu i v období nesvobody, ale praktického významu neměla. Až po roce 1989 byla přijata nová právní úprava, kterou obsahuje i současný občanský zákoník.

Abstract: The article gives an overview of the evolution of the general unfair competition clause. Although the Paris Convention has prescribed Member States to codify this legislation, it has not been successful in the Czech territory for a long time. The Austrian Empire failed to implement the legislation in time. Czechoslovakia adopted legislation to unfair competition in 1927. It did not last long however, as subsequent events have not wished to competition. General clause, although remained in our law during the Nazi occupation and in the next dictatorship, but with not practical importance. After 1989 were adopted new legislation, which also includes the current Civil Code.

Klíčová slova: dobré mravy soutěže, generální klauzule, hospodářská soutěž, hospodářský styk, nekalá soutěž, spotřebitel, soutěžitel, újma, zákazník.

Key words: competition, competitor, customer, consumer, economic relations, general clause, good morals of competition, injury, unfair competition.

1. Nekalá soutěž v zákonodárství

Lidské jednání, které právo nazývá nekalou soutěží, doprovází lidstvo od okamžiku, kdy se začalo obchodovat. Ochrana proti, dnes bychom řekli, nekalé soutěži, tedy jedné z forem nepoctivého obchodování, měla v dávných dobách spíše veřejnoprávní charakter. Poctivost při obchodování byla v raném středověku nejprve v rukou šlechty či panovníka, později v působnosti cechovních společenství. Dalším druhem ochrany před nekalou soutěží byla hrozba postihu ze strany poměrně přísného trestního práva, neboť i za mírný projev nepoctivosti v obchodě, tedy i za nekalé soutěžní jednání, následoval krutý trest.

Nekalosoutěžní spory v našem dnešním chápání se objevily až v časech průmyslové revoluce na počátku 19. století. V tomto období prudce vzrostl počet obyvatel. Nejprve se pro aplikaci práva regulujícího hospodářskou soutěž využívaly normy zakazující jednat v rozporu s dobrými mravy.

Významným impulsem pro přijímání nekalosoutěžního zákonodárství bylo přijetí mezinárodní úmluvy – Pařížské unijní úmluvy na ochranu průmyslového vlastnictví v r. 1883 (dále též jen PUÚ). Tato úmluva nezavazuje členské státy jen k zajištění ochrany průmyslových práv (jak by se z jejího názvu mohlo nesprávně dovozovat), ale též k zajištění prostředků na ochranu před nekalou soutěží.

K PUÚ Československo přistoupilo v roce 1919 a jejím členem je dodnes¹. Tato úmluva upravuje nejen obecně konkrétní průmyslová práva, ale i v člancích 10bis a 10ter nařizuje, že členské státy jsou povinny zajistit jejím členům účinnou ochranu proti nekalé soutěži. Za nekalou soutěž je podle PUÚ je možné považovat každou soutěžní činnost, která odporuje poctivým zvyklostem v průmyslu nebo obchodě.

Toto vymezení, vlastně jakási generální klauzule nekalé soutěže v PUÚ, je poměrně široké, neboť je namířena proti všem nepoctivým účastníkům trhu a zároveň je všechny ochraňuje (chybí zde adresát). Oproti většině právních úprav v těch státech, kterým mají kodifikovánu generální klauzuli, PUÚ odkazuje na „poctivé zvyklosti v průmyslu a obchodě“, nehledí tedy na dobré mravy nebo na závadnost jednání. Některé státy, ač jsou členy PUÚ, nemají v zákonech přímo vyjádřenou generální klauzuli, a nemají ani přijmutá speciální ustanovení na ochranu před nekalou soutěží. Tak např. francouzské právo nejenže neobsahuje generální klauzuli, ale dokonce nezná právní úpravu proti nekalé soutěži vůbec². Naopak nám velmi vzdálené Peru generální klauzuli nekalé soutěže v zákoně č. 1044 z roku 2008 obsahuje. Ani právo USA nepoužívá generální klauzuli. Nekalá soutěž je zde chápána velice široce, zahrnuje velmi široké spektrum civilních deliktů, a to nejen samotnou nekalou soutěž, ale i kartelové právo³. Nicméně podstata nekalosoutěžních deliktů je samozřejmě podobná.

Právo regulující nekalou soutěž řadíme do civilního odpovědnostního práva, a to i přes to, že jde o právní úpravu vztahů, jež vznikají takřka výhradně mezi podnikateli.⁴ Nelze však opomenout, že nekalé soutěžní jednání může mít dopad i na spotřebitele a ostatní zákazníky, i když jistě ne v takovém rozsahu jako na soutěžitele⁵.

Nám asi nejbližší německé a rakouské nekalosoutěžní právo má za sebou dlouhý souvislý vývoj trvající více než 100 let. Tyto dva sousední státy, jež nám jsou inspirací v oblasti nekalosoutěžního zákonodárství, mají oproti naší moderní úpravě svoje nekalosoutěžní právo obsažené v samostatných zákonech. Společné je to, že stojí na principu generální klauzule, jako obecné zakazující formulace. Vývoj našeho práva nekalé soutěže, které se v období první republiky nakonec úspěšně rozvinulo (vč. bohaté judikatury), jak je uvedeno dále, bylo přerušeno zejména obdobím komunismu.

Naše moderní právní úprava zahrnula nekalosoutěžní právo nejprve do úpravy obchodního zákoníku a nyní je obsažena v zákoníku občanském; je tak spíše výjimkou. Většina států, které mají nekalou soutěž upravenou, ji mají obsaženu v samostatných zákonech.

1 Nyní vyhlášena pod č. 64/1975 Sb.

2 Přesto je možné nekalosoutěžní jednání postihnout, a to podle čl. 1382 a 1383 Code Civil.

3 BOHÁČEK, M.: *Základy amerického obchodního práva*, Praha: Linde, 2007, s. 226.

4 PELIKÁNOVÁ, I.: *Úvod do srovnávacího práva obchodního. Skripta*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 5.

5 Pokud by nedošlo nekalou praktikou k poškození zdraví spotřebitele.

2. Stručně k Německu

Základy právní úpravy německého nekalosoutěžního práva byly položeny v druhé polovině 19. století, což byl čas, kdy byla na celém území tehdejšího Německa uzákoněna svoboda živnostenského podnikání. Vůči průvodním jevům nově nabyté svobody – nekalosoutěžním metodám – zaujal tehdejší Říšský soud velmi pasivní postoj, neboť nehodlal poskytovat ochranu proti nekalým formám soutěže, protože zastával názor, že samotný jev nekalé soutěže je německému právu cizí⁶. Tím pádem až do roku 1896 v Německu neexistovala ochrana proti nekalé soutěži v dnešním slova smyslu.

V roce 1896 byl v Německu přijat první zákon upravující nekalou soutěž⁷, který ale neobsahoval žádné obecné, široké ustanovení, které by bylo možné považovat za generální klauzuli. Zákon byl koncipován tak, že obsahoval 17 ustanovení, která se vyznačovala pouze tím, že byly upraveny pouze jednotlivé skutkové podstaty. Takováto právní úprava se rychle ukázala jako nevhodná, takže byl v roce 1909 přijat nový zákon proti nekalé soutěži. Tento nazvaný jako Zákon proti nekalé soutěži (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), dále jen UWG spočíval oproti předchozímu na tzv. smíšeném principu. Obsahoval v ust. § 1 generální klauzuli v podobě obecně formulovaného ustanovení UWG (hovoříme o tzv. velké generální klauzuli), která pak spolu s ust. § 3 UWG (rovněž obecně formulovaným) tvoří tzv. velkou a malou generální klauzuli. Tato právní úprava se stala základem rozhodovací praxe německých soudů na dlouhé období. Samozřejmě, že zákon ještě obsahoval výčet jednotlivých skutkových podstat.

UWG je základem německého nekalosoutěžního práva až do dnešních dní, a to i přes to, že byl v průběhu 20. století mnohokrát novelizován, ať už byly změny pouze „kosmetické“, nebo se jednalo o zásahy značného rozsahu v druhé polovině 20. století vlivem evropského pojmání ochrany trhu. Vydržel být účinný až do roku 2004, kdy byl přijat zákon nový. Nový UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) vstoupil v platnost dne 8. července 2004⁸. Tato právní úprava ač vycházela částečně i z předchozího UWG, se hojně inspirovala i ustálenou judikaturou Spolkového nejvyššího soudu, a došlo rovněž k přeměně systematiky zákona. Za výraznou změnu lze považovat vyjmutí generální klauzule z „obvyklého“ ust. § 1 a její převedení do ust. § 3 nazvané jako „Zákaz nekalé soutěže“⁹. Tato generální klauzule¹⁰ ale neměla dlouhého trvání, neboť v roce 2008¹¹ byla významně upravena. „V průběhu novelizace UWG 2008 byla generální klauzule zcela přepracována. Od této doby je rozdělena do tří odstavců, které mají odlišné funkce.“¹² První odstavec § 3, který nyní považujeme za německou generální klauzuli, byl přejmenován na „Zákaz nekalých obchodních jednání“¹³

6 *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit Preisangebenverordnung*. Kommentar. 1. Nachdruck. München: Verlag C. H. Beck, 2004, s. 24.

7 Publikován pod RGBl. S. 145.

8 Publikován pod BGBl. I. 1414.

9 Verbot unlauteren Wettbewerbs.

10 Nekalá soutěžní jednání, která pravděpodobně nepříznivě neovlivní hospodářskou soutěž na úkor konkurentů, spotřebitelů nebo jiných účastníků trhu, jsou nepřipustná.

11 BGBl. 2949; s účinností od 30.12.2008.

12 WIECZOREK-SCHWARZ, S.: *Analyse der Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb*. Bremen: EHV Academicpress, 2010, s. 83.

13 *Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen*.

a významově změněn¹⁴. Důvodem přijetí takové právní úpravy bylo zvýšení důrazu na ochranu spotřebitele. V roce 2015¹⁵ došlo k další zjednodušující změně generální klauzule. Nyní je tedy text generální klauzule velmi stručný – obsahuje pouhé konstatování, že „nekalé obchodní praktiky jsou zakázány“¹⁶. Další novelizovaná ustanovení zákona pak toto dále rozvádějí ve vztahu ke všem účastníkům trhu.

3. Stručně k Rakousku

Stejně jako tomu bylo v Německu, i Rakousko-Uhersko nemělo nejdříve v počátcích podnikání potřebu regulovat soutěžní právo. Tato potřeba nekalosoutěžní se projevila až na konci druhé poloviny 19. století. Císařství zpočátku postačovaly k regulaci články 1295 a 1330 ABGB¹⁷, které ale nekalou soutěž upravovaly jen okrajově. Řešily totiž náhradu škody, která byla škůdcem způsobena úmyslně. Dále pak byla regulace obsažena v některých tržních předpisech a také např. v zákoně o úpravě výprodejů z r. 1895.

Přijetí prvního nekalosoutěžního zákona v Německu v roce 1896 se stalo určitým podnětem i pro rakouské zákonodárce. V roce 1901 byl Ministerstvem obchodu připraven návrh zákona proti nekalé soutěži. Po dlouhých jednáních jej nakonec dolní komora Říšské rady v roce 1907 schválila. Panskou sněmovnou ale návrh nikdy neprošel.

I když císařství přistoupilo k PUÚ v roce 1908, nebylo již schopno vyhovět svému závazku týkajícího se ochrany před nekalou soutěží. Samostatná právní úprava nekalé soutěže byla přijata samostatným Rakouskem v roce 1923 s účinností od 1.1.1924¹⁸. Generální klauzule byla obsažena v ust. § 1. Předlohou tomuto zákonu byl původní návrh zákona z roku 1901 a také německý UWG z roku 1909. Tato právní úprava vydržela v Rakousku platit do roku 1984, kdy byla nahrazena federálním zákonem proti nekalé soutěži (UWG)¹⁹, který i nadále obsahuje generální klauzuli v ust. § 1²⁰. Od roku 1984 prošla generální klauzule vývojem. Ponejprv byla zaměřena na ochranu ostatních podnikatelů²¹, aby byla v roce 2007²² rozšířena i na ochranu spotřebitelů²³. „V důsledku implementace evropských předpisů, došlo k nejkompexnější novelizaci UWG od novelizace z roku 1992, na základě zákona o deregulaci hospodářské soutěže. Nedošlo k žádným zásadním změnám, byly provedeny změny týkající se nejdůležitějších termínů a detailů, které jsou důležité pro potírání nekalé soutěže.“²⁴

14 Nekalé obchodní praktiky jsou nepřipustné, pokud pravděpodobně významně ovlivní zájmy soutěžitelů, spotřebitelů nebo jiných účastníků trhu.

15 BGBl. I S. 2158; s účinností od 10.12.2015.

16 *Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.*

17 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, vyhlášený 1. června 1811 patentem císaře Františka I. č. 946 Sb. z. s. s platností pro všechny země rakouského císařství, vyjímaje země Koruny uherské.

18 Publikován pod číslem 531/1923 BGBl.

19 Publikován pod BGBl. Nr. 448/1984.

20 Každý, kdo podniká v rozporu s dobrými mravy, může být obviněn z podvracení a poškození.

21 Pokud podnikatel v rámci hospodářské soutěže porušuje dobré mravy, může být žalován o náhradu škody.

22 Publikována pod BGBl Nr. 79/2007.

23 Kdo při podnikání 1) uplatňuje nekalé obchodní praktiky nebo jiné nekalé činy, které mohou mít nejen významný dopad na hospodářskou soutěž na úkor podnikatelů, nebo 2) uplatňuje nekalé obchodní praktiky, které jsou v rozporu s požadavky odborné péče a které mohou, pokud jde o konkrétní produkt, podstatně ovlivnit hospodářské chování průměrného spotřebitele, k němuž se dostane nebo je směřuje; může být žalován o náhradu vzniklé újmy.

24 SEIDELBERGER, H.: *Die UWG-Novelle 2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis*. Wien: Wirtschaftsrecht, RdW 1b / 2008 č. 24, s. 59.

4. Československo

Naše právo proti nekalé soutěži mělo v době, kdy bylo možné podnikat, celkem čtyři generální klauzule, které se svým zněním moc neodlišují. V období komunismu, resp. v letech 1952 až 1990, pak existovala také generální klauzule nekalé soutěže, ale bez faktického významu pro praxi.

Než byl přijat zákon proti nekalé soutěži v roce 1927²⁵, nebyla oblast hospodářské soutěže v Československu, až na určité výjimky, upravena. Byla ponechána vlastně plně v režii podnikatelů²⁶. Můžeme tak říci, že nová Československá republika umožňovala nejprve zcela volnou hospodářskou soutěž, která byla upravena pouze obecnými ustanoveními soukromoprávních předpisů a jen okrajově byla dotčena některými speciálními zákony, které se týkaly zejména ochrany zákazníků²⁷. To vše přes to, že v roce 1919 Československo přistoupilo k PUÚ.

První návrh osnovy zákona nekalosoutěžního se objevil až v roce 1923, kdy byla osnova zpracována Františkem Müllerem, který „sledoval myšlenku postavit zákaz nekalé soutěže pouze na generální klauzuli zakazující soutěžní jednání v rozporu s dobrými mravy vůbec“.²⁸ Podle návrhu měla být v jednotlivých kauzách rozhodnutí ponechána na právu soudcovském. Tento návrh ale nebylo příliš kladně přijat odbornou veřejností, zejména z důvodu přílišné neurčitosti a obecnosti. V mezidobí byly alespoň přijaty dva dílčí zákony, které se týkaly některých projevů nekalé soutěže, a to z. č. 3/1924 Sb. z. a n., o zákazu prémiových obchodů předměty denní potřeby a z. č. 5/1924 Sb. z. a n., o označování původu zboží.

Další návrh nové právní úpravy byl v roce 1925 předložen K. Skálou a K. Hermann-Otavským. Přijat byl nakonec systém smíšený, obsahující supletorní generální klauzuli a kauzistiku, jak lze vyčíst z důvodové zprávy. Tvůrci nového zákona se inspirovali německým zákonem z roku 1909. Tento zákon zrušil i výše uvedené zákony č. 3 a 5/1924 Sb. z. a n. Nový zákon proti nekalé soutěži byl později ještě doplněn zákonem č. 75/1935 Sb. z. a n., o zákazu přídavků při prodeji zboží neb provádění výkonů.

Nově přijatý zákon č. 111/1927 Sb. z. a n. byl rozdělen do pěti hlav, kdy pro účely tohoto pojednání byla nejdůležitější jeho I. hlava, která obsahovala ustanovení soukromoprávní – tedy generální klauzuli a civilněprávní skutkové podstaty a procesní pravidla. Generální klauzule byla vyjádřena v § 1²⁹.

Uvedený zákon č. 111/1927 Sb. z. a n. platil po celé období trvání samostatného Československa. Pozbyl účinnosti až přijetím zákona č. 141/1950 Sb., občanský zákoník. Tento zákon ochranu proti nekalé soutěži pojal plně se zřetelem k novému politickému

25 Zákon č. 111/1927 Sb. z. a n., proti nekalé soutěži.

26 Nebylo přitom možné recipovat nějaký vhodný zákon Rakousko-Uherský, protože žádný takový nebyl.

27 Např. zákon č. 19/1890 ř.z., o ochraně známek, zákon č. 26/1895 ř.z., o výprodejích, zákon č. 89/1897 ř.z., o obchodu s potravinami a některými předměty užitnými, zákon č. 26/1902 ř.z., o obchodu s máslem, sýrem, přepouštěným máslem, přepuštěným máslem a vepřovým sádlem a jejich náhražkami, zákon č. 210/1907 ř.z., o obchodu s vínem, vinným moštem a vinným rmutem a nařízení ministeria obchodu ve shodě s účastnými ministerii a s úřadem pro vyživování obyvatelstva č. 25/1918 ř.z., o ochraně odběratelů od klamání v obchodě zbožím o jakosti a způsobu výroby zboží.

28 ELIÁŠ, K. in ELIÁŠ, K., BEJČEK, J., HAJN, P., JEŽEK, J. a kol.: *Kurz obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 285.

29 „Kdo dostane se v hospodářském styku v rozpor s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým poškodit soutěžitele, může býti žalován, aby se zdržel takového jednání a odstranil závadný stav jím způsobený; věděl-li pak, nebo musil-li vědět, že jednání jeho jest způsobilé poškodit soutěžitele, též, aby nahradil škodu tím způsobenou.“

zřízení. Byly zrušeny všechny předpisy, které upravovaly oblast hospodářské soutěže a ochrana proti nekalé soutěži byla vyjádřena ve dvou ustanoveních. Soukromoprávní ochrana byla poskytována v jediném ustanovení (§ 352 obč. zák.), a to generální klauzulí proti jednání v nekalé soutěži³⁰, která byla převzata v modifikované podobě z prvorepublikového zákona. Veřejnoprávní úprava byla obsažena v trestním zákoníku. Ochrana proti nekalé soutěži byla se zřetelem k době pojata jen jako odpovědnost za škodu způsobenou při nekalé soutěži v hospodářském styku. Je jasné, že toto ustanovení bylo v občanském zákoníku obsaženo jen z důvodu členství Československa v PUÚ, v praxi využíváno pochopitelně nebylo. Po přijetí nového občanského zákoníku v roce 1964³¹ ustanovení § 352 předchozího občanského zákoníku neztratilo ale účinnosti (a nebylo nijak přejato do nového občanského zákoníku) a k jeho zrušení došlo až k 1. lednu 1992 obchodním zákoníkem.

V období koncem šedesátých let minulého století, kdy došlo k určitému uvolnění politické situace, bylo přijato vládního nařízení č. 100/1966 Sb., o plánovitém řízení národního hospodářství, které od ledna 1967 umožňovalo socialistickým organizacím relativní samostatnost v otázkách vytváření tuzemských hospodářskoprávních vztahů a volby výrobního programu. Rovněž došlo k rozšíření okruhu socialistických organizací, které byly nově oprávněny k prodeji na vnitřním trhu. Nicméně zakrátko novelou publikovanou pod č. 169/1969 Sb., došlo k určitému kroku zpět v otázkách řízení ekonomiky, nicméně tato novela v ust. § 83 přinesla samostatnou úpravu ochrany nekalé soutěže pro vztahy podléhající režimu hospodářského zákoníku³². Objevila se tak další definice generální klauzule, jež byla vymezena jako jednání v rozporu s dobrými mravy soutěže, které je způsobitelné poškodit jiné soutěžitele. Úprava práva proti nekalé soutěži tak byla roztržštěná, ale pro tehdejší systém trhu více než dostačující. Uvedené ustanovení nebylo v období socialismu samozřejmě vůbec použito, s výjimkou období okolo roku 1968 ve dvou případech tzv. otrockého napodobení³³.

Po událostech roku 1989 bylo nutné rychle upravit i tuto právní oblast, a tak nejprve byla přijata novela hospodářského zákoníku, přijatá pod č. 103/1990 Sb., jež doplnila do hospodářského zákoníku s účinností od 1. května 1990 mj. ust. §§ 119d a 119e. Za generální klauzuli můžeme považovat ust. § 119 d odst. 1, na jejímž základě nesměly organizace ve své podnikatelské činnosti jednat způsobem, který by byl v rozporu s dobrými mravy soutěže a mohl by poškodit jiné soutěžící organizace.

Následně byl v roce 1991 přijat obchodní zákoník, který v ust. §§ 44 až 55 upravoval nekalou soutěž³⁴. Některá její ustanovení byla v průběhu let několikrát novelizována, nicméně nedošlo k žádné podstatné změně. Pojmové vymezení generální klauzule nekalé soutěže bylo novelizováno jen jednou a vychází z osvědčených modelů právní úpravy této oblasti v zahraničí, ale inspiraci si zákonodárci našli i v prvorepublikovém zákoně. Stejně tomu bylo při přijetí nového občanského zákoníku v roce 2012.

30 „Na tom, kdo se octne v hospodářském styku v rozporu s dobrými mravy soutěže jednáním způsobitelným poškodit soutěžitele, může se každý soutěžitel, který tímto jednáním utrpěl škodu, nebo jemuž škoda přímo hrozí, domáhat, aby se zdržel takového jednání a odstranil závadný stav jím způsobený. Kdo věděl, že jeho jednání je způsobitelné poškodit soutěžitele, je povinen mu nahradit způsobenou škodu. Jde-li o jednání zaměstnance při provozu podniku, lze se zdržení a odstranění závadného stavu domáhat i na podniku.“

31 Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník.

32 Zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník.

33 MUNKOVÁ, J.: *Právo proti nekalé soutěži. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 21.

34 Tato právní úprava, platná i dnes, prošla od svého přijetí několika novelizacemi, ale oproti ustanovením ObchZ, která se týkají práva obchodních společností, šlo však o nepatrné množství změn.

Generální klauzule nekalé soutěže v obchodním zákoníku byla pojata jako ochrana ostatních soutěžitelů a také spotřebitelů proti závadnému jednání v hospodářské soutěži. Ust. § 44 odst. 1 obchodního zákoníku považovalo za nekalou soutěž jednání v hospodářské soutěži, které bylo v rozporu s dobrými mravy soutěže a bylo způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Na základě novelizace z roku 2010 byla do ochrany kromě spotřebitelů přidána ještě kategorie další – zákazníci, a došlo k obsahově rozšíření subjektů, které se mohly na trhu setkávat. Generální klauzule pak zněla tak, že za nekalou soutěž se považovalo jednání v hospodářské soutěži nebo hospodářském styku, které bylo v rozporu s dobrými mravy soutěže a bylo způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Obě dvě znění generální klauzule ještě obsahovala dovětek, že nekalá soutěž se zakazuje. Bez tohoto zákazu by nebylo možné závadné jednání reprobovat.

5. Aktuální právní úprava

Současná právní úprava v ust. § 2796 odst. 1 občanského zákoníku převzala generální klauzuli významově beze změn. Změnil se pouze její text z hlediska jazykového, kdy bylo přijato znění blížíící se jazyku prvorepublikovému – *„Kdo se dostane v hospodářském styku do rozporu s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům, dopustí se nekalé soutěže.“* A opět byl zákonodárcem vysloven zákaz nekalé soutěže pro možnost postihu. Odstraněn byl obsahově užší pojem hospodářská soutěž, který byl přidán do generální klauzule v rámci její jediné novelizace v obchodním zákoníku. *„Uvedenou změnu tak nelze vnímat jako měnící dosavadní koncepci dané podmínky generální klauzule, ale spíše odstraňující nadbytečné užití vedle sebe pojmu užšího a širšího.“*³⁵

Jak z výše uvedeného vyplývá, obecná formulace zákazu nekalosoutěžního jednání za posledních sto let nedoznala u nás ani v nejbližším okolí žádné významné změny, snad jen v tom, že je myšleno i na spotřebitele (byť nevím o žádném soudním sporu, kdy by v Čechách spotřebitel žaloval z titulu nekalé soutěže). Spíše má proklamační charakter a zároveň je tím tak zařazením spotřebitelů dosaženo souladu s evropskými myšlenkami, než že by to mělo nějaký praktický význam. Právní praxi posledních třiceti let úprava nekalé soutěže vyhovuje, české soudy se, až na otázku přiměřeného zadostiučnění v penězích, dokážou s nekalosoutěžiteli vypořádat se ctí.

LITERATURA

- [1] BOHÁČEK, M.: *Základy amerického obchodního práva*, Praha: Linde, 2007.
- [2] ELIÁŠ, K. in ELIÁŠ, K., BEJČEK, J., HAJN, P., JEŽEK, J. a kol.: *Kurz obchodního práva*. Obecná část. Soutěžní právo. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2002.
- [3] MUNKOVÁ, J.: *Právo proti nekalé soutěži*. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1996.
- [4] ONDREJOVÁ, D.: *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.

35 ONDREJOVÁ, D.: *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 41.

- [5] PELIKÁNOVÁ, I.: *Úvod do srovnávacího práva obchodního. Skripta*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2000.
- [6] SEIDELBERGER, H.: *Die UWG-Novelle 2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis*. Wien: Wirtschaftsrecht, RdW 1b / 2008 č. 24.
- [7] WIECZOREK-SCHWARZ, S.: *Analyse der Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb*. Bremen: EHV Academicpress, 2010.
- [8] *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit Preisangebenverordnung*. Kommentar. 1. Nachdruck. München: Verlag C. H. Beck, 2004.

Kontaktní adresa autora:

JUDr. Mgr. Michal Pospíšil, Ph.D. LL.M.

Advokát a soudní znalec v oboru průmyslového vlastnictví

Na Podkovce 282/12

147 00 Praha 4 – Podolí

E-mail: pospasil@akpospasil.cz

BREXIT AND ITS POTENTIAL IMPACT ON INVESTOR PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION (EU)

Abstrakt: Referendum o Brexitu proběhlo dne 23. června 2016 a Spojené království oznámilo Evropské unii svůj úmysl opustit Unii dne 29. března 2019. Po vystoupení z EU se na Spojené království již nebude vztahovat Lisabonská smlouva, která stanoví ochranu investorů, jako je ochrana před diskriminací, ochrana před výkonnými a soudními pochybeními a ochrana vlastnických práv. Brexit udělí Spojenému království pravomoci, kompetence a výhradní práva uzavírat bilaterální investiční smlouvy s evropskými a mimoevropskými členskými státy. Brexit je však stále pln nejistot a učiní ze Spojeného království a jeho firem třetí stranu EU.

Abstract: The Brexit referendum was conducted on 23 June 2016 and the United Kingdom (UK) notified the European Union (EU) about its intention to exit the Union on 29 March 2019. After the exit, the Treaty of Lisbon, which provides for investor protection such as protection against discrimination, protection against the executive and judicial misconducts, and protection of property rights, shall not apply to the UK. Brexit will give the UK powers, competence and exclusive rights to enter into bilateral investment treaties with European and Non-European member states. However, it is still shrouded with uncertainties and will render the UK and its companies an EU third party.

Klíčová slova: Brexit, Evropská unie, investor, ochrana, dvoustranné investiční smlouvy, přímé zahraniční investice.

Key words: Brexit, European Union, investor, protection, bilateral investment treaties, foreign direct investment.

Introduction

On 23 June 2016 citizens of the United Kingdom (UK) participated in a referendum to determine if the United Kingdom was to leave or remain as a member of the European Union (EU). Even though the majority of the establishments in Britain supported the nation's stay in the EU, nearly 52 % of the voters voted in favor of the exit and delivered a surprise victory to the "leave" group. Thus, Brexit, as an action of Britain exiting the EU became a popular terminology in Europe and the world.¹ On 29 March 2017, the UK officially notified the EU of its intention and desire to leave the EU. The notification triggered the commencement of negotiations on a withdrawal methodology and agreements. The Treaty on European Union (TEU), as amended by the Treaty of Lisbon, especially its

¹ SAMPSON, T.: Brexit: The Economics of International Disintegration. *Journal of Economic Perspectives*, No. 4/2017, p. 164.

Article 50, has provisions for withdrawal negotiations, which should last for not more than two years. After the elapse of the negotiation period, Britain will cease to be a member of the EU with or without the exit agreement deal. The withdrawal agreement should cover the UK's existing financial liabilities of the union, the future of EU citizens residing in the UK and the British people residing in Europe, and the model for future EU and UK relationships.² The investment protection is aimed at safeguarding the investments and investors based on the statutes of the nation the investors have invested. The protection should be provided in situations where investors have committed resources in the host country.³ The objective of the paper is to examine Brexit and its potential impacts on investor protection in the EU.

1. Investor Protection

The introduction and enforcement of the Treaty of Lisbon in 2009 redefined the European environment of investment treaty law. The treaty defines the EU's common commercial policies including foreign direct investment. The investment treaty law, aimed at protecting investors in the EU, to a larger extent, is within the exclusive right and competence of the EU.⁴

The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), as amended by the Treaty of Lisbon, also gives the EU powers to regulate investments. Given the provisions in its Article 206 and Article 207, it is evidently unconventional for any member state of the EU to engage directly the investors who want to invest in the respective member countries. Hence, it is no longer practically possible for the member countries in the EU to develop and conclude new bilateral investment and trade treaties (BITs) without the express authorization of the Union. Moreover, the future investment and trade agreements shall be negotiated under the auspices of the EU in order to substitute or replace the current BITs of the member nations.⁵

BITs are agreements between two nations that enclose reciprocal undertakings crafted to facilitate and enhance private investments undertaken by organizations and private entities in each nation's territory. BITs impose obligations and duties on the host country to ensure that the investor is protected. Usually, BITs offer foreign investors a direct right of approach against the host country if the latter fails to honor the treaty obligations. The system of resolving the investor-state dispute resulting from the violation of treaty obligations rests with the international arbitration. The right to take such disputes to the international arbitration supersedes any domestic law and contractual remedies. The provision of a direct right of action to challenge the host countries is a critical protection for foreign investors. Without a direct right of action, investors are vulnerable to bilateral investment

2 Ibid, p. 164.

3 BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: Reply to the European Commission's Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP). *International Institute for Sustainable Development*, 2014, p. 2

4 KLEINHEISTERKAMP, J.: Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty. *Journal of International Economic Law*, No. 1/2012, pp. 85–86.

5 KLEINHEISTERKAMP, J.: Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty. *Journal of International Economic Law*, No. 1/2012, pp. 85–86.

treaty violations without direct recourse.⁶ Because of this, the fate of the current BITs with a country in the transition period is known until the time Britain will officially exit the Union and substitute intra-EU nations' BITs based on the agreements between the EU and the UK.

2.1 Protection against Discriminatory Treatment

Under the EU laws, one of the core protections outlined in the international investment agreements (IIAs) is the non-discrimination – prohibition of arbitrary and discriminatory treatments. The principle of non-discrimination as enshrined in the IIAs occupies a central place within the EU laws. For instance, Article 18 of The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) states that “*Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.*”⁷ Article 18 guarantees non-discriminatory treatment, which informs the EU provisions on the free movement of persons, capital, goods, and services. The law safeguards the internal market freedoms for any investor within the EU to establish an investment in any EU member state without discrimination.⁸

2.2 Protection from Executive and Judicial Misconduct

Member states are guaranteed fair and equitable treatment within the EU. One of the fundamental investment protection provisions, which appear in the EU-IIAs, is fair and equitable treatment. For instance, the development of the fair and equitable (FET) framework and its adoption has been an important development in the international statute of foreign investment. FET has emerged as the most significant investment protection standard. The provision protects investors and their investments from the violation of the international customary laws, lack of transparency, lack of predictability, lack of consistency, and heavy-handedness of government in investment activities. Thus, FET protects investors from the judiciary, executive, and legislative entities.⁹

2.3 Protection of Property Rights

International investment agreements protect property rights. The protection from expropriation based on investment treaties is provided in the IIAs. Under the EU laws, treaty provisions, which establish the extent of protection accorded to investors and their properties exist. For example, Article 345 of TFEU indicates that “*The Treaties shall in no way prejudice the rules in the Member States governing the system of property ownership.*”¹⁰ The provision in Article 345, in this regard, indicates that the rules governing property ownership in each EU member state should be fair and equitable. The hot government is

6 Ibid, p. 87.

7 The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Article 18, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> [accessed 17.10.2019].

8 SATTOROVA, M.: Investor Rights under EU Law and International Investment Law. *The Journal of World Investment & Trade*, No. 6/2016, pp. 898.

9 Ibid, p. 898.

10 The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Article 345, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> [quote 17.10.2019].

compelled under the Article and FET to engage investors in manners that serve the public purpose, that does not discriminate, and in ways that are accompanied by prompt payments and adequate compensation in the case of expropriation.¹¹

2. Potential Positive Impacts of Brexit on Investor Protection

One of the positive potential impacts of Brexit on investor protection is the withdrawal from the EU's bilateral investment treaty laws, which protects investors as outlined in Article 207 of the TFEU. Prior to the ratification and enforcement of the TFEU, the development and conclusion of the bilateral investment treaties covering foreign direct investment rested with the exclusive powers and competence of the member counties. Consequently, all the EU member states had a combined 1,400 BITs, which nearly halved the world's BITs. The BITs of the EU member nations contained the elements of laissez-faire liberalism international economic statute. Analytically, the EU member state's BITs were short instruments, which focused on investment protection but never considered essential security and even the environment.¹² The EU member nation's BITs are largely anchored on the Abs-Shawcross Draft Convention and the Draft Convention on the Protection of Foreign Property developed by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) in 1967.¹³ With the United Kingdom exiting the EU, the country will withdraw from the Treaty of Lisbon, will not be bounded by Articles 18, 206, 207 and 245 of the TFEU, and will craft its news BITs without the involvement of the Union.

The consequence of the Brexit will be improved UK's power to attract foreign direct investors to the country because of its attractive bilateral investment treaty regime. In post-Brexit, the United Kingdom will single-handedly determine the future of its association with the non-EU nations (extra-EU) bilateral investment treaties and EU nations (intra-EU) bilateral investment treaties. The UK is regarded as one of the European countries with the reputation of practicing an open market economy for foreign direct investment in the world. The reputation reflects the values and standards on which the country's economic approach anchors, including the open doors to welcome overseas foreign investment. The nation provides an attractive business environment within Europe, has one of the reduced corporation tax rates in the world, and is a safe place to build a business.¹⁴ The UK is a small open economy but enjoys a comparative advantage in business and services that depend heavily on trade deals with the EU. For instance, in 2015, the United Kingdom's trade openness, calculated in terms of exports and imports relative to its GDP was more than 0.57. The EU market consumed 44 % of the nation's exports and 53 % of imports.¹⁵ Moreover, the UK is known for its lower labor costs and 230 % tax relief provision for research and development costs. The attractiveness survey undertaken by the audit company, Ernst & Young

11 SATTOROVA, M.: Investor Rights under EU Law and International Investment Law. *The Journal of World Investment & Trade*, No. 6/2016, p. 905.

12 TITI, C.: International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law*, No. 3/2015, p. 642.

13 *Ibid.*, p. 648.

14 SAMPSON, T.: Brexit: The Economics of International Disintegration. *Journal of Economic Perspectives*, No. 4/2017, p. 167.

15 *Ibid.*, p. 167.

(EY) in 2017 revealed that the UK remained on top regarding the attractive environment for foreign direct investment among the European countries.¹⁶ The attractiveness of the UK as a number one destination for direct investment is partly attributed to its favorable BITS regime.

Currently, the United Kingdom is a party to one hundred bilateral investment treaties with nations around the globe, and it is a signatory to fifty-five treaties with investment provisions. The fifty-five treaties contain reciprocal undertakings, which facilitate and safeguard foreign direct investments the UK investors make overseas and investments foreign investors make within the United Kingdom. The treaties impose the duties on the host country to ensure that the investors have guarantees regarding the handling of their investment. The guarantees cover fair and equitable treatment, protection of property rights – compensation in case of unjustified expropriation, free movement of funds without bottlenecks, favorable treatment, and systems of dispute resolutions through international arbitration.¹⁷ After the withdrawal from the EU, the UK will have the exclusive competence to make decisions regarding direct foreign investment, and based on its attractive environment for the investors, it will have a direct and positive relationship with the extra EU nations and intra EU countries.

Moreover, the United Kingdom is a party to 84 bilateral investment treaties with non-EU nations, which will remain in force after Brexit, and will work in favor of the UK and partner states. The transitional measures provide for the ratification of BITS between the EU member states and extra EU members, which handles issues within the EU's exclusive power and competence to remain implementable until a time the EU replaced them with the wider international investment agreements.¹⁸ Since the United Kingdom's bilateral investment treaties with non-EU member states entail investor-state arbitration clauses, Brexit could empower the UK strategically within the perspective of the investors. In this regard, the UK will have the power and competence to negotiate and finalize new investment deals with non-EU states that the EU cannot modify or change later. Thus, the bilateral investment treaties between the UK and non-EU countries will be more efficient and effective. The UK government has reported that dozens of countries including the United States have expressed their willingness, readiness, and interest to finalize bilateral trade agreements with the UK after it has left the EU.¹⁹ Hence, Brexit will protect the United Kingdom and the direct foreign investors from the tedious and protracted negotiations by removing the obligation that requires the involvement of all the EU member nations, which often hamper the progress of negotiating, ratifying, and enforcing the EU-wide bilateral investment treaties and agreements.

On the same vein, one hundred and fifty bilateral investment treaties between various EU member countries exist (intra-EU BITS). Out of these BITS, the UK has twelve with countries such as Poland, Croatia, Latvia, Lithuania, and Romania among others. Even though the EU seeks to terminate such intra-EU BITS, the process has not been effective since there is no

16 Ibid, p. 167.

17 SATTOROVA, M.: Investor Rights under EU Law and International Investment Law. *The Journal of World Investment & Trade*, No. 6/2016, p. 898.

18 TITI, C.: International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law*, No. 3/2015, p. 653.

19 [19] Ibid, p. 653.

adequate alternative to address challenges such as the investor-host nation dispute resolution system. The absence of adequate alternatives offers a competitive advantage to the UK post-Brexit compared to other EU nations. Thus, the lack of investor-host country dispute resolution system increases the UK's attractiveness to direct foreign investment for the investors wanting to invest in Europe.²⁰ Once the United Kingdom exits the EU, uncertainty surrounding the validity of twelve intra-EU BITs shall be eliminated. Until such a duration that the UK shall engage the EU to develop and ratify an investment agreement, the twelve BITs will remain implementable and will continue to offer direct foreign investors critical protections such as the capacity to take disputes to the investor-host nation arbitration.²¹

3. Potential Negative Impacts of Brexit on Investor Protection

The legal investor protection the UK enjoys under the TFEU shall no longer apply post-Brexit, which has increased uncertainty among the potential investors. Once Brexit occurs, the European law and the applicable treaties will no longer bind the United Kingdom. The UK shall qualify to be described as a third party state with no further association with the EU unless it ratifies a new bilateral agreement with the Union post-Brexit. Moreover, the EU companies shall be regarded as third party companies in relation to the United Kingdom²². Further, the UK companies, after the Brexit, will lose protections offered under the TFEU, which will expose them to more obligations and even discriminatory treatment. To an extreme level, the UK companies might be denied access to the EU markets. Therefore, there is a possibility of the UK companies being subjected to EU market access requirements including regulatory rules, disclosures, politically and economically instigated authorization conditions, and reciprocity provisions.²³

A successful Brexit will contribute to a lowered economic integration between the UK and the EU. Since the 2016 Brexit referendum, the UK parliament has not finalized a Brexit deal, which has left the potential direct foreign investors in limbo and has heightened uncertainty among the organizations currently operating in the UK under the EU investment regulations.²⁴ Evidence indicates that foreign-controlled companies in the UK have assisted to increase productivity levels, both since their average productivity is better compared with the UK-owned organizations and since there are spillovers that enhance the productivity of the local companies. In this regard, foreign direct investment improves the technical progress in the host-nation and improves the quality of goods generated in the host nation. However, with the Brexit uncertainties, the positive outcome of inward foreign direct investment has been affected.²⁵

20 TITI, C.: International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law*, No. 3/2015, pp. 658–659.

21 Ibid, pp. 658–659.

22 SAVIN, J.: Brexit a možnosti české státní správy z pohledu eliminace jeho dopadů nejen na podnikatele. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2017, 308 s., pp. 212–219.

23 SAMPSON, T.: Brexit: The Economics of International Disintegration. *Journal of Economic Perspectives*, No. 4/2017, pp. 164.

24 Ibid, pp. 167.

25 PAIN, G. - YOUNG, G.: The Macroeconomic Impact of UK Withdrawal from the EU. *Economic Modeling*, No. 21/2004, pp. 395–396.

More than two years after the Brexit referendum, investors are still awaiting the outcome of Brexit deliberations and negotiations. Economic theory presupposes that when investors and organizations are faced with a highly uncertain future, they delay investment, which is what has been occurring in the UK post-Brexit vote, leading to significant harm to the economy. Researchers in the UK estimate that the anticipation of Brexit has slowed foreign direct investment in the UK by 11 % and has reduced productivity by 2–5 %. In particular, the contribution of the UK in European foreign direct investment projects fell from 21 % in 2015 to 18 % in 2017.²⁶ The major investment areas that have been affected include financial and business services and consumer goods and manufacturing. Positively, the United Kingdom remains an attractive foreign direct investment environment. The long-term potential impacts of Brexit on investor protection shall depend on the products of Brexit negotiations and the UK government's capacity to capitalize on the opportunities post-Brexit.²⁷

Conclusion

Brexit negotiations are still ongoing. However, post-Brexit will have positive and negative impacts on investor protection. The Treaty of Lisbon (TFEU), which offers investor protection, shall no longer apply to the UK. The UK foreign direct investors in the EU shall experience reduced economic integration and shall be regarded as third parties. Positively, Brexit shall give the UK powers, rights, and competence to enter bilateral investment treaties. Despite uncertainties associated with Brexit, the UK remains an attractive environment for foreign direct investment destination.

LITERATURA

- [1] BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: *Reply to the European Commission's Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*. International Institute for Sustainable Development, 2014, pp. 1–29. Available from: www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_reply_eu_isds_ttip.pdf [cit. 2. 10. 2019].
- [2] FRICK, W.: *Research: Quantifying the Cost of Brexit Uncertainty*. Harvard Business Review. [online Sep 2019]. Available from: hbr.org/2019/09/research-quantifying-the-cost-of-brexit-uncertainty [cit. 2. 10. 2019].
- [3] KLEINHEISTERKAMP, J.: *Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty*. Journal of International Economic Law, No. 1/2012, pp. 85–109.
- [4] MCGRATTAN, E. R. – WADDLE, Andrea.: *The Impact of Brexit on Foreign Investment and Production*. NBER Working Paper Series. Cambridge, MA: National Bureau

26 FRICK, W.: Research: Quantifying the Cost of Brexit Uncertainty. *Harvard Business Review*, 20 Sept. 2019, p. 6.

27 SAMPSON, T.: Brexit: The Economics of International Disintegration. *Journal of Economic Perspectives*, No. 4/2017, p. 170.

of Economic Research, 2017. Available from: www.nber.org/papers/w23217.pdf [cit. 2. 10. 2019].

- [5] PAIN, N. – YOUNG, G.: *The Macroeconomic Impact of UK Withdrawal from the EU*. Economic Modeling, 2004, pp. 387–408. Available from: www.niesr.ac.uk/sites/default/files/publications/1-s2.0-S0264999302000688-main.pdf [cit. 2. 10. 2019].
- [6] SAMPSON, T.: *Brexit: The Economics of International Disintegration*. Journal of Economic Perspectives, No. 4/2017, pp. 163–184.
- [7] SATTOROVA, M.: *Investor Rights under EU Law and International Investment Law*. The Journal of World Investment & Trade, No. 6/2016, pp. 895–918.
- [8] TITI, C.: *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*. European Journal of International Law, No. 3/2015, pp. 639–661.
- [9] The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> [cit. 2. 10. 2019].

Kontaktní adresa autora:

Ing. Petr Pospíšil, MBA

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: sobeit@post.cz

MEASURING THE BEST INTEREST OF A CHILD – AN EVER INCREASING CHALLENGE BEFORE JUDGES, LAWYERS AND MEDIATORS

Abstrakt: Tato práce představuje kritickou analýzu způsobu, jakým je v současné době určován nejlepší zájem dítěte. Ve většině jurisdikcí neexistuje jasná metodika pro jeho hodnocení, zatímco způsob, jakým jsou oceňována různá fakta a důkazy, se mezi soudci, právníky a mediátory značně liší. Výše uvedené tvrzení odůvodňuje potřebu zavedení jednotné metodiky použitelné pro všechny právníké profesionály, která by odpovídala za všechny aspekty pojmu „nejlepší zájem dítěte“. Cílem výše uvedeného by bylo zvýšit právní jistotu a zajistit, aby byl ve všech případech onen nejlepší zájem dítěte zajištěn.

Abstract: The current paper seeks to present a critical analysis of the manner in which the best interest of a child is currently determined. In most jurisdictions there is no clear methodology for measuring the latter, while the way in which different facts and evidence are valued substantially varies among judges, lawyers and mediator. The above justifies the need for establishing an uniform methodology applicable for all legal professionals and which accounts for all aspects of the concept of the “best interest of a child”. The goal of the above would be to increase the legal certainty and ensure that the best interests of the child are secured in all cases.

Klíčová slova: nejlepší zájem dítěte, opatření k zajištění nejlepšího zájmu dítěte, metodika k zajištění nejlepšího zájmu dítěte, mediace zaměřená na dítě, mediace zahrnující dítě, spory zahrnující dítě, slyšení dětí, rodinné soudy.

Key words: best interest of a child, measures securing the best interest of the child, methodology for securing the best interest of a child, child-focused mediation, child-inclusive mediation, children in dispute, children’s hearing, family courts.

1. The Concept of the Best Interest of the Child

The definition of the concept of the “best interest of a child” could be derived by art. 3 from the UN Convention on the Rights of the Child (referred to hereinafter as the UNCRC)¹. According to it: “in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”.

¹ The Convention on the Rights of the Child, adopted by the General assembly of the United Nations on 20th November 1989, currently by 196 countries.

The latter follows up earlier international definitions as stipulated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child², where it is stipulated that the child:

- ◆ *'must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually';*
- ◆ *'that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succoured';*
- ◆ *'must be the first to receive relief in times of distress';*
- ◆ *'must be put in a position to earn a livelihood, and must be protected against every form of exploitation';*
- ◆ *'must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of fellow men'.*

The above indicates that to ensure adequate levels of care and protection for children various factors have to be accounted for and taken into consideration to determine what conditions would offer the best environment for the development of a child. Namely, assessing the best interests of a child, though not rigidly defined, would necessitate to evaluate and balance *"all the elements necessary to make a decision in a specific situation for a specific individual child or group of children"*. Support for such a conclusion could be found in earlier documents adopted on an international level such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women³. According to it, the signatory States are obliged to undertake the appropriate measures to ensure *„that the interest of the children is the primordial consideration in all cases“*. Similar assertions have been adopted in the European Charter of Fundamental Rights whose art. 24 provides: *„children shall have the right to protection and care necessary for their well-being, and that their best interests are a primary consideration in all decisions which affect them“*.

Derived from the latter stems the question on ensuring unified measurable criteria on the assessment of the child's best interest and their unanimous application in a wide range of settings.

1.1 Comparative analysis on the way the best interest of a child is achieved

To assess and measure the best interest of a child a more thorough and precise definition is needed on what this interest is. Various jurisdictions have addressed this problem in diverse ways tackling the issue differently by enumerating both procedural and material provisions for its achievement. Such for instance is the UK Children Act from 1989 which has introduced the concept of the child's "welfare checklist". This refers to the list of important factors that the court ought to have particular regard to when making decisions for a child. These factors are:

2 The Declaration of the Rights of the Child, adopted by the League of Nations in 1924, and adopted in an extended form by the United Nations in 1959.

3 The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979 entry into force 3 September 1981, in accordance with Article 27(1).

- a) The ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in light of their age and understanding);
- b) The child's physical, emotional and educational needs;
- c) The likely effect on the child of the change in circumstances;
- d) The child's age, sex, background and any characteristics which the court considers relevant;
- e) Any harm which the child has suffered or is at risk of suffering;
- f) How capable are any of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant is of meeting his needs.

It is important to note that those considerations may prevail over other obligations that the State may have. Thus, for instance, in case of application of the Dublin Regulation No. 604/2013 ('DRIII')⁴ on the transfer back to a country of origin, EU courts would be obliged to assess whether such transfer would not breach the respective family unity and the best interest of the minors of such family⁵. Over the course of several cases the Court of Justice of the European Union ('CJEU') and the European Court of Human Rights ('ECtHR') have had the chance to rule that the child's best interests and their extreme vulnerability are of primary considerations when applying whether Dublin transfer back can or cannot take place⁶. The same reasoning is adopted also in cases for family unifications⁷. The above leads to the ultimate conclusion that the best interest of a child is an overreaching principle⁸, a substantive fundamental right and a rule of procedure⁹.

Regardless of the above though, there is still a prevailing lack of certainty at to the specific pre-conditions that need to be in place to secure the best interest of a child is duly met. An example on how the above legal gap can be overcome is put forth in the Canadian legal framework and specifically in its latest amendments¹⁰. With a series of legislative changes in Bill C-87, the Divorce Act, the Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act and the Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act a list of criteria was introduced in view of determining the best interest of a child in the course of court proceedings. The stipulated criteria together the existing presumption over shared parenting in fact suggests that judges are in all cases required to rule in favour of both

4 Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person.

5 *Tarakhel v. Switzerland*, Application no. 29217/12. This case examined the compatibility of the Dublin II Regulation with the European Convention on Human Rights regarding transfers to Italy under the Dublin II Regulation. The Court found a violation of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) of the European Convention on Human Rights if the Swiss authorities were to send an Afghan couple and their six children back to Italy under the Dublin Regulation without having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together.

6 C-245/11 K v Bundesasylamt, 6 November 2012.

7 *The Queen on the application of ZAT, IAJ, KAM, AAM, MAT, MAJ and LAM v. Secretary of State for the Home Department*, [2016] EWCA Civ 810, 2 August 2016; *R (on the application of RSM and Another) v Secretary of State for the Home Department* [2017] UKUT 124 (IAC), 12 April 2017.

8 Such notion is not isolated and applicable only for the UK and is adopted as common principle across all member state. Support for such a statement could be found also in case no. 1 B 5946/15, 7 March 2016, ruled by the Administrative Court Hannover.

9 General Comment No. 14, Committee on the Rights of the Child.

10 BALA, N. *Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law*, Vol. 40: 2 *Queen's Law Journal* 425 p.

parents sharing the custody unless proven that the latter would run contrary to the interests of the child¹¹. This *de facto* increases the predictability of judicial acts rendered over custody cases and hence, serves as a motivator for out of court settlements. The proposed list of criteria is a non-exhaustive one and seeks merely to provide some consistency and clarity and to assist in guiding parents, family justice professionals, lawyers and courts. Thus, in addition to a list of criteria, Bill C-78 proposes a definition for the term “primary consideration”. The primary considerations would specify that a child’s safety, security and well-being are the most important factors to consider. In some cases, there may be conflicts between two or more of the criteria enumerated in the best interests of a child assessment. It is precisely these factors of primary consideration that would help to resolve any conflicts or tension by stressing that the child’s safety, security and well-being must always come first. It should be asserted that no single criterion would be determinative, and the weighting for each criterion would depend on the circumstances of the particular child. Such legislative decisions should be deemed as positive ones and their multiplication in other jurisdictions – supported.

1.2 Definition of the best interest of a child

Based on the above, an uniform definition of the concept of the best interest of a child should be suggested. The need for it stems for the lack of a single interpretation on what is understood by the best interest of a child, how it should be assessed and measured. The fluidity of the concept opens the room for diverse interpretations not merely amongst professionals, but also amongst professions. Such for example is the difference between the best interest of a child as understood from a judge, a lawyer, a mediator, a family therapist, a physician or a psychologist. None of those interpretations could be deemed as exhaustive ones though as the concept is not limited to the particular expertise held by each professional. Thus, a new multidisciplinary approach towards the best interest of a child concept is emerging which unites the approach taken by all of the enlisted professionals. This trend is additionally strengthened by the rise of various out-of-court mechanisms seeking to ensure optimal conditions for the upbringing of a particular child.

Hence, the author suggests that the following definition is adopted to define the concept of the “best interest of a child” as: *„the conditions that best meet the wishes and feelings of the child, most adequately address its physical, mental and emotional needs in line with its age, gender and personal characteristics without exposing the child to any danger, causing or likely to cause any harm and as could be provided by the primary caregiver“*.

Accordingly, the best interest of the child could be deemed to be a relevant concept that is each time individually assessed to compare the various conditions each parent/caretaker could offer and which could more adequately address the overall interest of a particular child.

11 MAMO, A. *A Practitioners Guide to Mobility Cases in Martha Shaffer ed, Contemporary Issues in Family Law: Engaging with the Legacy of James G. McLeod*, Toronto: Thomson Carswell, 2007.

2. Single methodology for assessing and measuring the best interest of the child

Based on the aforementioned definition it could be asserted that a single methodology to assess and measure the best interest of a child would include the following: *“the views of the child; preserving the child’s identity, the family unit and environment and maintaining private relationships with the close ones and relatives; offering child care adequate to the relevant age in a protected and safe environment, while addressing the child’s right to health and the child’s right to education”*. The suggested criteria though shall be weighted differently depending on the particular situation towards which it is being applied. For example, assessing the best interest of child-refugee would differ from the measurement adopted in case of a parental conflict. Regardless of this though, it has to be maintained that the criteria does not vary immensely and each time should be applied unanimously and in line with the particular situation of a given child. The above serves the ultimate goal of ensuring predictability and legal certainty of different situations.

Hence, the author suggests a single methodology to be developed and applied predominantly by judges, lawyer and mediators that includes an in-depth study and analysis of the following:

◆ **The child’s place in the family and the emotional connections in the family**

This criteria relates to understanding the family as a place that satisfies the need for care and attachment towards a child, in the process of which emotional relationships between the family members are formed. The family creates a sense of belonging and identity for the child, which allows it to know himself/herself and not be diffused (anonymously) in the large society. Part of this criteria additionally includes the capacity of different family members to meet the needs of life’s daily aspects that the parent (and his or her family) endeavors to provide for the child. This criteria additionally includes the capacity of a given parent/caregiver to ensure that the child is equipped with labour skills and is engaged in the day-to-day activities undertaken in the household corresponding to its stage of development.

◆ **Ensuring the cognitive development and achievement of the child**

This area includes elements of the parent’s attitude towards the child that encourage his or her cognitive development, learning at an early age and during his / her formal education. This would mean without limitation the following:

- *Assisting the child with acquiring learning and planning skills contributing to planning skills and capacity for consistent behaviour in pursue thereof;*
- *Ensuring there is a two-way communication line between the primary caregiver of the child and the education institution the child is enrolled in;*
- *Supporting the studying process and the development of the child’s extracurricular interests.*

◆ **Social inclusion**

This criteria is related to the positioning of the family in the community, its resources to enrol its members in larger communities and resources it holds to support the child and ensure its inclusion in the process of growing up. Sub-factors hereby are:

- *Preparation of the child for life and equipment with life-skills;*
- *Social contacts of the child both with family members and others; assistance of the care-giver to support the child with acquiring skills for recognition of emotions; building up skills for appreciating the child capacity to perceive positively third parties;*
- *Building up skills for understanding different social concepts and the internal dynamics of social interaction*

3. Judicial assessment of the best interest of a child

Assessing the best interest of a child in the course of court proceedings most often occurs in cases of custody disputes and child support cases. In those situations most jurisdictions have adopted the method of assignment the measurement as to what is in the interest of a child to a social worker or a child development expert whose expertise would best fit the above. The judge then is to review the results and render the decision based on the latter should they be convincing, thorough and based on all relevant to a given situation facts. In those cases primarily two set of criteria are being put under review:

- ◆ The family relations that are directed at the child, including those family relations with members of the blended families formed after the parents' separation;
- ◆ The development of the child in an emotional, cognitive and social aspect.

Based on the above, judges are faced with the need to assess on the one hand the development of the child as depicted in the evidence collected in the court proceedings and on the other hand – the particular circumstances and conditions that could be offered by each caregiver. Hence, the assessment of what may be in the best interest of a child is in the balance between the two types of evidence. The above requires the following factors to be considered per case:

- i. The existing custody and access arrangements and relationship between the child and each parent and how well they support an environment that fits the child;
- ii. The desirability of maximizing contact between the child and both parents;
- iii. The views of the child;
- iv. The impact of the potential disruption on the child of either a change in custody or removal from his/her current environment.

Although the assessment on those factors is needed per each case, there is still a great deal of uncertainty as to the way different judges may interpret the above. The latter, on the other hand, renders the outcome of a given case in a very uncertain way and could serve as a hindrance to out-of-court settlement. Therefore, it is of high importance that an uniform methodology is adopted in view of how judges evaluate the best interest of child and that

this methodology supports the notion that a child spends as much time with each parent as possible¹².

4. Lawyers' assessment of the best interest of the child

Based on the above conclusions that provide for the adoption of a uniform methodology on the judicial assessment on the best interest of a child, it is further reiterated that such a methodology could equally be deployed by lawyers. This would benefit additionally client-lawyers relationships as it would allow legal professionals to provide a high level of predictability of the expected outcomes of a given case. Separately, having a uniform methodology inclusive of the exact conditions to be accounted for would also contribute to the preparation of a given case and could even serve as a motivator driving some proceedings away from court through their settlement in advance. Needless to say, should such a uniform methodology on the assessment of the best interest of a child be adopted, specific additional training would be required for lawyers to ensure there is an adequate level of understanding of child development and psychology – factors that when coupled with the strict legal expertise lawyers hold would render the high quality legal assistance cases involving children asks for.

5. Mediators' assessment of the best interest of the child

Last, but not least, when adopting a single methodology for assessing the best interest of a child, one has to consider its additional application in mediation proceedings. Firstly, it has to be noted that mediation in the family context is defined as a cooperative process for resolving conflict with the assistance of a neutral third party, whose role is to facilitate communication, help define issues and assist the parties in identifying and negotiating fair solutions that are mutually agreeable¹³. It is precisely those fair solutions to be agreed between the parties that would need to meet the best interest of the child principle. As already stipulated at the outset of this article – the best interest of a child principle is a prevailing notion that obliges all relevant parties and authorities to ensure it is being duly met. This concept when applied towards mediation renders the mediator as the obliged party in charge of ensuring that the best interest of a child is duly met from any of the arrangements the parties are considering. It is therefore asserted that the mediator as a third party neutral holds the independent obligation to protect and ensure that the interests of a child are adequately met by the arrangements the parties are discussing¹⁴. To do so, a mediator should rely on a single set of criteria that equally may be applied by judges. The importance of using uniform standards is strengthened additionally by the fact that should parties fail to reach a solution, the latter most likely shall submit their case to a court resolution. Thus, conducting an early stage assessment of the best interest of a child within the mediation setting may serve the purpose of a reality test

12 This principle is known as the 'maximum contact principle' and is based on the empirical research results that unless there is a serious reason against, a child should spend as much time as possible with each of its parents.

13 CHEPARD, Andrew *An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, Family Law Quarterly, Volume 35, Number 1, Spring 2001.

14 MACBETH, Lynn E, *The art of family mediation: theory and practice*, 2nd edition, 2014.

that offers the parties a better assessment of the potential outcomes of a possible court case. It is therefore suggested that should a uniform methodology be adopted and applied universally across the different legal professions this would stimulate settlements' success rates and would ultimately lead to an increased number of successful out-of-court solutions. The latter, on the other hand, could be deemed to always be in the best interest of a child due to the lack of the negative effect adversarial court proceedings always have on children.

The above conclusions additionally call for the need of mediators educating parents separately on the concept of the best interest of a child and the various components it is comprised of. There is a growing evidence which suggests that educational programs for parents to be set and attended to prior to engaging into a mediation process contribute to better outcomes of settlements that meet the best interest of a child criteria. Such programs are usually organized by the mediation centres affiliated to the corresponding courts and at minimum include the following:

1. The emotional, psychological, financial, physical, and other short-term and long-term effects of divorce on adults and children.
2. Options available as alternatives to divorce.
3. Resources available to improve or strengthen marriage.
4. The legal process of divorce and options available for mediation.
5. Resources available after divorce.
6. Common reactions by children and parents to divorce and separation.
7. Helpful and harmful parent behaviours.
8. Communication and co-parenting skills.
9. Harmful effects on children from parental conflict, including domestic violence.
10. Children's reactions to divorce and separation at different developmental stages and warning signs of serious problems.
11. Responsibility of parents to provide emotional support and financial support to children.
12. Factors which contribute to healthy adjustment for children including the value of parenting plans.
13. Basic family court procedures.
14. Issues surrounding continued access to maternal and paternal relatives.

All the above add up to the newly introduced concepts of 'parenting orders', 'parenting time' and 'decision-making responsibility'. Those notions have an emerging role not only in the mediation process, but also in court proceedings differing from the previously used concepts of 'custody' and 'access'. Replacing 'custody' and 'access' terminology is intended to encourage parents to focus on the needs of their children. Many jurisdictions¹⁵ have already abandoned the concepts of 'custody' and 'access' and have as a result thereof seen a great

¹⁵ Examples of such legislative changes could be extracted from the Family Law Act, 2003 as adopted in the province of Alberta in Canada; Family Law Act, 2011 as adopted in the province of British Columbia in Canada, the United Kingdom and Australia.

deal of increase in the settlements reached out of court. This tendency could additionally be explained by the fact that replacement definitions presume more of a collaborative approach between parents and as such – put parties away from the adversarial judicial process. All of the above, coupled with the application of a non-exhaustive list of the best interest of the child criteria, has seen a positive tendency to increase the cases that are settled out of court.

Conclusion

In conclusion, it should be noted that the a single methodology for measuring the best interest of a child is an emerging concept whose unanimous adoption and single application by judges, lawyers and mediators may stimulate and help increase the number of out-of-court settlements. Separately, it holds the role to additionally strengthen the legal certainty and predictability of family conflict resolutions – a trend that inevitably leads to the increase of out-of-court settlements and with it – to ensuring the best interests of a child are well protected and secured.

LITERATURA

- [1] BALA, N. *Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law*, 40:2 Queen's Law Journal, 425 p.
- [2] C-245/11 K v. Bundesasylamt, 6 November 2012.
- [3] HAYNES, J. *Power balancing. Divorce mediation: theory and practice*. The Gulford Press, 1981.
- [4] MACBETH, L. E., *The art of family mediation: theory and practice*, 2nd edition, 2014, ISBN: 9781600422379.
- [5] MAMO, A. *A Practitioners Guide to Mobility Cases* in: Martha Shaffer ed, *Contemporary Issues in Family Law: Engaging with the Legacy of James G. McLeod*, Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- [6] SCHEPARD, A. *An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, Family Law Quarterly, Volume 35, Number 1, Spring 2001.
- [7] SMITHSON J., BARLOW A., HUNTER R. and EWING J. *The 'child's best interests' as an argumentative resource in family mediation sessions*, Discourse Studies 2015, Vol. 17(5), pp. 609–623.
- [8] PARKINSON, L. *Family Mediation*, London, Sweet & Maxwell, 1997.
- [9] Tarakhel v. Switzerland, Application no. 29217/12.

Kontaktní adresa autora:

Julia Radanova, Ph.D. candidate, attorney-at-law, mediator
Institute for mediation and conflict management
56, Alabin str., fl. 5, office 5, 1000, Sofia, Bulgaria
E-mail: radanova@imeus.bg

VLIV LIBERALIZACE SEKTORU ENERGETIKY NA SOUTĚŽITELE A VZÁJEMNÝ VZTAH REGULAČNÍCH PŘEDPISŮ A SOUTĚŽNÍHO PRÁVA

Abstrakt: V 90. letech začala v EU liberalizace trhu s elektřinou, a to postupně prostřednictvím čtyř liberalizačních balíčků. Příspěvek zjišťuje, jaký má tato regulace vliv na sektor energetiky a v něm působící podniky. Vedle toho se příspěvek zaměřuje na to, jaká je při dosahování liberalizace trhu s energetikou role *ex post* působení soutěžního práva. Je prostřednictvím vzájemného působení *ex post* a *ex ante* regulace dosahováno vytyčených cílů, tj. především vytvoření konkurenčního prostředí a dosažení příznivých spotřebitelských cen?

Abstract: Liberalisation of the EU energy market commenced in the 90s and it was mainly via the four liberalisation packages. The article summarize the influence of this *ex ante* regulation on the energy sector as a whole as well as on the individual undertakings. Moreover, the article tries to find out the role of the *ex post* application of the competition law in the market liberalisation. Do we achieve goals that were set in the energy sector *i.e.* creating competition in the sector and reasonable and stable prices for all Europeans through this *ex ante* and *ex post* regulation?

Klíčová slova: liberalizace, energetika, Evropská unie, soutěžní právo, regulace.

Key words: liberalisation, energetics, European Union, competition law, regulation.

1. Vývoj trhu s energetikou

Pro pochopení důvodů, které vedly k rozhodnutí liberalizovat trh s energetikou v EU, je nutné nahlédnout na vývoj trhu s energetikou v Evropě ve druhé polovině 20. století. Po 2. SV byly ve většině zemí Evropy energetické podniky integrovány do velkých monopolů.¹ Důvodem bylo přesvědčení o nezbytnosti vertikální integrace síťových odvětví a skutečnost, že silné monopoly v oblasti energetiky byly pro zajištění potřeb v oblasti energetiky považovány za nejefektivnější.² Monopoly byly zpravidla vlastněny jednotlivými státy, a docházelo tak k centrálnímu řízení a plánování energetiky. Tam, kde monopoly státem vlastněny nebyly, docházelo alespoň k jejich silné regulaci.³

1 ŠOLC, P.: Vývoj trhu s elektřinou v Evropské unii a klimaticko-energetická politika EU, In: *Úvod do liberalizované energetiky: Trh s elektřinou*, 2. vydání, Praha: Asociace energetických manažerů, 2016, s. 21.

2 LANGSDORF, S.: *EU Energy Policy: From the ECSC to the Energy Roadmap 2050*, Heinrich Böll Stiftung, 2011, s. 2.

3 ŠOLC, P., op. cit. pozn. 1, s. 21.

Sektor energetiky stabilně fungoval a rostl, a snahy regulovat energetiku na evropské úrovni se projevovaly pomalu. Až v souvislosti s narušením trhu v důsledku ropných krizí v 70. letech se objevily první pokusy o vzájemnou kooperaci, když bylo přijato nařízení⁴, jenž zdůrazňovalo nutnost bezpečné a dostačující dostupnosti energie. V zakladatelských smlouvách se však žádná ustanovení, stanovující cíle, závazky či postupy Evropského společenství (dále jen „ES“) v oblasti energetiky dlouho neobjevovala.⁵ Nestalo se tomu ani přijetím Maastrichtské smlouvy, když energetika byla uvedena jako jeden z mnoha prostředků k naplňování obecných cílů ES.

Ustanovení, která energetiku zařadila mezi sdílené pravomoci EU⁶ se ve Smlouvě o fungování EU (dále jen „SFEU“) objevila až s přijetím Lisabonské smlouvy (dále jen „LS“). Energetice je věnována Hlava XXI SFEU, jejíž čl. 194 stanovuje čtyři základní cíle. Těmito jsou zajištění fungování trhu s energií, zajištění bezpečnosti dodávek, podpora energetické účinnosti a podpora propojení energetických sítí. Ultimátním cílem je pak dostupný přístup k energiím všem Evropanům, tj. přístup za příznivou a stálou cenu.⁷

Když ceny elektřiny pro konečné spotřebitele stále rostly, dostupnost energie za příznivých podmínek se zhoršovala a přestala fungovat i strategie jejich omezování prostřednictvím regulace tarifů, začalo se hledat východisko z této situace, kterým se stala liberalizace trhu.⁸ Do přijetí LS byly uvedené cíle prosazovány prostřednictvím čl. 95 Smlouvy o ES týkající se harmonizačních opatření k vytvoření vnitřního trhu.⁹

2. Liberalizace trhu s energetikou v Evropské unii

2.1 Liberalizační balíčky

Cílem liberalizace bylo vytvořit tlak na spotřebitelské ceny. Toho mělo být dosaženo vytvořením efektivní soutěže mezi jednotlivými dodavateli energií. Vedle toho měla větší konkurence na trhu vést také k prosazování inovativních technologií, čímž měla být zajištěna hospodárnost.

Liberalizace nejprve probíhala pouze v některých státech, jako je např. Velká Británie či později ve skandinávských zemích. Za účelem sjednocení pravidel na evropské úrovni se otázkou liberalizace začala zabývat také EU, jejíž snahy vyvrcholily v roce 1996 vydáním první liberalizační směrnice¹⁰ zabývající se liberalizací trhu s elektřinou, na kterou později navázala směrnice zabývající se trhem s plynem.¹¹ Tyto dvě směrnice, společně nazývané jako první energetický balíček, započaly liberalizační proces na evropském energetickém trhu.

4 Nařízení Rady č. 625/83 (EEC) ze dne 15. března 1983, kterým se zavádějí zvláštní opatření v zájmu Společenství týkající se energetické strategie, ÚV ES, L 73/8, 19.3.1983.

5 ANDOURA, S., HANCHER, L. a VAN DER WOUDE, M.: *Towards a European Energy Community: A Policy Proposal*, Notre Europe, 2010, s. 11.

6 Smlouva o fungování EU, Úř. věst. C 326, 26.10.2012, čl. 4) odst. 2) písm. i).

7 ANDOURA, S., HANCHER, L. a VAN DER WOUDE, M., op. cit. pozn. 5, 27.

8 ŠOLC, P., op. cit. pozn. 1, s. 21.

9 ANDOURA, S., HANCHER, L. a VAN DER WOUDE, M., op. cit. pozn. 5, s. 11.

10 Směrnice EP a Rady 96/92/ES ze dne 19. prosince 1996 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou, Úř. věst. L 27, 30.1.1997.

11 Směrnice EP a Rady 98/30/ES ze dne 22. června 1998 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem, Úř. věst. L 204, 21.7.1998.

Směrnice o elektřině stanovila pravidla ohledně zajištění rovnocenného přístupu k sítím pro všechny výrobce elektřiny za nediskriminačních podmínek¹² a také stanovila propojeným energetickým podnikům povinnost vést oddělené účetnictví na jednotlivých úrovních, tj. výroby, přenosu a distribuce.¹³

Směrnice však umožňovala jednotlivým státům přijmout rozdílný přístup a v souvislosti s historickým nastavením v jednotlivých zemích se začaly rozevírat nůžky mezi otevřeností jednotlivých trhů. V roce 2003 tak byl přijat druhý energetický balíček,¹⁴ jež pravidla doplnil s vyšší mírou podrobnosti.

Druhým energetickým balíčkem byla stanovena povinnost nezávislosti veškerých provozovatelů přenosových a distribučních soustav, kteří jsou součástí vertikálně integrovaného podniku na všech činnostech, které nesouvisí s přenosem.¹⁵ Dále byla stanovena jednotná pravidla pro přístup třetích osob k přenosovým a distribučním soustavám, která oproti dřívější směrnici nedávala členským státům možnost volby mezi různými variantami a byly stanoveny termíny pro úplné otevření energetického trhu nejprve pro zákazníky mimo domácnosti a o tři roky později také pro domácnosti. Členským státům pak byla dána povinnost zřídit národní regulační úřady, za účelem zajištění dodržování daných pravidel.

I přes tato opatření ceny energií nadále rostly. Evropská komise (dále jen „EK“) tak s cílem zjistit důvody provedla rozsáhlá šetření. Závěry EK potvrdily podezření, že struktura trhu a chování na něm neumožňují takovou soutěž, která by vedla k naplnění požadovaných cílů. Jako hlavní důvody byly zjištěny stále vysoká koncentrace trhů, dlouhodobé smlouvy bránící vstupu nových soutěžitelů, upřednostňování přidružených společností, či nedosta-
tečné investice do infrastruktury.¹⁶

Na základě šetření byl přijat třetí liberalizační balíček. Hlavním problémem se jevílo propojení podniků, které elektřinu vyrábí a zároveň prodávají. Taková situace má nepříznivý vliv na umožnění přístupu do sítě pro další soutěžitele, což má ve svém důsledku negativní vliv na spotřebitelské ceny. Z toho důvodu byla stanovena povinnost rozdělení v jedné ze tří forem¹⁷:

- ◆ Oddělené vlastnictví: vertikálně integrované společnosti prodají rozvodné sítě. V této formě není umožněno distributorské nebo výrobní společnosti vlastnit majoritní podíl nebo zasahovat do záležitostí provozovatele přenosové soustavy.
- ◆ Nezávislý systémový operátor: distributorské společnosti mohou stále formálně vlastnit rozvodnou síť, ale musí ponechat veškeré operace a investice do sítí nezávislé společnosti.

12 Směrnice 96/92/ES, op. cit. pozn. 11, čl. 17 a 18.

13 Směrnice 96/92/ES, op. cit. pozn. 11, čl. 14.

14 Směrnice EP a Rady 2003/54/ES ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 96/92/ES, Úř. věst. L 176, 15.7.2003; a Směrnice EP a Rady 2003/55/ES ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem a o zrušení směrnice 98/30/ES, Úř. věst. L 176, 15.7.2003.

15 Směrnice EP a Rady 2003/54/ES, op. cit. pozn. 15, čl. 10 a 15.

16 Sdělení EK – Šetření podle článku 17 nařízení (ES) č. 1/2003 v odvětvích zemního plynu a elektrické energie v Evropě (Závěrečná zpráva) [SEK(2006) 1724].

17 Směrnice EP a Rady 2009/72/ES ze dne 13. července 2009 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 2003/54/ES, Úř. věst. L 211, 14.8.2009, čl. 9.

- ◆ Nezávislý provozovatel přenosové soustavy: energetické společnosti stále mohou vlastnit a řídit jednotlivé sítě (v rámci koncernu), musí tak však být učiněno nezávislou dceřinou společností. Široká regulace této varianty ji činí ekonomicky nepřitažlivou.

Tímto opatřením dochází k administrativnímu nastavení nezávislosti výrobců a dodavatelů energií na komoditním tržním zájmu.¹⁸ Vedle toho byla dále posílena práva spotřebitelů a také zavedena Agentura pro spolupráci energetických regulačních úřadů (dále jen „ACER“).

2.2 Role soutěžního práva při zajišťování liberalizace energetických trhů

K liberalizaci trhů však neslouží pouze předpisy regulující energetický sektor, ale zvláštní roli hrají také pravidla hospodářské soutěže. Tedy pravidla obsažená v čl. 101 a 102 SFEU týkající se zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž a zákazu zneužití dominantního postavení. Oba tyto prostředky regulace mezi sebou vzájemně vytváří jakýsi dualistický model, jehož cílem je dosažení liberalizace a vytvoření konkurenceschopného energetického vnitřního trhu v EU.¹⁹

Zásadní rozdíl mezi těmito pravidly je doba jejich aplikace. Zatímco předpisy regulující energetický sektor se užijí *ex ante* s cílem otevřít trh, aby byl umožněn vstup dalším soutěžitelům a byla jim dána právní jistota s cílem pobídnout je k investicím, soutěžně-právní normy jsou aplikovány *ex post* tam, kde nezafungovala *ex ante* regulace, pokud dojde ke spáchání protiprávního jednání.

Z uvedeného plyne, že pravidla hospodářské soutěže jsou vynucována až *ad hoc*. Nemohou tak nabídnout komplexní řešení liberalizace energetického trhu. Na druhou stranu „řádný postup vůči energetickým společnostem, které poškozují své konkurenty, brání tokům energie z jedné země EU do druhé, či hrozí omezením dodávek, může pomoci ostatní soutěžitele od takového jednání odradit.“²⁰

U zakázaných dohod se s proviněním soutěžitelů nesetkáváme tak často, ale již v roce 2001 zahájila EK řízení se skupinou norských podniků, které prodávaly plyn prostřednictvím společného výboru. EK a norští producenti se nakonec dohodli na urovnání, s tím že norští producenti zastaví veškeré společné aktivity prodeje a plyn budou zákazníkům dodávat za tržních podmínek, což vedlo k vytvoření nabídky plynu za konkurenční ceny.²¹

V oblasti vertikálních dohod se EK zaměřila na dohody uzavírané mezi producenty plynu ze zemí mimo EU a evropskými kupujícími. Jednalo se typicky o dohody, které bránily evropským kupujícím prodávat plyn mimo stanovené území a zároveň mimoevropským

18 KOŠTÁL, V., FLAŠÁR, P. a WALAS, P.: *Vnitřní trh s elektřinou podle energetické legislativy EU*, In: *Úvod do liberalizované energetiky: Trh s elektřinou*, 2. vydání, Asociace energetických manažerů, 2016, s. 41.

19 ALMUNIA, J.: *Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?*, [online 23. 3. 2010], Evropská komise, Dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-121_en.htm [cit. 25.10.2019].

20 VESTAGHER, M.: *Competition policy in the EU: Outlook and recent developments in antitrust*, [online 17. 4. 2015], Evropská komise, Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-policy-eu-outlook-and-recent-developments-antitrust_en [cit. 25.10.2019].

21 EVROPSKÁ KOMISE: *Commission successfully settles GFU case with Norwegian gas producers*, Tisková zpráva, [online 17. 7. 2002], dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1084_en.htm [cit. 20. 10. 2019].

dodavatelům zakazovaly na daném území prodávat plyn jiným odběratelům. EK postupně vedla řadu obdobných řízení, s nigérijským LNG²², nebo ve věci Gazprom a OMV²³, přičemž se jí na základě společného jednání podařilo vždy ze smluv dané doložky odstranit.

U deliktu zneužití dominantního postavení se EK podařilo donutit společnost E.ON, pod hrozbou vysokých pokut, k prodeji jí vlastněné sítě vysokého napětí a také řady výrobních kapacit.²⁴ Obdobně byla EK úspěšná i v dalších případech, jako je např. italské ENI²⁵, kdy rovněž využila oprávnění dané čl. 9 Nařízení Rady 1/2003, když využila nabídky dotyčných podniků k přijetí konkrétních závazků na místo vydání rozhodnutí, které by daným podnikům nařídilo ukončení protiprávního jednání.

V poslední době pak EK přijala závazky rovněž ze strany ruského Gazprom, které mají zajistit volný tok plynu ve střední a východní Evropě. Gazprom se zavázal ze svých smluv s jednotlivými odběrateli odstranit závazky, dle kterých tito odběratelé nebyli oprávněni plyn prodávat dále mimo své hranice. Odběratelům má být také dána možnost provést odběr kdekoliv, a to i v jiném státě.²⁶

3. Naplnění stanovených cílů?

Zda se konečně podařilo prostřednictvím uvedených liberalizačních opatření dosáhnout stanoveného cíle a zvýšit konkurenci na trhu výroby a distribuce elektřiny a zatlačit na snížení spotřebitelských ale i velkoobchodních cen, lze zjistit z pravidelných výročních zpráv ACER.

Dle výroční zprávy ACER za rok 2018²⁷ však došlo oproti roku 2017 ke zvýšení cen na spotřebitelském trhu o 1,9 %, což je oproti posledním dvou letům opět obrát k horšímu. Naproti tomu na velkoobchodním trhu, došlo za poslední období ke snížení ceny o 2,2 %. Pokud porovnáme ceny od roku 2008, dojdeme ke zjištění, že cena za elektřinu na spotřebitelském trhu vzrostla o 28,2 %, zatímco na velkoobchodním trhu k tak razantnímu zvýšení cen nedošlo, když za stejné období došlo k prodražení pouze o 1,4 %.²⁸

22 EVROPSKÁ KOMISE: *Commission settles investigation into territorial sales restrictions with Nigerian gas company NLNG*. Tisková zpráva, [online 12. 12. 2002], Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1869_en.pdf [cit. 20. 10. 2019].

23 EVROPSKÁ KOMISE: *Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom*. Tisková zpráva, [online 17.2.2005], Dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-195_en.htm?locale=en [cit. 20. 10. 2019].

24 Rozhodnutí Komise ze dne 26.11.2008 k řízení podle článku 82 Smlouvy o ES a článku 54 Dohody o EHP, věci č. COMP/39.388 – Velkoobchodní trh s elektřinou v Německu a č. COMP/39.389 Vyrovnávací trh s elektřinou v Německu.

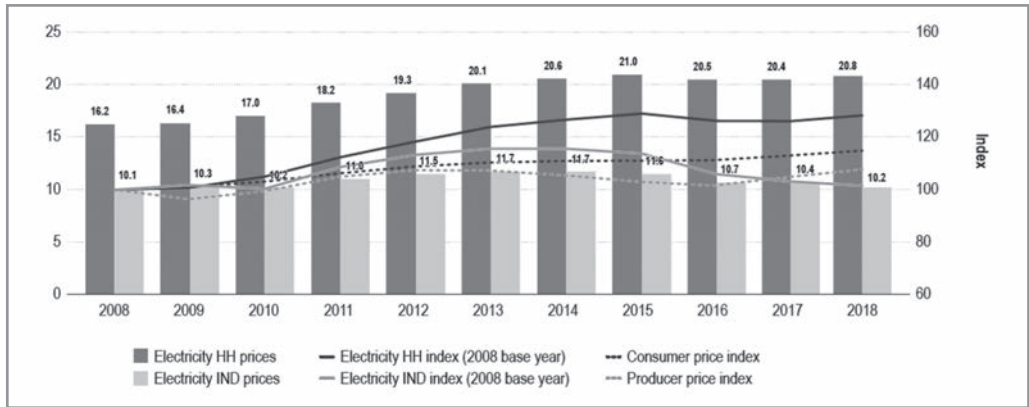
25 Rozhodnutí Komise ze dne 29.9. 2010 k řízení podle článku 102 SFEU a článku 54 Dohody o EHP, Case COMP/39.315 ENI.

26 VESTAGHER, M.: *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision imposing binding obligations on Gazprom to enable free flow of gas at competitive prices*, [online 24. 5. 2018], Evropská komise, Dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-3928_en.htm [cit. 20.10.2019].

27 ACER/CEER: *Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Natural Gas Markets in 2018 – Electricity and Gas Retail Markets Volume*, ze dne 28.10.2019.

28 ACER/CEER, op. cit. pozn. 27, s. 8.

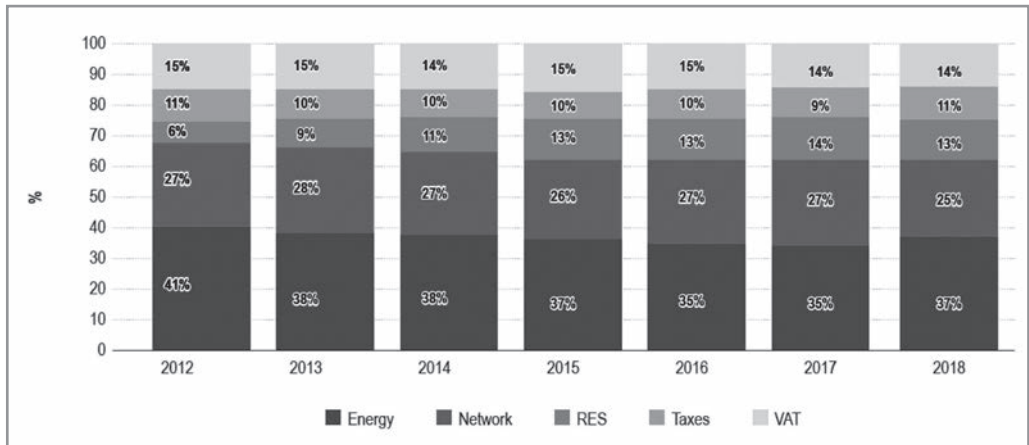
Graf 1: Porovnání vývoje cen elektřiny v domácnostech a na velkoobchodním trhu od roku 2008



Zdroj: Výroční zpráva ACER pro rok 2018²⁹

Vedou tedy opatření k požadovanému cíli? Když se podíváme na strukturu spotřebitelských cen blíže, zjistíme, že podíl nákladů na energii se na účtech jednotlivých zákazníků od roku 2012 snížil z 41 % na 37 %, kdežto významně vzrostl podíl příspěvku na obnovitelné zdroje elektřiny z 6 % v roce 2012 na 13 % v roce 2018. Z daného tak lze vyvodit, že cena samotné složky energie byla za dané období skutečně snížena.

Graf 2: Struktura složení spotřebitelských cen za energie



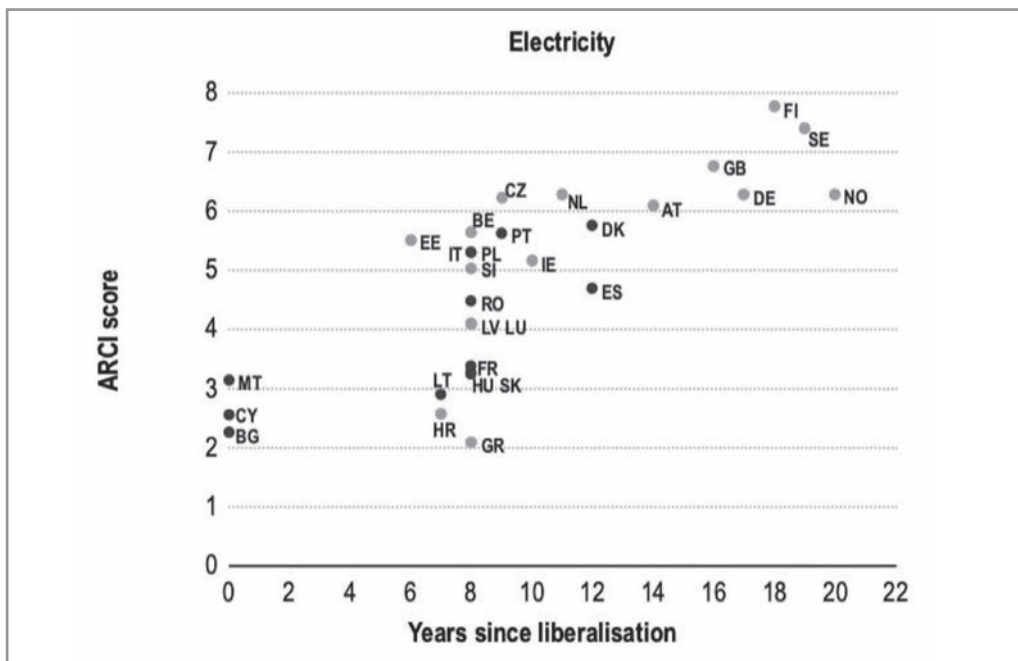
Zdroj: Výroční zpráva ACER pro rok 2018³⁰

29 ACER/CEER, op. cit. pozn. 27, s. 8.

30 ACER/CEER, op. cit. pozn. 27, s. 17.

Úroveň konkurence na trhu měří ACER pomocí tzv. ACER Retail Competition Index (ARCI). Metodologie ARCI vychází z reprezentativního vzorku nejdůležitějších indikátorů, kterými jsou zejména posouzení koncentrace trhů v jednotlivých členských státech, to je množství soutěžitelů a jejich podíl na konkrétním trhu, dále otázka možnosti nových soutěžitelů na trh vstoupit, tedy otázka otevřenosti daného trhu, ale také otázka chování spotřebitelů, zejména skutečnost, jakým způsobem a jak často jednotliví spotřebitelé mění poskytovatele dodávek energií. Dalším důležitým indikátorem je také reakce maloobchodních cen na změny cen velkoobchodních. Pokud se tedy na trhu objevuje vyšší množství soutěžitelů, je otevřen novým soutěžitelům, spotřebitelé pružně reagují na chování jednotlivých poskytovatelů a maloobchodní ceny správně reagují na výkyvy velkoobchodních cen, je daný trh hodnocen vyšším skóre ARCI, které značí vyšší úroveň soutěže na maloobchodním trhu s elektřinou.³¹

K poslednímu měření úrovně konkurence na trhu ze strany ACER došlo v roce 2016 na základě dat za rok 2015. Měření potvrdilo, lze obecně říct, že čím více času uplynulo od provedení liberalizace, tím lépe se členským státům daří dosáhnout vyšší úrovně konkurence na trhu. Z daného lze uvozovat, že trhům chvíli trvá, než se na nich začne projevovat konkurence. Čas však není jedinou podmínkou, vliv na úroveň soutěže mají i další faktory např. rychlost implementace evropských předpisů, rychlost privatizace nebo také zda členský stát reguluje ceny či ne.



Zdroj: Výroční zpráva ACER pro rok 2015³²

31 ACER/CEER: *Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Gas Markets in 2015 Retail Markets*, ze dne 30.11.2015, s. 51.

32 ACER/CEER, op. cit. pozn. 33, s. 37.

Závěr

Za účelem vytvoření konkurenčního prostředí na trhu s elektřinou bylo učiněno značné množství práce. Stále je však nutné velké množství práce učinit, a to především z důvodu, že ve spoustě členských států jsou maloobchodní trhy stále poměrně koncentrované.

S dalším propojováním trhů a prosazováním dalších kroků v procesu liberalizace lze očekávat, že konkurenční prostředí na trhu s energetikou bude i nadále posilovat. Má k tomu přispět i čtvrtý liberalizační balíček, jehož část čistá energie pro všechny Evropany, byla přijata v prosinci 2018 a následně byla doplněna v červnu 2019 zimním energetickým balíčkem. Jeho cílem je další posun při vytváření energetické unie, především vytvoření plně integrovaného vnitřního trhu s elektřinou, ale také boj proti změně klimatu. Zda se těchto cílů daří dosáhnout, se dozvíme v následujících letech.

LITERATURA

- [1] ACER/CEER: *Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Gas Markets in 2015 Retail Markets*, ze dne 30.11.2015.
- [2] ACER/CEER: *Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Natural Gas Markets in 2018 – Electricity and Gas Retail Markets Volume*, ze dne 28.10.2019.
- [3] ALMUNIA, J.: *Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?*, [online 23. 3. 2010], Evropská komise, Dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-121_en.htm [cit. 25.10.2019].
- [4] ANDOURA, S., HANCHER, L. a VAN DER WOUDE, M.: *Towards a European Energy Community: A Policy Proposal*, Notre Europe, 2010.
- [5] EVROPSKÁ KOMISE: *Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom*. Tisková zpráva, [online 17.2.2005], Dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-195_en.htm?locale=en [cit. 20. 10. 2019].
- [6] EVROPSKÁ KOMISE: *Commission settles investigation into territorial sales restrictions with Nigerian gas company NLNG*. Tisková zpráva, [online 12. 12. 2002], Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1869_en.pdf [cit. 20. 10. 2019].
- [7] EVROPSKÁ KOMISE: *Commission successfully settles GFU case with Norwegian gas producers*, Tisková zpráva, [online 17. 7. 2002], dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1084_en.htm [cit. 20. 10. 2019].
- [8] KOŠTÁL, V., FLAŠÁR, P. a WALAS, P.: *Vnitřní trh s elektřinou podle energetické legislativy EU*, In: *Úvod do liberalizované energetiky: Trh s elektřinou*, 2. vydání, Asociace energetických manažerů, 2016, ISBN 978-80-260-9212-4.
- [9] LANGSDORF, S.: *EU Energy Policy: From the ECSC to the Energy Roadmap 2050*, Heinrich Böll Stiftung, 2011.
- [10] Nařízení Rady č. 625/83 (EEC) ze dne 15. března 1983, kterým se zavádějí zvláštní opatření v zájmu Společenství týkající se energetické strategie, ÚV ES, L 73/8, 19.3.1983.

- [11] Rozhodnutí Komise ze dne 26.11.2008 k řízení podle článku 82 Smlouvy o ES a článku 54 Dohody o EHP, věci č. COMP/39.388 – Velkoobchodní trh s elektřinou v Německu a č. COMP/39.389 Vyrovnávací trh s elektřinou v Německu.
- [12] Rozhodnutí Komise ze dne 29.9. 2010 k řízení podle článku 102 SFEU a článku 54 Dohody o EHP, Case COMP/39.315 ENI.
- [13] Sdělení EK – Šetření podle článku 17 nařízení (ES) č. 1/2003 v odvětvích zemního plynu a elektrické energie v Evropě (Závěrečná zpráva) {SEK(2006) 1724}.
- [14] Směrnice EP a Rady 2003/54/ES ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 96/92/ES, Úř. věst. L 176, 15.7.2003.
- [15] Směrnice EP a Rady 2003/55/ES ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem a o zrušení směrnice 98/30/ES, Úř. věst. L 176, 15.7.2003.
- [16] Směrnice EP a Rady 2009/72/ES ze dne 13. července 2009 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 2003/54/ES, Úř. věst. L 211, 14.8.2009.
- [17] Směrnice EP a Rady 96/92/ES ze dne 19. prosince 1996 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou, Úř. věst. L 27, 30.1.1997.
- [18] Směrnice EP A Rady 98/30/ES ze dne 22. června 1998 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem, Úř. věst. L 204, 21.7.1998.
- [19] Smlouva o fungování EU, Úř. věst. C 326, 26.10.2012.
- [20] ŠOLC, P.: *Vývoj trhu s elektřinou v Evropské unii a klimaticko-energetická politika EU*, In: *Úvod do liberalizované energetiky: Trh s elektřinou*, 2. vydání, Praha: Asociace energetických manažerů, 2016, ISBN 978-80-260-9212-4.
- [21] VESTAGHER, M.: *Competition policy in the EU: Outlook and recent developments in antitrust*, [online 17. 4. 2015], Evropská komise, Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-policy-eu-outlook-and-recent-developments-antitrust_en [cit. 25.10.2019].
- [22] VESTAGHER, M.: *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision imposing binding obligations on Gazprom to enable free flow of gas at competitive prices*, [online 24. 5. 2018], Evropská komise, Dostupné z: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-3928_en.htm [cit. 20.10.2019].

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Matěj Řepka

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: matej.repka@seznam.cz

MOŽNÝ ČI NEMOŽNÝ STŘET ZÁJMŮ VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH

Abstrakt: Článek je věnován pojmu „střet zájmů“ a jeho možného vlivu na průběh zadávání veřejných zakázek (dále jen „VZ“). Při zadávání VZ jsou uspokojovány potřeby veřejného zájmu osobami soukromého sektoru za pomoci finančních prostředků pocházejících z veřejných zdrojů. Občany a soukromým sektorem je tedy očekávána integrita státní správy, veřejných institucí a veřejných služeb. Osoby vykonávající tuto činnost by měly svou činnost vykonávat v rámci svých kompetencí bezúhonně, spravedlivě a nestranně. V této stati je věnována především pozornost střetu zájmů ve vztahu k VZ. Jaké symptomy jsou příznačné, o jaké situace se může jednat a které osoby se mohou nacházet ve střetu zájmů? Cílem článku je se zabývat, zda a příp. kdy jsou osoby ve střetu zájmů v procesu zadávání VZ. V souvislosti s tím bude snaha vyjádřit definici pojmu „střetu zájmů“ pro oblast zadávání VZ za přispění příkladů a z judikátů.

Abstract: The paper is devoted to the concept of “conflict of interest” and its possible influence in the public procurement (hereinafter as “PP”). When awarding public contracts, the needs of the public interest are met by private sector with the help of public funds. The integrity of government, public institutions and public services is thus expected by citizens and the private sector. Persons carrying out this activity should carry out their activities with integrity, fairness and impartiality within their competence. In this paper, the attention is paid to the conflict of interest in relation to the PP. What symptoms are symptomatic, what situations may be and which persons may be in a conflict of interest. The aim of the article is to examine whether and possibly when there are conflicts of interest in the procurement process. In this context, efforts will be made to define the concept of ‘conflict of interest’ in the field of awarding public contracts with the help of case law examples.

Klíčová slova: *střet zájmů, zadávací řízení, zadavatel, dodavatel, nestrannost, nezávislost.*

Key words: *conflict of interest, tendering procedure, sponsor, supplier, impartiality, independence.*

Úvod

Tento článek se bude věnovat pojmu „střetu zájmu“ a jeho možného vlivu na průběh zadávání veřejných zakázek. Při zadávání veřejných zakázek jsou uspokojovány potřeby veřejného zájmu osobami soukromého sektoru za pomoci finančních prostředků pocházejících z veřejných zdrojů, tj. státního rozpočtu, dotací, fondů EU. Je tedy jasné,

že veřejný a soukromý sektor vzájemně spolupracuje. Občany a soukromým sektorem je z tohoto důvodu očekávána integrita státní správy, veřejných institucí a veřejných služeb. Osoby vykonávající činnost v rámci uvedených institucí by měly svou činnost vykonávat v rámci svých kompetencí bezúhonně, spravedlivě a nestranně. Jejich činnost a rozhodování by neměla být ovlivněna jejich osobními zájmy. Jedině tak může být zachována důvěra v řádnou správu věcí veřejných veřejnými institucemi. Činnost osob vykonávající svěřené úkoly v rámci veřejných institucí je různorodá a má dopad do mnoha oblastí života společnosti. V této stati bude věnována především pozornost střetu zájmu ve vztahu k VZ. Jaké symptomy jsou příznačné, o jaké situace může se jednat a které osoby se mohou nacházet ve střetu zájmu?

Cílem tohoto článku je se zabývat definicí pojmu „střet zájmu“, jeho vlivu na proces zadávání VZ a představení příkladů střetu zájmu uplatňujících se ve VZ za přispění příkladů a z judikátů.

1. Definice „střetu zájmu“ v právních předpisech

Střet zájmu je v současné době vnímán jako konflikt mezi veřejnou povinností a soukromými zájmy veřejného činitele, kdy by mohly soukromé zájmy nevhodně ovlivnit plnění úředních povinností a závazků svěřených do kompetencí této osobě. Soukromé zájmy veřejného činitele (tím je na mysli osoba vykonávající činnost v rámci veřejné instituce) se mohou týkat finančního obohacení nebo zájmy, které této osobě přináší osobní prospěch, ale i se může dotýkat zájmů jinak legitimní soukromé činnosti, osobních vztahů, rodinných vztahů¹. Vztah mezi úředními povinnostmi vykonávané osobou v rámci plnění úkolů v souvislosti s výkonem určitých úkolů veřejné instituce a soukromými zájmy může mít povahu střetu zájmu pouze v konkrétních situacích. Z tohoto důvodu se posuzuje střet zájmu pro jednotlivé situace samostatně.

V právních předpisech nenalezneme obecnou definici pojmu „střetu zájmu“. Je ji možno nalézt v normách různých odvětví a díky tomu tyto definice jsou přizpůsobovány k potřebám konkrétnímu sledovanému zájmu.

Z tohoto důvodu definici „střetu zájmu“ nalezneme i v několika právních normách Evropské unie. Definice „střetu zájmu“ je obsažena například v článku 57 odst. 2 nařízení č. 966/2012 Evropského parlamentu a Rady ze dne 25. 10. 2012, kterým se stanoví finanční pravidla o souhrnném rozpočtu Unie a zrušení nařízení Rady ES č. 1605/2002. V tomto článku je střet zájmu podchycen ve vztahu k osobám účastnících se na finančních operacích a jiným osobám podílejících se na plnění rozpočtu Evropské unie a jeho správě, včetně přípravy na tuto činnost, na auditu nebo kontrole. V případě existence rizika střetu zájmu tak je osoba ve střetu zájmu povinna tuto skutečnost nahlásit a nadřízená osoba posoudí, zda skutečně existuje v konkrétní sumaci střet zájmu a případně činnost této osoby v dané věci ukončí. Dále je určeno v jakých případech u uvedených osob může dojít ke střetu zájmu, které by mohly ohrozit nestranný a objektivní výkon jejich funkcí².

K tomuto předpisu bylo vydáno nařízení Komise v přenesené pravomoci č. 1268/2012 o prováděcích pravidlech k nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 966/2012, kterým

1 Dufková I., Kotouček M., *Střet zájmu jako riziko podvodu*, Transparency International ČR, 2018, s. 7.

2 Srov. Čl 57 nařízení č. 966/2012 Evropského parlamentu a Rady.

se stanoví finanční pravidla o souhrnném rozpočtu Unie, a kde jsou určena jednání, jež mohou představovat střet zájmu a postup k jeho řešení. Jedná se o tato jednání:

- ◆ které poskytnou sobě nebo jinému neoprávněně přímé nebo nepřímé výhody,
- ◆ odmítnutí poskytnout příjemci práva nebo výhody, na které má nárok,
- ◆ nepřijatelná nebo zneužívající jednání nebo opomenutí uskutečnit nezbytná jednání,
- ◆ jednání, které může narušit nestranný a objektivní výkon povinností určité osoby,
- ◆ situace, kdy je žadatel, zájemce nebo uchazeč zaměstnancem, na kterého se vztahuje služební řád, ledaže jeho účast v řízení předem schválí nadřízený³.

OECD zpracovala publikaci o Řešení střetu zájmu ve veřejné službě (*Managing Conflict of Interest in the Public Service*), kde je střet zájmu definován jako „střet mezi úkoly ve veřejném zájmu a soukromými zájmy veřejných činitelů, při němž má veřejný činitel soukromé zájmy, které by mohly nežádoucím způsobem ovlivnit výkon jeho úředních úkolů a povinností“.

2. Střet zájmu v zadávacích směrniciích EU

Specifická úprava střetu zájmu se rovněž nachází v tzv. zadávacích směrniciích, tj.

- ◆ směrnice č. 2014/23/EU o udělování koncesí,
- ◆ směrnice č. 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES,
- ◆ směrnice č. 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního, hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES⁴.

Touto směrnici jsou oslovovány členské státy EU, aby zabránily střetu zájmu v procesu zadávání VZ, a to jak preventivními opatřeními, tak nápravnými opatřeními. Členské státy EU mají přijmout taková opatření, aby veřejní zadavatelé byli povinni dbát o předcházení střetu zájmu a v případě jeho skutečného vzniku pak učinění nápravných opatření, aby nedocházelo k narušování rovného postavení hospodářských subjektů na trhu. Opatření zajišťující předcházení střetu zájmu a k nápravě střetu zájmu jsou dle textace zadávacích směrnic směřovány zejména k:

- ◆ pracovníkům veřejného zadavatele,
- ◆ poskytovatelům služeb v oblasti zadávání VZ vystupujícím jménem zadavatele, kteří se podílejí na vedení zadávacího řízení nebo by mohli mít vliv na jeho výsledek a zároveň tyto osoby by měly nebo mohly mít finanční, hospodářský nebo osobní zájem na výsledku zadávacího řízení⁵.

3 Dufková I., Kotouček M., *Střet zájmu jako riziko podvodu*, Transparency International ČR, 2018, s. 11.

4 Pozn. Dále v textu budou zadávací směrnice uváděny v jednotném čísle, avšak úprava střetu zájmu je ve výše uvedených zadávacích směrniciích shodná.

5 Srov. čl 24 směrnice č. 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

Zadávací směrnice obsahuje i způsoby řešení, zjistí-li se střet zájmu dodavatele ve vztahu k předmětu plnění z veřejné zakázky nebo osobám podílejícím se na průběhu zadávacího řízení či osobám majícím vliv na výběr dodavatele, který by mohl negativně ovlivnit průběh zadávacího řízení. Zde je uvedena možnost vyloučení takového účastníka z účasti v konkrétním zadávacím řízení.⁶

Je tedy patrné, že definici pojmu „střetu zájmu“ lze pojmut z různých úhlů pohledu adekvátně ke sledované oblasti úpravy. Nejinak je tomu i v české právní úpravě⁷.

3. Střet zájmu v zákoně o zadávání veřejných zakázek

Kolize zájmu, resp. střet zájmu, je situace, kdy jedna osoba je zavázána více organizacím či subjektům. V důsledku jejího chování, tzn. i opomenutím určitého chování, tato osoba může získat pro sebe nebo jiného prospěch.

Pro zaměření tohoto článku na střet zájmu ve veřejných zakázkách je nejvíce relevantní zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“).

Pojem „střet zájmu“ je v základních rysech vymezen v ustanovení § 44 odst. 2 ZZVZ, kde je definován jako situace, kdy osoby, které se podílejí na průběhu zadávacího řízení, mají nebo mohou mít zájem na výsledku zadávacího řízení, neboť by jim to mohlo přinést osobní prospěch či zajistit nevýhodné podmínky pro zadavatele. V takovém případě je ohrožena nestrannost a nezávislost takové osoby, a proto je nutno takovou osobu vyloučit z možnosti ovlivnit průběh takového zadávacího řízení.

Zadavatel má obecnou povinnost předcházet střetu zájmu, a to v podobě předcházení střetu zájmu, tak i v podobě zakročení v případě získání věrohodné informace, že ke střetu zájmu došlo.⁸

3.1 Prevence střetu zájmu

Jak již bylo uvedeno, zadavatel se má chovat tak, aby zabránil střetu zájmu. Za tímto účelem si má vyžádat čestná prohlášení od osob podílejících se na průběhu zadávacího řízení, tj.:

- ◆ od členů/ náhradníků komisí, pokud ji zadavatel jmenuje,
- ◆ přizvaných odborníků, nebo
- ◆ osob zastupujících zadavatele v zadavatelských činnostech

o tom, že nejsou ve střetu zájmu ve vztahu k předmětné veřejné zakázce.

6 Srov. čl 57 odst. 4 písm. e) směrnice č. 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

7 Např. § 460 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, § 401 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích a družstvech, ve znění pozdějších předpisů, § 77 zákon č. 234/2014 Sb., o státní službě, ve znění pozdějších předpisů, § 5 odst. 1 písm. b) zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů. V českém právním řádu je též samotný zákon věnující se střetu zájmu ve vztahu k veřejným činitelům, tj. zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmu, ve znění pozdějších předpisů.

8 Kruták T., Krutáková L., Gerych J., *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016*, ANAG, 2016, s. 161.

Vyžádání čestných prohlášení od osob podílejících se na průběhu zadávacího řízení je sice jedna podstatná část předcházení střetu zájmu projevujícího se v konkrétní veřejné zakázce. Získáním čestných prohlášení činnost zadavatele směřující k předcházení střetu zájmu nekončí. Ve vztahu k čestným prohlášením učiněným uvedenými osobami zadavatel nemá uloženou následnou povinnost prověřování, zda obsah tohoto prohlášení odpovídá realitě, avšak v případě získání indicí či informací o možném střetu zájmu některé osoby, tak se k takové informaci má postavit zodpovědně a snažit se ověřit dostupnými prostředky získanou informaci a v případě zjištění střetu zájmu nebo vážných aspektů pro možnost realizace osobních zájmů či finančních výhod takové osoby přijmout přiměřená opatření.

Okruh osob, které se podílejí na průběhu zadávacího řízení, je vymezen formou jejich činnosti, jakou se podílejí na přípravě a průběhu zadávacího řízení. Jedná se o osoby zpracovávající zadávací podmínky, kdy mohou ovlivnit znění zadávacích podmínek, co do požadavků na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, formulaci předmětu plnění z veřejné zakázky, podmínek účasti a průběhu zadávacího řízení. Dále se jedná o osoby podílející se na posouzení podaných nabídek či žádostí o účast a osoby mající vliv na hodnocení podaných nabídek. Mohou to být samotní zaměstnanci zadavatele, konzultanti, pověřené osoby k zastupování zadavatele, administrátoři veřejných zakázek.

Abyste se jednalo o střet zájmu, tak je nutné, aby uvedené osoby měly zájem získat osobní výhodu nebo snížit majetkový prospěch zadavatele. A zároveň musí zájem takové osoby být natolik motivující, aby mohl být ohrožen způsobem chování této osoby, tzn. potenciální zájem osoby podílející se na průběhu zadávacího řízení ohrožoval jeho nestranné a nezávislé jednání v souvislosti s plněním úkonů v rámci konkrétní veřejné zakázky. Střet zájmu nevyjadřuje situaci, kdy došlo k porušení, ale i situaci, kdy se vyskytnou takové okolnosti, které značně ohrožují nezávislost a nestrannost jednání takové osoby. Střet zájmu je objektivní povahy, je tedy důležité odhlédnout od úmyslu zúčastněných osob.

Další skupinou osob možných nacházejících se ve střetu zájmu ke konkrétní VZ jsou dodavatelé (viz níže).

3.2 Příklad střetu zájmu osoby zmocněné zadavatelem k výkonu zadavatelských činností

V rozhodnutích ve věci společnosti RESPECT a. s. byl opakovaně konstatován střet zájmu, neboť tato společnost pro zadavatele na základě mandátní smlouvy ze dne 2. 7. 2012 vykonávala kompletní administraci a zpracování návrhu zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku na výběr pojistitele majetku zadavatele. Mandátní smlouva byla uzavřena na základě výsledku zakázky malého rozsahu (dále jen „VZ č. 1“).

Společnost RESPECT a. s. realizovala otevřené zadávací řízení pro veřejnou zakázku s názvem „Pojištění majetku, pojištění odpovědnosti za škodu a pojištění vozidel Statutárního města Ústí nad Labem“ (dále jen „VZ č. 2“), bylo zahájeno dne 15. 8. 2012. Ze zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku č. 2 vyplývalo, že se zadavatel nechal dle § 151 zákona⁹ zastoupit jinou osobou – společností RESPECT, a.s. Zadavateli byly doručeny dvě nabídky, přičemž zadavatel dne 12. 10. 2012 rozhodl o výběru nejhodnější nabídky uchazeče Česká pojišťovna a.s. S Českou pojišťovnou a.s. zadavatel posléze uzavřel dvě samostatné smlouvy

9 Pojem „zákon“ v textu představuje zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

– dne 29. 10. 2012 byla uzavřena „Pojistná smlouva č. 899-17877-18“ s účinností od 1. 11. 2012 na dobu neurčitou a se smluvní cenou 4 202 570 Kč bez DPH/rok a dne 28. 12. 2012 „Pojistná smlouva č. 36491012-13“ s účinností od 1. 1. 2013 na dobu neurčitou a se smluvní cenou 1 007 035 Kč/rok.

Společnosti RESPECT, a.s. byla za uzavření smlouvy a dále z pojistného plnění veřejné zakázky vyplacena odměna, a to na základě smluvních vztahů s touto společností uzavřených již před realizací veřejné zakázky č. 1.

„Společnost RESPECT, a.s. působila v případě veřejné zakázky č. 2 jako zástupce zadavatele (žalobce) a proto se na ní vztahovala stejná omezení, jako na členy hodnotící komise. Pokud soud pomine otázky osobních výhod a osobního zájmu na výsledku, neboť společnost RESPECT, a.s. nemohla ovlivnit výsledek hodnocení nabídek, zjevně byl porušen zákaz jejího podílení na zpracování nabídky a zákaz existence osobního ani pracovního či jiného obdobného poměru mezi jí a uchazečem (Českou pojišťovnou, a.s.).

Soud se na tomto místě plně ztotožňuje se žalovaným, že není podstatné to, zda činností společnosti RESPECT, a.s. došlo k faktickému, reálnému ovlivnění soutěže, neboť otázka ‚podjatosti‘ v sobě imanentně zahrnuje ochranu před i pouze potenciálním ohrožením (v tomto případě) výběru nejvhodnější nabídky. Samotná potencialita možnosti osobního zájmu na výsledku diskvalifikuje určité subjekty ve všech typech rozhodování, ať už se jedná o podjatost soudních osob, pracovníků orgánů státní správy nebo dalších subjektů, na které se klade jejich předpisem podmínka nestrannosti. Konečně i samotné ustanovení § 74 odst. 7 zákona (v případě zástupce zadavatele ve spojení s ustanovením § 151 zákona) právě zdůrazňuje ochranu i před potencionálním ohrožením vyloučením dotčených osob z činností i souvisejících s přípravou veřejné zakázky pro samotné uchazeče.

Soud má za jasně prokázané, že společnost RESPECT, a.s. vyvíjela v rámci veřejné zakázky č. 2 činnost jak pro zadavatele, tak i pro vybraného uchazeče. Uvedená společnost byla na obou stranách veřejné zakázky č. 2 aktivním účastníkem, neboť na jedné straně byla zástupcem zadavatele a na druhé straně zpracovávala podklady pro účast ve veřejné zakázce. Taková činnost je v přísném rozporu s výslovným zněním zákona a skutečnost, že se společnost RESPECT, a.s. nepodílela na činnosti hodnotící komise, je v tomto případě irelevantní“^{10,11}

3.3 Střet zájmu dodavatele

Jak již bylo zmíněno, současné znění ZZVZ míří i na dodavatele přímo. Jedním důvodem vyloučení z další účasti je zjištění možnosti či existence střetu zájmu¹². Tento důvod vyloučení je formulován jako možnost, nikoli povinnost. Je tedy na zadavateli, jak posoudí danou situaci, zda střet zájmu významně narušuje soutěž a je tedy nutné přistoupit k vyloučení z další účasti takového dodavatele. Tato možnost se stává povinností zadavatele v případě, že je prokázáno, že ke střetu zájmu došlo, a nevyločení tohoto dodavatele by vedlo k jedinému možnému opatření, a to zrušení zadávacího řízení.¹³ Naplnění důvodů pro vyloučení z důvodu střetu zájmu dodavatele musí zadavatel prokázat. Důkazní břemeno

10 Cit. rozhodnutí Krajského soudu rozsudkem ze dne 31. 3. 2016, č. j. 31 Af 38/2014-57

11 Srov. rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-R340/2013/VZ-5568/2014/310/BVÍ, ze dne 17. 3. 2014.

12 Srov. § 48 odst. 5 písm. b) a c) ZZVZ.

13 Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 292.

leží jednoznačně na zadavateli, neboť to vyplývá ze znění ustanovení § 48 odst. 8 ZZVZ. Volba důkazních prostředků a jejich získání je ponechána na zadavateli. Lze předpokládat, že nejčastěji bude zadavatel získávat důkazy ke střetu zájmu z dokladů předkládaných účastníky v rámci probíhajícího či již ukončeného zadávacího řízení např. z žádostí o účast, nabídek, vysvětlení nabídek či z jiné komunikace účastníka se zadavatelem, případně z veřejně dostupných údajů či ze soudních nebo správních rozhodnutí. Ostatně proto je dle důvodové zprávy k ZZVZ kladen důraz na fakultativnost vyloučení. Je totiž zřejmé, že po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby vyloučil účastníka řízení, pokud nedisponuje důkazy, které by střet zájmu jednoznačně deklarovaly.¹⁴

Další situací, kdy může být zjištěn střet zájmu dodavatele ve vztahu ke konkrétní VZ, je ve fázi předkládání dokladů před uzavřením smlouvy. Dodavatel je povinen před podpisem smlouvy předložit doklady o skutečném majiteli dodavatele, není-li to možné zjistit z veřejného seznamu¹⁵. V případě zjištění střetu zájmu, pak zadavatel takového dodavatele vyloučí z další účasti v zadávacím řízení¹⁶.

Ze znění ustanovení § 124 odst. 3 ZZVZ lze vyvodit, že zadavatel, zjistí-li střet zájmu dodavatele, na základě dokladů o majetkovém vlastnictví dodavatele, tak již zadavatel není oprávněn zkoumat, zda existuje jiná možnost, jak vyřešit vzniklou situaci, tj. přijmout opatření jiné povahy, nýbrž je povinen takového dodavatele vyloučit bez dalšího. Zde se totiž nejedná o možnost, ale o povinnost vybraného dodavatele vyloučit.¹⁷

3.4 Střet zájmu dodavatelů VZ na stavební práce a VZ souvisejících s jejich realizací

Současná podoba ZZVZ umožňuje ve fázi zpracovávání zadávacích podmínek uskutečnit tzv. tržní konzultace, na základě nichž je zadavatel schopen přesněji formulovat předmět plnění VZ, stanovit předpokládanou hodnotu VZ, stanovit adekvátní požadavky na kvalifikaci či další požadavky na dodavatele, které je nezbytné respektovat při plnění konkrétní VZ. Následně je zadavatel povinen jednoznačně identifikovat osoby, které byly účastníky předběžné tržní konzultace při zpracovávání zadávacích podmínek. Dále musí být uvedeny informace, které byly v rámci předběžné tržní konzultace poskytnuty a které informace byly takto získány¹⁸. Toto opatření je možné považovat rovněž za prevenci předcházení střetu zájmu.

Obdobná situace nastává i v případě, kdy část zadávací dokumentace zpracovala jiná osoba, jako např. v případě zadávací dokumentace na výběr dodavatele stavby, kdy významným podkladem pro jednoznačné vymezení předmětu plnění a zpracování položkového soupisu stavebních prací, služeb a dodávek je zpracování projektové dokumentace odborníkem, resp. projektantem. Takoví odborníci mohou svou činnost vykonávat na základě živnostenského oprávnění či mohou být zaměstnancem společnosti, která vykonává projekční činnosti

14 Bartoňová, L., *Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost*. Dostupné online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vyloucení-ucastníka-zadavacího-řízení-pro-nezpůsobilost-105964.html>, 2017.

15 § 122 odst. 4 ZZVZ.

16 § 124 odst. 3 ZZVZ.

17 Brychtová, R., Masopust, K., *Střet zájmu dle zákona o zadávání veřejných zakázek*. Dostupné online: <https://vedavyzkum.cz/legislativa-a-pravo/legislativa-a-pravo/stret-zajmu-dle-zakona-o-zadavani-verejnych-zakazek>, 2017.

18 Srov. § 36 odst. 4 ZZVZ.

i stavební. Z tohoto důvodu je nutné, aby zadavatelé při realizaci zadávacích řízení zodpovědně domýšleli, zda ta konkrétní znalost projektové dokumentace může mít významný vliv na okruh dodavatelů stavby či nikoli. Jak z výše uvedeného vyplývá, jednou nutností je jednoznačně identifikovat zhotovitele projektové dokumentace v zadávací dokumentaci. Dále má zadavatel možnost stanovit lhůtu pro podání nabídek přiměřenou s ohledem na složitost zpracování nabídky a možnosti řádného seznámení se zadávacími podmínkami.

Situace, kdy dodavatel stavby byl současně zpracovatelem projektové dokumentace, může být vnímána ostatními účastníky zadávacího řízení jako narušení hospodářské soutěže a tedy dochází ke střetu zájmu, neboť dochází k přímému propojení plnění VZ v rozsahu zpracování projektové dokumentaci, autorského dozoru a zhotovení stavby. Dle znění ZZVZ, komentářové literatury, rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) a příslušných soudů se shodují, že je v zadávacím řízení přípustná účast osoby podílející se na zpracování zadávací dokumentace pro toto zadávací řízení. Tzn. ten, kdo se podílel na zpracování zadávací dokumentace, tak mu nemůže být znemožněna účast v následném zadávacím řízení, tedy může se takový dodavatel později účastnit samotného zadávacího řízení¹⁹. S tímto názorem se setkáváme též v rozhodnutí ÚOHS: *„vybranému uchazeči v žádném případě nemohla být znemožněna účast v předmětném zadávacím řízení pouze z důvodu, že byl zpracovatelem předchozího stupně zadávací dokumentace.“*²⁰

V neposlední řadě má zadavatel možnost si sjednat se zhotovitelem podkladů pro zadávací dokumentaci, že následně se již nebude účastnit ani v podobě poddodavatele zadávacího řízení na výběr dodavatele plnění takové VZ. Pokud dodavatel svoji dohodu nedodrží, je právě na něm, aby zadavatel prokázal, že nebyl zvýhodněn.²¹

VZ na stavební práce budou doprovázet VZ na výkon technického dozoru stavebníka (dále jen „TDI“) a VZ na zajištění autorského dozoru. Tyto dvě činnosti jsou zadavatelé povinni zajistit v případě realizace staveb financovaných z veřejných rozpočtů²². TDI vykonává dohled nad kvalitou provádění stavebních prací a plnění podmínek plynoucích ze smlouvy, tj. správnost fakturace, harmonogram plnění apod. TDI zpravidla je vykonáván fyzickou osobou, neboť k této činnosti je vyžadováno zvláštní osvědčení o autorizaci k předmětné činnosti pro určitý druh stavebních prací vydaného v souladu se zvláštním zákonem. Vzhledem k tomu, že TDI ověřuje a osvědčuje, že dílo je zhotovováno řádně a plně v souladu s technickými požadavky na provedení stavby, tak se jeví jako důvodné pro tuto činnost zajistit osobu, která je zcela nezávislá na osobě zhotovitele stavby. V takovém případě je na místě, aby zadavatelé v zadávacích podmínkách uvedli, že osoba vykonávající TDI musí být zcela odlišná od osoby zhotovitele stavby. Tato podmínka byla vložena do stavebního zákona za účelem hospodárného, efektivního a účelného využívání finančních prostředků z veřejných zdrojů. Toto opatření má zajistit kvalitní plnění zaručující bezpečnost zhotovovaného díla. Je tak zajištěna dvojitá kontrola, jak vyplývá z komentáře k předmětnému stanovení stavebního zákona.

19 Srov. rozsudek SDEU ze dne 3. 3. 2015, *Fabricom SA v. Belgický stát ve spojené věci C-21/0230 a C-34/03*.

20 Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS820/2014/VZ-8396/2015/553/ADu ze dne 1. 4. 2015.

21 Brychtová, R., Masopust, K., *Střet zájmu dle zákona o zadávání veřejných zakázek*. Dostupné online: <https://vedavyzkum.cz/legislativa-a-pravo/legislativa-a-pravo/stret-zajmu-dle-zakona-o-zadavani-verejnych-zakazek>, 2017.

22 § 152 odst. 4 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů.

Jiná situace se jeví v případech výkonu autorského dozoru, neboť autorský dozor (dále jen „AD“) vykonává dozor nad prováděním stavebních prací v souladu se zpracovanou projektovou dokumentací. AD může i schvalovat změny v projektové dokumentaci a popř. doprojektovat tyto změny. Na základě této skutečnosti se jeví jako logické, aby AD vykonávala totožná osoba, která zpracovávala projektovou dokumentaci nebo osoba touto osobou pověřená. Projektová dokumentace je autorským dílem, musí tedy být poskytnuta autorská práva k úpravě projektové dokumentace osobou odlišnou od autora projektové dokumentace. Tuto možnost výkonu autorského dozoru si zadavatel musí smluvně ošetřit ve smlouvě na zpracování projektové dokumentace. Ovšem z výše uvedeného lze dovodit, že výkon autorského dozoru může vykonávat právě autor projektové dokumentace a i zhotovitel stavby, neboť z uvedené judikatury vyplývá, že zpracovatel projektové dokumentace nemusí být zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na zhotovitele stavby samotné.

V souvislosti s liniovými stavbami se dnes často využívají smluvní podmínky FIDIC, které pro koordinaci stavby zakotvují pojem „správce stavby“, který je osobou odlišnou od zadavatele i zhotovitele stavby, neboť pro výkon jeho svěřených funkcí má být osobou nezávislou. Správce stavby plní roli:

1. zastupování zadavatele, kdy dodavatel může považovat jednání správce stavby za jednání a pochybení zadavatele (např. pokyny správce stavby ke změnám díla),
2. správce stavby je zčásti neutrální třetí stranou, která je profesně připravena k udržení spravedlivé rovnováhy mezi dodavatelem a zadavatelem (např. při předcházení sporů). V rámci druhé role správce stavby může být též omezena i odpovědnost zadavatele za jednání správce stavby²³.

Správce stavby tedy vykonává obdobnou funkci na stavbě jako technický dozor stavebníka, a proto tato osoba musí být odlišná od osoby dodavatele stavby. I v tomto případě je možno předcházet střetu zájmu uvedením smluvní podmínky v uzavřené smlouvě se správcem stavby pro konkrétní stavební zakázku.

Závěr

Současné znění ZZVZ obsahuje definici pojmu „střetu zájmu“, kterou dále upřesňuje pro konkrétní situace, kde je nutno se střetem zájmu zabývat, a to v rovině prevenci i nápravných opatření. Je tedy patrné, že současná právní úprava týkající se veřejných zakázek věnuje větší a podrobnější pozornost střetu zájmu, neboť je považován za velmi významný pro výskyt ve veřejných zakázkách. Je to skutečnost, která má negativní vliv na výsledek zadávacích řízení.

Pojem je vymezen obecně, a proto konkrétní případy střetu zájmu z praxe přinese judikatura, kdy již v současné době je k dispozici mnoho rozhodnutí ÚOHS a rozsudků soudů k problematice podjatosti, resp. střetu zájmu osob podílejících se bezprostředně na přípravě a průběhu zadávacího řízení, tj. členů/náhradníků hodnotících komisí, odborníků přizvaných k posouzení nabídek a zpracování dokumentů pro VZ a osob zmocněných zadavatelem k výkonu zadavatelských činností.

23 Cit. Smluvní podmínky FIDIC, Klee L., 2. aktualizované vydání, nakladatelství Wolters Kluwer, Praha 2017, s. 20.

Přínosem ZZVZ je, že pomáhá zadavateli eliminovat střet zájmu v případě komunikace s potenciálními dodavateli při přípravě zadávacích podmínek v rámci předběžných tržních konzultací. Zadavatelé mnohdy nedisponují dostatečnými odbornými kapacitami osob z vlastních řad pro jednoznačnou a konkrétní specifikaci zadávacích podmínek, avšak zadavatel ví, co žádá po dodavateli, jenže neví, jak srozumitelně požadavky popsat a jak odborně zdatné dodavatelé pro zhotovení dané potřeby zadavatele jsou nutní. Zadavatelé tedy legálně mohou využívat za tímto účelem potenciální dodavatele, nicméně je musí jednoznačně identifikovat v zadávací dokumentaci včetně označení údajů, které jim byly poskytnuty a které dodavatelé poskytl.

Je tedy zjevné, že ZZVZ střet zájmu pojímá značně široce a zadavatel je povinen s tímto kooperovat v průběhu přípravy a průběhu zadávacího řízení, a to jak preventivními opatřeními, tak nápravnými opatřeními.

S ohledem na zvýšení pozornosti k pojmu „střetu zájmu“ je zjevné, že výskyt střetu zájmu ve veřejných zakázkách je možný, který dokládá i judikatura k této problematice.

LITERATURA

- [1] Bartoňová, L., *Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost*. Dostupné online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vylouceni-ucastnika-zadavaciho-rizeni-pro-nezpusobilost-105964.html>, 2017.
- [2] Brychtová, R., Masopust, K., *Střet zájmu dle zákona o zadávání veřejných zakázek*. Dostupné online: <https://vedavyzkum.cz/legislativa-a-pravo/legislativa-a-pravo/stret-zajmu-dle-zakona-o-zadavani-verejnych-zakazek>, 2017.
- [3] DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017.
- [4] DUFKOVÁ, I., KOTOUČEK, M., *Střet zájmu jako riziko podvodu*, Transparency International ČR, 2018, SBN: 978-80-87123-32-4.
- [5] KLEE, L., *Smluvní podmínky FIDIC*, 2. aktualizované vydání, nakladatelství Wolters Kluwer, Praha 2017, ISBN: 978-80-7552-161-3.
- [6] KRUTÁK, T., KRUTÁKOVÁ, L., GERYCH, J., *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016*, ANAG 2016, ISBN: 978-80-7554-040-9.
- [7] Nařízení č. 966/2012 Evropského parlamentu a Rady.
- [8] Rozsudek SDEU ze dne 3. 3. 2015, Fabricom SA v. Belgický stát ve spojené věci C-21/0230 a C-34/03.
- [9] Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS820/2014/VZ-8396/2015/553/ADu ze dne 1. 4. 2015.
- [10] Rozhodnutí Krajského soudu ze dne 31. 3. 2016, č. j. 31 Af 38/2014-57.
- [11] Rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-R340/2013/VZ-5568/2014/310/BVÍ, ze dne 17. 3. 2014
- [12] Směrnice č. 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.
- [13] Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.
- [14] Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů.

**Kontaktní adresa autora:
Ing. Mgr. Miroslava Sedláčková
Státní fond dopravní infrastruktury
Sokolovská 1955/278
190 00 Praha 9
E-mail: miroslava.sedlackova@sfdi.cz**

VEŘEJNOPRÁVNÍ ASPEKTY POSKYTOVÁNÍ PŘEPRAVNÍCH SLUŽEB V MODELU SHARING ECONOMY

Abstrakt: Příspěvek se věnuje vybraným právním otázkám spojeným s problematikou sdílené ekonomiky (*sharing economy*), konkrétně s provozováním služeb tzv. *vehicle-sharingu*, a to zejména z pohledu správního a trestního práva. Pozornost je zaměřena především na odpovědnost provozovatelů a uživatelů služeb *sharing economy* za správní a soudní delikty, jakožto i regulatorní a administrativní překážky stojící v cestě provozování těchto služeb v České republice.

Abstract: The paper deals with particular legal issues related to the phenomenon of the sharing (collaborative) economy, in particular with the provision of so-called vehicle-sharing services, especially from the perspective of administrative and criminal law. Attention is focused primarily on the responsibility of providers and users of the sharing economy services for administrative and criminal offenses, as well as regulatory and administrative obstacles to the operation of these services in the Czech Republic.

Klíčová slova: sdílená ekonomika, *vehicle-sharing*, odpovědnost za správní delikty, trestněprávní odpovědnost, poskytování služeb.

Key words: *sharing economy*, *vehicle-sharing*, responsibility for administrative offenses, criminal liability, provision of services.

Úvod

Sharing economy neboli sdílená ekonomika je pojem, který pravděpodobně bude přinejmenším povědomý každému bdělému divákovi, posluchači či čtenáři. Znovuobnovená myšlenka spoluspotřebitelství¹ se s poklesem zájmu o vlastnictví hospodářských statků dostala do pozornosti jak mnoha tradičních společností², tak společností zcela nových, od počátku vyznávajících náboženství sdílení jako výchozí filosofii svého podnikání. Skutečně velikého významu sdílená ekonomika nabyla v posledních letech, kdy evropská

1 Sdílená ekonomika, byť je často asociována právě s moderní dobou a elektronickými technologiemi, není fenoménem nikterak novým. Sdílení ekonomických statků doprovázelo lidstvo od počátku jeho existence, nabýváje přitom různých forem. Jako archaický příklad ekonomiky sdílení lze zmínit izraelské *kibbutzim*, které fungovaly na základě kolaborace členů komunity a kolektivního vlastnictví. Srov. např. ABRAMITZKY, R. The Limits of Equality: An Economic Analysis of the Israeli Kibbutz. *The Journal of Economic History*, č. 67/2, 2007, s. 495–499; ABRAMITZKY, R. Lessons from the Kibbutz on the Equality-Incentives Trade-Off. *Journal of Economic Perspectives*, č. 25/1, 2011, s. 185–208.

2 Jako příklad může sloužit projekt sdílení elektrických skútrů BeRider provozovaný pod záštitou platformy Škoda Auto DigiLab, či projekt elektrických koloběžek TIER E-Scooter, jehož realizace byla zahájena za spolupráce se společností AUDI AG v německém Ingolstadtu.

města ovládla sdílená auta, sdílená kola, sdílené nemovitosti, a nakonec i sdílené problémy. Příklad éry sdílení však kromě mnohamilionových výtěžků, stovek start-upů a zelených koloběžek přinesl i celou řadu nevyřešených právních otázek. Dynamické business-modely podnikatelů jednadvacátého století musely nevyhnutelně narazit na tisíce let starou zeď konzervativních právních pravidel, která se – jak už to bývá v právu zvykem – nechystala příliš rychle změnit, aby se přizpůsobila flexibilním požadavkům nově vzniklého ekonomického fenoménu. V tomto příspěvku se autor zaměří na výše ekonomiky sdílení, a sice na problematiku poskytování služeb sdílení v přepravě, konkrétně tedy na veřejnoprávní aspekty sdílení dopravních prostředků (tzv. *vehicle-sharing*) v České republice a poukáže na vybrané právní problémy spojené s touto činností.

1. Ekonomika sdílení a *vehicle-sharing*

*Sharing economy*³ (též *collaborative economy*, *peer-to-peer economy*, *access economy* či *pooling economy*) by se dala definovat jako způsob distribuce statků a služeb⁴, při kterém nedochází k přechodu vlastnictví a při kterém zúčastněné subjekty prostřednictvím platform pro spolupráci dočasně sdílejí jim dostupné zdroje s dalšími subjekty za účelem co nejefektivnějšího využívání těchto zdrojů⁵. Ekonomika sdílení coby poměrně obecný pojem přitom zastřešuje celou řadu ekonomických aktivit spojovaných stejnými či přinejmenším podobnými pojmovými znaky, kterými jsou (i) poskytování zboží či služeb (v širším smyslu aktiv, času, zdrojů a dovedností⁶) předem neomezenému okruhu uživatelů, (ii) zprostředkování tohoto sdílení prostřednictvím tzv. platform, a (iii) absence přechodu vlastnictví k předmětům sdílení⁷. V této souvislosti se sluší zmínit, že oproti původní myšlence spoluspotřebitelství spočívající ve sdílení zmíněných statků mezi spotřebiteli navzájem, přičemž úloha platform pro sdílení spočívala ve zprostředkování takových obchodů, v současné době ekonomice sdílení dominují především podnikatelské subjekty využívající modely sdílení jako základ pro vlastní výtěžeknou činnost, přičemž tomuto trendu výrazně přispěla mj. právě veřejnoprávní úprava podnikání v některých segmentech⁸. Právě z důvodu plurality pojetí sdílení ekonomiky jako takové hraje klíčovou roli postavení aktérů právních vztahů vznikajících v rámci poskytování *sharingových* služeb.

-
- 3 Angl. sdílená ekonomika či ekonomika sdílení. Všechny zmíněné pojmy budou v příspěvku nadále používány jako synonyma.
 - 4 HAMARI, J., SJÖKLINT, M., UKKONEN, A. The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, č. 67, 2016, s. 2047–2059.
 - 5 Srov. např. EVROPSKÁ KOMISE. *Sdělení Komise Evropskému Parlamentu, Radě, Evropskému Hospodářskému a Sociálnímu Výboru a Výboru Regionů – Evropský program pro ekonomiku sdílení*, COM (2016) 356/Final, Brusel, 2016, s. 3.
 - 6 Ibid.
 - 7 Viz STAŠA, J. *Sdílení vs. podnikání*. In: PICHRT, J., BOHÁČ, R., ELISCHER, D., KOPECKÝ, M., MORÁVEK, J. (ed.) *Sdílená ekonomika a delikty*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 108. Autor tohoto příspěvku se však s pojmovými znaky vymezenými v citované publikaci plně neztotožňuje, a to především proto, že takto formulované pojmové znaky nezahrnují tzv. profesionální služby *sharing economy* poskytované jedním podnikatelem vůči neomezenému počtu subjektů (viz dále).
 - 8 Jako relativně recentní příklad lze uvést komercializaci alternativní přepravní služby Uber, která se v důsledku autoritativního výkladu pojmu poskytování přepravních služeb (srov. např. Rozsudek Nejvyššího správního soudu Čj. 9 As 291/2016-136 či rozsudek Soudního dvora EU C-434/15) musela podřídit přísnějšímu režimu taxislužby, v důsledku čehož přestala být kvůli nutnosti splnění celé řady požadavků atraktivní pro příležitostní řidiče, a stala se tak jakousi alternativní taxislužbou. Dále srov. VÁCHA, J. *Nedostatků správního trestání v oblasti platformové přepravy osob*. In: PICHRT, J., BOHÁČ, R., ELISCHER, D., KOPECKÝ, M., MORÁVEK, J. (ed.) *Sdílená ekonomika a delikty*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 124–134. Srov. dále PICHRT, J., BOHÁČ, R., MORÁVEK, J. (ed.) *Sdílená ekonomika – sdílený právní problém?* Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 107–121.

1.1 Vehicle-sharing

Vehicle-sharingem neboli sdílením dopravních prostředků *largo sensu* se rozumí souhrn jakýchkoliv služeb sdílené ekonomiky, jejichž předmětem je přeprava osob. Služby spadající do této kategorie lze rozdělit na tři skupiny. První skupinu tvoří služby, jejichž předmětem je poskytování přepravních služeb *par excellence*, tedy služeb, v rámci kterých je uživatel přepravován řidičem vykonávajícím jízdu podle trasy určené uživatelem⁹. Takové služby se nejvíce blíží modelu taxislužby, přičemž poskytovatelé tyto služby většinou poskytují soustavně a za účelem dosažení zisku. Druhou skupinu představují služby, které by se daly označit za spolujízdy. V tomto případě je uživatel rovněž přepravován řidičem, oproti první kategorii však tento řidič nevykonává jízdu dle trasy určené uživatelem, nýbrž pouze „sváží“ uživatele po trase, kterou sám zvolil¹⁰. Typické také je, již vzhledem k náhodné povaze takových služeb, že poskytovatelé tyto služby neposkytují soustavně a jejich primárním cílem by neměla být výdělečná činnost, nýbrž (částečná) úhrada provozních nákladů na cestu.

Třetí skupinu – *vehicle-sharing stricto sensu* – tvoří služby spočívající ve sdílení dopravních prostředků. Tyto služby tedy spočívají v krátkodobém nájmu motorových či nemotorových vozidel (např. jízdní kola, elektrokola, elektrické koloběžky, skútry, auta atd.), přičemž typická pro tento pronájem je jednak absence řidiče (uživatel musí dopravní prostředek řídit sám), a jednak absence předem ujednaného místa vracení dopravního prostředku (tj. prostředek může být uživatelem zanechán na kterémkoliv z míst určených poskytovatelem k odložení dopravního prostředku). Zatímco o prvních dvou skupinách *vehicle-sharingu* bylo již na více místech pojednáno jinými autory, tento příspěvek se bude zabývat právě touto třetí skupinou služeb *vehicle-sharingu*, a sice sdílením dopravních prostředků *per se*.

1.2 Subjekty právních vztahů sharing economy

Z hlediska rozdělení rolí lze účastníky právních vztahů v modelu sdílené ekonomiky rozdělit na tři základní kategorie, a sice (i) uživatelé (*users*) služeb sdílené ekonomiky, (ii) poskytovatelé (*providers*) těchto služeb a (iii) provozovatelé platformy pro spolupráci, resp. sdílení služeb¹¹. Přítomnost těchto účastníků se pak odvíjí od toho, zda jsou služby sdílené ekonomiky poskytovány v tzv. podnikatelském režimu, či nikoliv. V případě nepodnikatelského režimu je tak posílena role provozovatelů platformy, prostřednictvím kterých uživatelé a poskytovatelé realizují své obchody. Platformy přitom mohou vykonávat jak prostou funkci prostoru pro střet nabídky s poptávkou, tak i další funkce (např. funkce garanční¹², organizační atd.). Potřeba přítomnosti platformy přitom přirozeně mizí v případě poskytování služeb *sharing economy* v podnikatelském režimu, a to díky singularitě poskytovatele služeb. Poskytovatel sice i v tomto případě používá jakousi platformu pro poskytování svých služeb většímu množství uživatelů (typicky mobilní aplikace), ve většině

9 Např. služby Uber či Taxify.

10 Např. služby BlaBlaCar či Mitfahrgelegenheit.

11 EVROPSKÁ KOMISE. *Evropský program pro ekonomiku sdílení* (op. cit.), 2016, s. 3.

12 Funkcí garanční se rozumí zprostředkování obchodů a s tím související zajištění bezpečnosti prováděných transakcí jak na straně uživatele, tak na straně poskytovatele služby. Zprostředkovatel v tomto případě jednak zajišťuje, že každá ze smluvních stran obdrží plnění, resp. protiplnění, a jednak to, že se smluvní strana, která v důsledku protiprávního jednání druhé smluvní strany utrpí škodu, bude moci efektivně a co nejrychleji zhojit, např. prostřednictvím zablokování určité částky na platební kartě druhé strany.

případů se však bude jednat o systém provozovaný samotným poskytovatelem, přičemž takový systém lze vzhledem k absenci nezúčastněného třetího za platformu *stricto sensu* označit jen stěží.

Vzhledem k podstatě samotného *vehicle-sharingu*, jehož samotná idea jakožto služby uspokojující potřebu okamžité přepravy v rámci určitého území implikuje existenci většího množství dopravních prostředků umístěných v různých částech předmětné oblasti tak, aby k těmto dopravním prostředkům byl zajištěn snadný přístup co největšího počtu uživatelů, výskyt nepodnikatelských subjektů zde bude spíše vzácnou výjimkou¹³. Z tohoto důvodu se autor v tomto příspěvku nebude zabývat postavením poskytovatelů služeb *vehicle-sharingu* z hlediska naplnění atributů podnikání vymezených v § 420 obč. zák.¹⁴ a následující text tedy vychází z konceptu tzv. profesionálního *vehicle-sharingu*.

2. Vehicle-sharing z pohledu správního práva

Provozování služeb sdílení dopravních prostředků – tedy krátkodobého pronájmu takových prostředků – může podléhat různým administrativním režimům v závislosti na povaze sdíleného dopravního prostředku, jelikož právě od typu vozidla se odvíjí řada veřejnoprávních omezení a dalších podmínek. Samotné správněprávní aspekty tohoto typu *vehicle-sharingu* se pak dají rozdělit na (i) administrativní odpovědnost za přestupky, (ii) veřejnoprávní podmínky provozování samotné činnosti¹⁵, (iii) veřejnoprávní souhlasy a povolení nezbytné pro provoz dopravních prostředků, a nakonec (iv) veřejnoprávní compliance provozu dopravních prostředků.

2.1 Kategorizace vozidel

Z hlediska aplikace norem správního práva tedy bude rozhodující především to, zda provozované vozidlo spadne do kategorie motorových vozidel podle § 2 písm. g) zákona o provozu na pozemních komunikacích¹⁶, či nikoliv. Z hlediska veřejnoprávní regulatoriky by se tedy dalo konstatovat, že v nejjednodušším možném režimu jsou provozovány služby sdílení jízdních kol coby nemotorových vozidel ve smyslu § 2 písm. h) zákona o provozu na pozemních komunikacích¹⁷. Jízdní kola nevybavená motorem totiž nemusejí podléhat žádným konstrukčním úpravám a jejich provoz lze v tomto případě považovat za bezproblémový.

Kdesi na pomezí motorových a nemotorových vozidel se nachází kola a koloběžky vybavené elektrickým motorem, u nichž se vyžadují konstrukční úpravy, aby mohly být provozovány v příznivějším režimu nemotorových vozidel. Z důvodů snah provozovatelů služeb *vehicle-sharingu* vyhnout se spadnutí kol a koloběžek vybavených elektrickým motorem do kategorie motorových vozidel jsou tato vozidla v drtivé většině případů vybavena motorem

13 Autorem zvolený okruh služeb *vehicle-sharingu* tak nezahrnuje kupř. spolujízdy, kterým naopak dominují subjekty nepodnikatelské, přičemž intervence subjektu podnikatelského by znamenala překvalifikaci režimu služby na poskytování služeb přepravy. Srov. např. VÁCHA, J. *Nedostatky správního trestání v oblasti platformové přepravy osob*. (op. cit.), 2018, s. 124–126.

14 Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

15 Tj. živnostenské či podnikatelské právo.

16 Zákon č. 361/2000 Sb. o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů.

17 Nemotorové vozidlo je zákonem definováno mj. jako vozidlo pohybuující se pomocí lidské nebo zvířecí síly, typicky jízdní kolo, ruční vozík nebo potahové vozidlo.

nepřekračujícím výkon stanovený příslušnými (prováděcími) předpisy¹⁸ a neumožňujícím jim dosáhnout rychlosti vyšší, než 25 km/h¹⁹. Tato vozidla jsou tedy dle stávajícího výkladu Ministerstva dopravy České republiky považována za vozidla nemotorová²⁰. „Nejpřísnější“ kategorii nakonec tvoří sdílená auta a motorky, resp. skútry, jejichž provozování např. klade kvůli požadavkům na vybavenost řidiče příslušným řidičským oprávněním vyšší nároky na proces *on-boardingu*²¹ uživatelů.

Zařazení elektrokol a elektrických koloběžek do kategorie nemotorových vozidel má nezanedbatelný význam z hlediska nároků na technickou způsobilost těchto vozidel. Na nemotorová vozidla se tak nevztahují zejména povinnost sjednání pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem těchto vozidel, elektrokola a elektrokoloběžky nepodléhají technickým kontrolám ani evidenci. Právě absence pojištění odpovědnosti se přitom stala terčem kritiky, a to zejména díky narůstajícímu množství sdílených dopravních prostředků především ve velkých městech, a s tím souvisejícímu nárůstu dopravních incidentů v těchto městech²². Nároky na bezpečnost provozu jsou v případě nemotorových vozidel oslabeny i na straně samotných řidičů, a to zejména díky absenci povinnosti mít při jízdě na těchto prostředcích helmu.

2.2 Identifikace uživatele

Prvním dílčím problémem z hlediska veřejnoprávní compliance je identifikace uživatele služeb *vehicle-sharingu*. V prvé řadě je nutné zdůraznit, že náležitá identifikace, která hraje důležitou roli především z hlediska naplnění požadavků na provoz dopravních prostředků, hraje rovněž důležitou roli z hlediska soukromoprávních nároků poskytovatele vůči uživatelům. Ponecháme-li však stranou soukromoprávní nároky, má provozovatel (každého) vozidla podle zákona o provozu na pozemních komunikacích povinnost zjistit potřebné údaje o osobě, které přikazuje či (v tomto případě) svěřuje vozidlo²³. V souvislosti s identifikací řidiče hovoří zákon o „*údaj[í]ch potřebn[ých] k určení (...) totožnosti [řidiče]*“²⁴. Zákon dále konkrétní údaje potřebné k určení totožnosti řidiče nespécifikuje a jakási výkladová vodítka právní praxi poskytuje zejména judikatura správních soudů²⁵. Ustanovení § 10

18 Zejm. vyhláška č. 341/2014 Sb. o schvalování technické způsobilosti a o technických podmínkách provozu vozidel na pozemních komunikacích a Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 168/2013 o schvalování dvoukolových nebo tříkolových vozidel a čtyřkolek a dozoru nad trhem s těmito vozidly.

19 Jedná se o maximální přípustnou konstrukční rychlost vozidla.

20 Srov. MINISTERSTVO DOPRAVY. *Metodický pokyn k používání elektrokol, elektrokoloběžek a podobných prostředků*. Praha, 2019. Dostupné online [cit. 16.10.2019]: [https://www.mdcra.cz/Dokumenty/Silnicni-doprava/Legislativa-silnicni-doprava-\(1\)/Silnicni-doprava-metodika-MD](https://www.mdcra.cz/Dokumenty/Silnicni-doprava/Legislativa-silnicni-doprava-(1)/Silnicni-doprava-metodika-MD).

21 Z angl. „nástup na palubu“ (původ zřejmě v letectví, resp. námořnictví) – jedná se souhrnné označení procesů spojených s přijetím a adaptací nového člena nebo uživatele, tedy zejména jeho počáteční identifikací.

22 Náměstek primátora pro dopravu Adam Scheinherr v rozhovoru pro zpravodajské medium iDnes kupříkladu uvedl: „*První podmínka, kterou budu požadovat, je povinné pojištění odpovědnosti, aby byl při incidentu zraněný okamžitě odškodněn. Trvat budu také na homologaci koloběžek, aby byly způsobilé pro jízdu na silnici, a chci jasně vyřešit i podmínky pro parkování koloběžek.*“ Viz iDnes. cz. Pravidla pro koloběžky Lime v Praze zprísni, společnost má platit zraněným. Praha, 2019 [cit. 2019-10-28]. Dostupné z: https://www.idnes.cz/praha/zpravy/praha-magistrat-rusi-memorandum-kolobezky-lime-nedodrzuji-pravidla.A191002_124814_praha-zpravy_rsr.

23 Srov. § 10 odst. 1 písm. d) a contrario zákona o provozu na pozemních komunikacích.

24 Ibid.

25 Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2011, č.j. 1 As 21/2011-52, Sb. č. 2414/2011: „*Pro splnění povinnosti vyplývající z § 10 odst. 1 písm. d) zákona č. 361/2000 Sb., o silničním provozu, nestačí znát jen okruh pravděpodobných řidičů, nýbrž je třeba vědět, které konkrétní osobě bylo příkazáno nebo svěřeno řízení vozidla, resp. komu bylo umožněno vozidlo řídit.*“

odst. 1 dále nerozlišuje vozidla motorová a nemotorová, což implikuje nutnost provedení náležitě identifikace řidiče též v případě nemotorových vozidel²⁶. Nesplněním povinnosti identifikace uživatele se tak poskytovatel služeb *vehicle-sharingu* může dopustit přestupku na úseku provozu na pozemních komunikacích podle § 125d odst. 1 písm. e) citovaného zákona, za který hrozí pokuta až do výše 100 000 Kč²⁷.

V souvislosti se shora uvedenou povinností identifikace uživatele se nabízí dvě otázky: jednak zda identifikace pomocí registrace v aplikaci může být považována za postačující způsob zjištění údajů potřebných k určení totožnosti řidiče, a jednak zda provozovatel může prostřednictvím registrace na dálku dostát povinnosti zajistit, aby vozidlo řídila osoba, která je dostatečně tělesně a duševně způsobilá k řízení a která v potřebném rozsahu ovládá řízení vozidla nebo jízdu na zvířeti a předpisy o provozu na pozemních komunikacích²⁸. Co se týče procesu *on-boardingu* nových uživatelů, je zcela zřejmé, že se na *on-boarding* v případě motorových vozidel budou klást přísnější nároky, než na *on-boarding* uživatelů vozidel nemotorových. V případě motorových vozidel je identifikační povinnost rozšířena o povinnost zjištění, zda je uživatel držitelem řidičského oprávnění pro příslušnou skupinu motorových vozidel²⁹. *On-boarding* by se v tomto případě měl provádět předložením alespoň dvou dokladů totožnosti (nejběžněji občanského a řidičského průkazu), z nichž by bylo možné zjistit jednak totožnost uživatele, a jednak ověřit, zda je držitelem potřebného řidičského oprávnění, alternativně předložením pouze řidičského průkazu a ověřením prostřednictvím dalšího faktoru (např. ověření podoby osoby prostřednictvím interaktivního pohovoru). Vzhledem ke snížené pravděpodobnosti padělání dvou dokladů najednou a kumulativní nutností připojení platební karty k účtu lze takový způsob ověření dle autora příspěvku považovat za dostačující.

Jako problematický se však z hlediska identifikace uživatele jeví proces *on-boardingu* v případě vozidel nevyžadujících řidičské oprávnění, kde většina poskytovatelů služeb *vehicle-sharingu* podnikajících na území České republiky³⁰ z důvodu co největšího zrychlení registrace a zlepšení *user-experience* nevyžaduje žádný doklad totožnosti a identifikace se tak kromě vyplnění formuláře uskutečňuje pomocí emailové adresy a platební karty. Otázku, zda tento způsob identifikace lze považovat za dostačující s ohledem na povinnost zjištění údajů potřebných k určení totožnosti řidiče, zdá se pomůže zodpovědět pouze rozhodovací praxe správních orgánů, ale i správních soudů, přičemž tato otázka dle autorovi dostupných informací prozatím nebyla předmětem výkladu. Je však nutné dodat, že praktická vymahatelnost přestupku dle § 125d odst. 1 písm. e) zákona o provozu na pozemních komunikacích v případě nemotorových vozidel se zdá být velmi malá, a to především vzhledem k absenci identifikačních znaků takových vozidel. Zatímco tedy v případě vozidel motorových může být provozovateli vozidla *ex post* zaslána výzva ke sdělení totožnosti řidiče, u vozidel nemotorových je pravděpodobnost výskytu takové situace vzhledem k téměř ab-

26 Srov. § 2 písm. f) a § 10 odst. 1 *a contrario* zákona o provozu na pozemních komunikacích.

27 VETEŠNÍK, P., JEMELKA, L., POTĚŠIL, L., VETEŠNÍKOVÁ, E., ADAMEOVÁ, Z., BOHUSLAV, L. *Dopravní právo*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 367–375.

28 Srov. § 3 odst. 2 a § 10 odst. 1 písm. b) citovaného zákona.

29 *Ibid.*, § 3 odst. 3 písm. a).

30 V rámci zkoumání procesů *on-boardingu* se autor seznámil s procesy aplikací Lime, ReKolo a Freebike.

solutní nemožnosti identifikace vozidla spíše mizivá. Lze tedy konstatovat, že ustanovení o identifikaci řidiče v případě nemotorových vozidel, byť je provozovateli *vehicle-sharingu* v České republice potenciálně porušováno, se zdá být spíše obsoletní a *de facto* vybavené slabou vymahatelností.

2.3 Způsobilost k řízení

Za nejproblematictější lze z hlediska identifikace uživatele považovat povinnost zajištění způsobilosti takového uživatele k řízení. V případě dálkového *on-boardingu* není totiž zjištění tělesného a duševního stavu uživatele, jakožto i jeho dovednostem věnována žádná pozornost³¹. Za přinejmenším pochybné lze v tomto ohledu považovat potenciální smluvní prohlášení uživatele o tom, že potřebné řídicí schopnosti má, jakožto i jeho přistoupení na smluvní podmínky zahrnující např. zákaz řízení vozidla pod vlivem návykových látek, a to především vzhledem k zásadě nezávislé aplikaci soukromého a veřejného práva³². Provozovatel služeb *vehicle-sharingu* se tedy v případě porušení povinnosti zjistit, resp. zajistit způsobilost uživatele služeb k řízení vozidla, může dopustit přestupku dle § 125d odst. 1 písm. b) zákona o provozu na pozemních komunikacích.

Otázkou však zůstává, jak, resp. zda je možné zajistit naplnění požadavků § 10 odst. 1 písm. b) zákona o provozu na pozemních komunikacích v případě poskytování služeb *vehicle-sharingu* na základě interaktivních platform. Jako možné řešení by se tedy nabízela nutnost vyplnění disclaimeru (včetně upozornění na nezákonnost řízení ve stavu nezpůsobilosti) před každou jízdou či omezení přístupu k aplikaci v „kritických“ časech, kupříkladu prostřednictvím zavedením interaktivního klíče k aplikaci vylučujících z řízení alespoň absolutně nezpůsobilé řidiče. Přístup k aplikaci tohoto ustanovení na služby *vehicle-sharingu* však prozatím stále zůstává nejasný vzhledem k absenci rozhodovací praxe v této oblasti a relevantní výklad těchto ustanovení tak zdá se poskytnout až praxe.

3. *Vehicle-sharing* z pohledu trestního práva

Na podzim roku 2019 byl zastupitelstvem Městské části Prahy 2 nejdříve oznámen záměr³³ podat trestní oznámení na společnost Lime Network s.r.o. provozující *sharing* elektrických koloběžek známých pod označením Lime, a následně bylo toto trestní oznámení podáno³⁴, a to pro podezření ze spáchání trestného činu obecného ohrožení podle § 272 trestního zákoníku³⁵. Uvedeného trestného činu se společnost Lime Network s.r.o.³⁶ měla dopustit tím, že zvýšila obecné nebezpečí tím, že vydala lidi v nebezpečí smrti nebo těžké újmy na zdraví nebo cizí majetek v nebezpečí škody velkého rozsahu, resp. odvrácení či

31 „Pokud jde o osobu řidiče, pak se provozovatel vozidla musí předem ujistit (většinou na základě vlastní znalosti této osoby), že je dostatečně tělesně a duševně způsobilá k řízení vozidla a v potřebném rozsahu ovládá řízení vozidla a předpisy o provozu na pozemních komunikacích (...).“ Viz KOVALČÍKOVÁ, D., ŠTANDERA, J. Komentář k § 10. In: KOVALČÍKOVÁ, D., ŠTANDERA, J. *Zákon o provozu na pozemních komunikacích*. 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2012, s. 51.

32 Ust. § 1 odst. 1 věty druhé občanského zákoníku.

33 Viz např. MČ Praha 2: *Městská část Praha 2 chce přimět společnost Lime k respektování dohod o provozu elektrokoloběžek* [cit. 30.10.2019]. Dostupné z: <http://m.praha2.cz/Mestska-cast-Praha-2-chce-primet-spolecnost-Lime-k-respektovani-dohod-o-provozu-elektrokolobezek-1.html>.

34 Sp. zn. KRPA-336453/TČ-2019.

35 Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

36 Coby právnická osoba trestaná dle zákona č. 418/2011 Sb. o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

zmírnění takového nebezpečí ztížila. Ohrožení přitom mělo spočívat zejména v tom, že uživatelé služeb Lime soustavně nerespektovali jak pravidla provozu na pozemních komunikacích, tak smluvní ustanovení obchodních podmínek poskytovatele služeb, přičemž docházet mělo zejména k ohrožování chodců na chodnících.

Dle názoru autora tohoto příspěvku však kvalifikace shora popsaného jednání jako trestného činu nemá v trestním stíhání šanci na úspěch. V prvé řadě je nutno podotknout, že trestný čin obecného ohrožení je v základní skutkové podstatě trestným činem úmyslným³⁷, přičemž úmysl provozovatele služeb Lime by se v tomto případě nejspíše dovodit nedal. V řadě druhé je přinejmenším pochybné, zda by uvedené jednání mohlo být posouzeno jako dostatečně společensky škodlivé, aby prošlo materiálním korektivem trestní odpovědnosti³⁸. Přestože by dle názoru autora zvolená klasifikace v trestním stíhání obstát neměla a podání trestního oznámení hrálo v tomto případě spíše roli jakéhosi politického nástroje, myšlenka ohrožovací povahy sdílených dopravních prostředků jako taková bezpochyby stojí za zvážení a nebezpečnost jejich provozu by měla být brána v potaz jak při nastavování business-modelů, tak při legislativní tvorbě.

4. De lege ferenda?

Dne 15. června 2019 nabylo v sousedním Německu účinnosti Nařízení o účasti elektrických vozidel na silnici (eKFV³⁹), která zavedla nová pravidla provozu dopravních prostředků vybavených elektrickým motorem. Německo tak uvedenou vyhláškou reagovalo na nyní již nikoliv náhodný výskyt elektrokol a elektrokoloběžek na pozemních komunikacích a zpřísnilo podmínky pro provozování těchto vozidel⁴⁰. Jednou ze zásadních novinek se stalo zavedení povinného pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem elektrických vozidel, a dále také vybavení těchto vozidel (včetně koloběžek) registrační značkou⁴¹. Reklasifikace dopravních prostředků využívaných v rámci služeb *vehicle-sharingu* se tedy nabízí jako jedno z možných řešení stále stupňující „sdílené“ krize, kterou prožívají zejména větší evropská města, a jako prostředek k zajištění větší bezpečnosti provozu těchto vozidel na pozemních komunikacích⁴². Přestože se prozatím jeví jako poměrně předčasné hodnotit dopady nové právní úpravy na podnikání v oblasti *vehicle-sharingu* a na provoz sdílených vozidel na pozemních komunikacích, německá právní úprava by mohla posloužit jako inspirace pro další členské státy, a stát se tak začátkem nové éry regulace sdílené mobility.

37 Srov. JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 7. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2019, s. 743–764.

38 Ust. § 12 odst. 2 trestního zákoníku.

39 Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am Straßenverkehr (Elektrokleinstfahrzeuge-Verordnung – eKFV) von 6. Juni 2019 (BGBl. I S. 756).

40 Srov. např. HUPPERTZ, B. Die neue Elektrokleinstfahrzeuge-Verordnung. *NZV – Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, č. 32, 2019, s. 387–391.

41 Srov. SCHÄLER, M. Einführung einer Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am Straßenverkehr (eKFV). *Straßenverkehrsrecht*, č. 19. Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2019, s. 292–296. Dále viz TERNIG, E. Verordnung für Elektrokleinstfahrzeuge im deutschen Straßenverkehr. *Deutsches Autorecht*, č. 89, 2019, s. 284–290.

42 Srov. HAGE, S., KÜHN, A., MINGELS, G., NEFZGER, E., RAINER, A., TRAUFFETTER, G., WÜST, C., ZUBER, H. Ohne Helm und Verstand. *Der Spiegel*. č. 37, 2019, s. 60–65.

Závěr

Provozování služeb *vehicle-sharingu* v České republice klade zvýšené nároky na *compliance* takového provozu s veřejnoprávními předpisy, přičemž některé povinnosti vyplývající především z norem správního práva provozovateli služeb *vehicle-sharingu* potenciálně nejsou dodržovány. Poskytovatelé služeb se tak mohou dopustit celé řady přestupků kupříkladu na úseku provozu na pozemních komunikacích, či dokonce trestných činů. Vzhledem k nárůstu množství vozidel provozovaných formou *vehicle-sharingu* se jako vhodné řešení současné „sharingové krize“ nabízí větší regulace provozu vozidel vybavených elektrickým motorem na pozemních komunikacích a zavedení konkrétnějších požadavků jak na technickou způsobilost těchto vozidel, tak např. na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou jejich provozem.

LITERATURA

- [1] ABRAMITZKY, R. Lessons from the Kibbutz on the Equality-Incentives Trade-Off. *Journal of Economic Perspectives*, č. 25/1, 2011, s. 185–208.
- [2] ABRAMITZKY, R. The Limits of Equality: An Economic Analysis of the Israeli Kibbutz. *The Journal of Economic History*, č. 67/2, 2007, s. 495–499.
- [3] EVROPSKÁ KOMISE. *Sdělení Komise Evropskému Parlamentu, Radě, Evropskému Hospodářskému a Sociálnímu Výboru a Výboru Regionů – Evropský program pro ekonomiku sdílení*, COM (2016) 356/Final, Brusel, 2016.
- [4] HAGE, S., KÜHN, A. MINGELS, G., NEFZGER, E., RAINER, A., TRAUFFETTER, G., WÜST, C., ZUBER, H. *Ohne Helm und Verstand*. *Der Spiegel*. č. 37, 2019, s. 60–65.
- [5] HAMARI, J., SJÖKLINT, M., UKKONEN, A. The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, č. 67, 2016, s. 2047–2059.
- [6] HUPPERTZ, B. Die neue Elektrokleinstfahrzeuge-Verordnung. *NZV – Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, č. 32, 2019, s. 387–391.
- [7] JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 7. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Leges, 2019.
- [8] KOVALČÍKOVÁ, D., ŠTANDERA, J. *Zákon o provozu na pozemních komunikacích*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012.
- [9] PICHRT, J., BOHÁČ, R. ELISCHER, D., KOPECKÝ, M., MORÁVEK, J. (ed.) *Sdílená ekonomika a delikty*. Praha: Wolters Kluwer, 2018.
- [10] PICHRT, J., BOHÁČ, R., MORÁVEK, J. (ed.) *Sdílená ekonomika – sdílený právní problém?* Praha: Wolters Kluwer, 2017.
- [11] SCHÄLER, M. Einführung einer Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am Straßenverkehr (eKFV). *Straßenverkehrsrecht*, č. 19. Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2019, s. 292–296.
- [12] TERNIG, E. Verordnung für Elektrokleinstfahrzeuge im deutschen Straßenverkehr. *Deutsches Autorecht*, č. 89, 2019, s. 284–290.

- [13] TREMBLAY-HUET, S. Law and the “Sharing Economy”: Regulating Online Market Platforms. *University of Ottawa Press*, 2018.
- [14] VETEŠNÍK, P., JEMELKA, L., POTĚŠIL, L., VETEŠNÍKOVÁ, E., ADAMEOVÁ, Z., BOHUSLAV, L. *Dopravní právo*. Praha: C. H. Beck, 2016.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Vladimír Sharapaev
Katedra občanského práva
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
Nám. Curieových 901/7
116 40 Praha 1 – Staré Město
E-mail: vladimir.sharp@seznam.cz

DEVOLUTÍVNY ÚČINOK ROZKLADU PODANÉHO PROTI PRVOSTUŇOVÉMU ROZHODNUTIU NÁRODNEJ BANKY SLOVENSKA?

Abstrakt: Výstupom konania vo veciach dohľadu je rozhodnutie Národnej banky Slovenska, tj. individuálny správny akt. Keďže ide o ingerenciu verejnej moci do právneho postavenia právnických a fyzických osôb či fyzických osôb – podnikateľov, platná právna úprava zakotvuje mechanizmus vedúci za predpokladu splnenia zákonných podmienok k preskúmaniu rozhodnutia Národnej banky Slovenska. Rozklad proti prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska sa podáva útvaru dohľadu nad finančným trhom Národnej banky Slovenska a má iba za zákonne stanovených podmienok odkladný účinok. Má predmetný riadny opravný prostriedok aj devolutívny účinok?

Abstract: The outcome of the supervisory proceedings is the decision of the National Bank of Slovakia, an individual administrative act. Since it is the interference of public power in the legal status of legal and natural persons or natural persons – entrepreneurs, the current legislation anchors the mechanism leading under the fulfillment of legal conditions to review the decision of the National Bank of Slovakia. The remonstrance against the first-instance decision of the National Bank of Slovakia is submitted to the Financial Market Supervision Department of the National Bank of Slovakia and has a suspensory effect only under the statutory conditions. Does the ordinary appeal at issue also have a devolutive effect?

Klíčová slova: prvostupňové rozhodnutie, riadny opravný prostriedok – rozklad, útvar dohľadu nad finančným trhom Národnej banky Slovenska, devolutívny účinok.

Key words: first-instance decision, ordinary remedy – remonstrance, Financial Market Supervision Unit of the National Bank of Slovakia, devolutive effect.

1. Konanie vo veciach dohľadu

Právna úprava regulujúca správnoprocesné konanie vzťahujúce sa vybrané rozhodovacie procesy v oblasti finančného trhu prešla určitým vývojom od dvojkoľajnosti k integrácii. Do dňa 31. decembra 2005 Úrad pre finančný trh vykonával správnoprocesné konanie predovšetkým v oblasti kapitálového trhu, poisťovníctva a dôchodkového sporenia. Úradu pre finančný trh patrilo významné postavenie najmä vzhľadom na rozhod-

vane o právach a povinnostiach fyzických a právnických osôb v licenčných procesoch.¹ Subjekty, ktoré Úrad pre finančný trh dohliadal bol oprávnený za zákonných podmienok sankcionovať. Pre oblasť bankovníctva bola orgánom dohľadu a uskutočňovala správno-procesné konania Národná banka Slovenska.

S cieľom zamedziť predmetnej dvojkolajnosti došlo k zrušeniu Úradu pre finančný trh a jeho pôsobnosť prešla na Národnú banku Slovenska.² Táto ako nezávislá centrálna banka Slovenska začala zastrešovať dohľad nad celým slovenským finančným trhom. Odo dňa 1. januára 2006 môžeme hovoriť v podmienkach SR o vzniku integrovaného dohľadu nad finančným trhom. S organizačnou integráciou priamo súvisela integrácia procesnoprávna, predtým dve oddelené správno-procesné konania a dohľadacie postupy sa integrovali do jednotného dohľadacieho postupu a jedného konania vo veciach dohľadu, ktoré upravuje jeden predpis – zákon č. 747/2004 Z. z., o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o dohľade nad finančným trhom“).³ Tento právny predpis je možné považovať za lex generalis v oblasti finančno-právnej regulácie, ktorý je zároveň aj procesným predpisom pre konania (najmä povoloňacie a sankčné konania), vedené Národnou bankou Slovenska.⁴ Právna úprava obsiahnutá v tretej časti zákona o dohľade nad finančným trhom sa nazýva konanie vo veciach dohľadu.

Konanie vo veciach dohľadu môžeme charakterizovať ako postup Národnej banky Slovenska, účastníkov konania a tretích osôb zúčastnených na konaní pri vydávaní, preskúmaní a realizácii individuálnych správnych aktov, ktorý je upravený procesnými finančno-právnymi normami.⁵ Predmetná regulácia umožňuje Národnej banke Slovenska plniť úlohu istého korektívu. A to prostredníctvom konania, ktoré vedie a v ktorom je oprávnená rozhodovať o sankcionovaní dohliadaných subjektov a o povolení, resp. nepovolení vykonávania činnosti subjektom na finančnom trhu. Z uvedeného je zrejmé, že v rámci konaní vo veciach dohľadu môžeme v zásade rozlíšiť povoloňacie a sankčné konania.

1. 1 Prvostupňové konania – Povoľovacie konania

V povoloňacom konaní prejavuje vôľu Národná banka Slovenska ako orgán verejnej moci v konkrétnej veci vzťahujúcej sa na individuálne určenú osobu. Povoľovacie konanie, definujeme ako konanie *sui generis* vedené v prvom stupni spravidla útvarom dohľadu nad finančným trhom Národnej banky Slovenska, výsledkom ktorého je individuálny správny akt umožňujúci, zamedzujúci výkonu podnikania⁶ či uskutočneniu úkonu na finančnom trhu.⁷

1 BALKO, L. a kol.: *Právna úprava finančného trhu v slovenskom právnom systéme: Právo finančného trhu*. Bratislava: EPOS, 2003, s. 443.

2 Porovnaj ustanovenie § 45 ods. 1 zákona o dohľade nad finančným trhom.

3 SIDAK, M., SLEZÁKOVÁ, A. a kol.: *Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2014, s. 49.

4 Tamže, s. 31.

5 SIDAK, M., DURAIČINSKÁ, M. a kol.: *Finančné právo*. Bratislava: C. H. Beck, 2012, s. 431.

6 Ide spravidla o povolenie alebo licenciu, ktorým sa udeľuje príslušné povolenie na vykonávanie činnosti.

7 Ide spravidla o predchádzajúci súhlas Národnej banky Slovenska alebo súhlas Národnej banky Slovenska.

1. 2 Prvostupňové konania – Sankčné konania

Ak dôjde k porušeniu právnych noriem, ktorých špecifickým znakom je vynútiteľnosť, je možné za zákonných podmienok použiť štátne donútenie.⁸ Dôvod existencie sankcií spočíva v skutočnosti, že zaistenie platnosti a efektívnosti noriem je možné, ak ich porušenie bude sledované a v dostatočnom rozsahu skutočne sankcionované. Od povolovacieho konania je nevyhnutne potrebné odlíšiť sankčné konanie, na ktoré sa taktiež vzťahujú procesné normy obsiahnuté v ustanoveniach § 12 až § 34a zákona o dohlade nad finančným trhom, avšak jeho výsledkom je individuálny správny akt ukladajúci sankciu.⁹ Svojím faktickým pôsobením je daný druh rozhodnutia Národnej banky Slovenska pre účastníka konania negatívny. Uplatňovanie zodpovednosti za správne delikty je neoddeliteľnou súčasťou výkonu verejnej správy.¹⁰ Uložením sankcie vzniká nová právna povinnosť, ide o ujmu, ktorá je obsahom sankcie.¹¹

1. 3 Funkčná príslušnosť

Na plnenie vymedzených úloh pri dohlade nad dohliadanými subjektmi v rámci finančného trhu boli v Národnej banke Slovenska zriadené organizačné útvary (ďalej len „útvary dohľadu nad finančným trhom“) uskutočňujúce konanie a rozhodovanie v prvom stupni vo veciach dohľadu nad finančným trhom vrátane ochrany finančných spotrebiteľov, ak zákon o dohlade nad finančným trhom alebo osobitný zákon neustanovuje inak.¹² Predmetná organizačná jednotka je špecifická v tom, že je organizačným útvarom vytvoreným prierezovo vedľa a nad dovtedy existujúcou organizačnou štruktúrou Národnej banky Slovenska, kde najvyššími organizačnými jednotkami boli od jej vzniku v roku 1993 úseky.¹³ Podľa Výročnej správy NBS za rok 2007, bol zriadený v roku 2006 a mal povahu tzv. integrovaného útvaru.¹⁴ „Funkcia dohľadu je v rámci organizačnej štruktúry Národnej banky Slovenska zreteľne odlíšená od jej ostatných funkcií, a k organizačnému a riadiacemu prepojeniu dochádza až na úrovni Bankovej rady Národnej banky Slovenska.“¹⁵ „Útvary dohľadu nad finančným trhom nesmie vykonávať iné úlohy, ktoré by mohli ohroziť jeho nezávislosť a nestrannosť.“¹⁶

Dodávame, že zákon o dohlade nad finančným trhom obsahuje aj reguláciu umožňujúcu atrakciu a delegovanie. Atrahovanie predstavuje prípady, v ktorých nadriadený orgán stiahne na seba kompetenciu nečinného podriadeného orgánu konať a vydať rozhodnutie v prvom stupni.¹⁷ „Podmienkami uplatnenia atrakcie podľa § 31 zákona o dohlade nad

8 PRÁŠKOVÁ, H.: *Základy odpovědnosti za správní delikty*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 17.

9 Výsledkom prvostupňového sankčného konania môže byť aj procesné rozhodnutie (napr. o zastavení konania). Od uvedeného prípadu však abstrahujeme.

10 PRŮCHA, P.: *Správní právo. Obecní část*. 8. vydání. Brno-Plzeň: nakladatelství Doplněk a vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 385.

11 PRÁŠKOVÁ, H.: *Základy odpovědnosti za správní delikty*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 18.

12 Porovnaj ustanovenie § 5 ods. 1 zákona o dohlade nad finančným trhom.

13 JEDINÁK, P., WINKLER, M.: § 5 in SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohlade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 94.

14 Dostupné z https://www.nbs.sk/_img/Documents/_Publikacie/Vyrocnasprava/VSNBS07.pdf, s. 109 [cit. 31.10.2019].

15 JEDINÁK, P., WINKLER, M.: § 5 in SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohlade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 97.

16 Tamže.

17 BABČÁK, V.: *Slovenské daňové právo*. Bratislava: EPOS, 2012, s. 365.

finančným trhom sú nečinnosť útvaru dohľadu nad finančným trhom, resp. niektoré ďalšie okolnosti, podmienka subsidiarity, t.j. nápravu nemožno dosiahnuť inak.¹⁸

2. Rozklad – riadny opravný prostriedok

Právna teória rozdeľuje opravné prostriedky proti rozhodnutiam orgánov verejnej správy na riadne, ktoré smerujú proti neprávoplatným rozhodnutiam orgánov verejnej správy a opravné prostriedky mimoriadne, smerujúce proti právoplatným rozhodnutiam orgánov verejnej správy.¹⁹ Rozklad, keďže smeruje proti neprávoplatnému rozhodnutiu útvaru dohľadu nad finančným trhom predstavuje riadny opravný prostriedok. Právne normy regulujúce rozhodovanie o rozklade zabezpečujú nápravu nesprávnych individuálnych správnych aktov. Ide o nesprávnosť objektívnu. Dôvody objektívnej nesprávnosti možno rozdeliť na vady rozhodnutia (*error in iudicando*) a vady konania (*error in procedendo*).²⁰

„Error in iudicando je daný vtedy, ak:

- ◆ *bol nesprávne alebo neúplne zistený skutkový stav veci (tieto vady sa označujú ako skutkové),*
- ◆ *správne zistený skutkový stav veci bol nesprávne právne posúdený (tieto vady sa označujú ako hmotnoprávne), keďže*
- ◆ *nebola aplikovaná správna právna norma alebo*
- ◆ *síce bola aplikovaná správna právna norma, avšak jej obsah bol interpretovaný nesprávne alebo*
- ◆ *správnu právnu normu správne interpretoval, ale na zistený skutkový stav ju nesprávne aplikoval.*²¹

„Error in procedendo existuje vtedy, ak sa pri uskutočňovaní konania nedodrжали všetky zákonom stanovené pravidlá, v čoho dôsledku konanie trpí vadami (tieto sa označujú aj ako procesnoprávne), ktoré možno rozdeliť na:

- ◆ *vady, ktoré majú za následok zmätočnosť rozhodnutia,*
- ◆ *iné vady, ktoré mali alebo mohli mať vplyv na správnosť rozhodnutia (možnosť nesprávneho rozhodnutia nemožno hodnotiť všeobecne, ale vždy so zreteľom na povahu veci na okolnosti konkrétneho prípadu).*²²

18 WINKLER, M.: § 31 in SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohľade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 301.

19 HAŠANOVA, J.: *Vymožiteľnosť práva vo verejnej správe*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2010, s. 48.

20 FICOVÁ, S. a kol.: *Občianske právo procesné. Základné konanie*. Bratislava: VO Praf UK, 2005, s. 338.

21 Tamže.

22 Tamže.

3. Rozklad voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska a jeho účinky

Rozklad predstavuje jednostranný prejav vôle účastníka konania vyúsťujúci do procesného postupu autoremedúry, alebo do preskúmania predmetného individuálneho správneho aktu druhým stupňom – Bankovou radou Národnej banky Slovenska. Ide o procesný úkon, pri ktorom sa uplatňuje dispozičná zásada. Dispozičná zásada sa taktiež uplatňuje pri vzdaní sa rozkladu, ako aj pri späťvzati rozkladu v celom rozsahu.

V zmysle procesnej teórie má oprávnenou osobou, riadne a včas podaný opravný prostriedok, suspenzívny a devolutívny účinok.²³ Ako už bolo spomenuté, rozklad voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska predstavuje riadny opravný prostriedok a v nasledujúcom texte venujeme pozornosť suspenzívnemu účinku, ako aj skutočnosti, či je rozklad späť s devolutívnym účinkom.

3.1 Suspenzívny účinok

V platnej právnej úprave zákonodarca zakotvuje, že podanie rozkladu ako riadneho opravného prostriedku voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska zásadne nemá odkladný účinok, ibaže zákon o dohľade nad finančným trhom či osobitné právne predpisy regulujúce jednotlivé sektory finančného trhu ustanovia inak. Zákonodarca výslovne pomenúva skupinu rozhodnutí Národnej banky Slovenska, pri ktorých v prípade, že účastník konania doručí opravný prostriedok nastáva suspenzívny účinok. Ide o rozklad podaný voči:

- ◆ prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska, ktorým bolo rozhodnuté o uložení pokuty podľa zákona o dohľade nad finančným trhom či podľa osobitného zákona regulujúceho niektorý zo sektorov finančného trhu,
- ◆ prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska, ktorým bolo rozhodnuté o odobratí povolenia alebo licencie, ktoré boli udelené dohliadanému subjektu podľa osobitného zákona.²⁴

Daná regulácia je logickým dôsledkom skutočnosti, že predmetné rozhodnutia Národnej banky Slovenska predstavujú zásah do sféry podnikania dohliadaného subjektu, keďže buď ovplyvnia výsledok jeho hospodárskej činnosti (napr. pokuta) alebo definitívne zabránia podnikaniu na finančnom trhu (napr. odobratie príslušného povolenia či licencie).

Suspenzívny účinok vyvolá rozklad za kumulatívneho naplnenia podmienok, ktorými sú:

- ◆ podanie rozkladu je prípustné,
- ◆ rozklad podal oprávnený subjekt,
- ◆ rozklad bol podaný včas,
- ◆ zákon o dohľade nad finančným trhom či osobitný zákon odkladný účinok nevylučujú.

Suspenzívny účinok môže byť vyvolaný podaným rozkladom voči takému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska, ktoré má vykonateľný obsah (napr. je späť so stratou práva, ukladá niečo plniť, strpieť či niečoho sa zdržať). Odkladný účinok vedie k tomu, že až do

23 KUČEROVÁ, E.: *Správne konanie. Komentár*. 2. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2002, s. 117.

24 Porovnaj ustanovenie § 29 ods. 4 zákona o dohľade nad finančným trhom.

rozhodnutia o danom riadnom opravnom prostriedku nemožno realizovať výkon rozhodnutia Národnej banky Slovenska, ergo nastáva odklad plnenia povinnosti. Odkladný účinok sa prejavuje v dvoch smeroch:

- ◆ vo vzťahu k právoplatnosti napadnutého rozhodnutia a
- ◆ vo vzťahu k jeho vykonateľnosti.²⁵

Otázkou ostáva, či má rozklad ako riadny opravný prostriedok podaný voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska devolutívny účinok.

3.2 Devolutívny účinok

Z platnej právnej úpravy vyplýva, že v konaní vo veciach dohľadu je vylúčená subsidiárna aplikácia zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok“). Konanie vo veciach dohľadu však predstavuje osobitné správnoprocesné konanie. A preto máme za to, že je možné naň aplikovať analogicky právne názory vzťahujúce sa na správne konanie.

Dôsledkom devolutívneho účinku je prechod právomoci rozhodnúť o tomto riadnom opravnom prostriedku na odvolací orgán.²⁶ A to za podmienky, že správny orgán prvého stupňa nevyužil autoremedúru.²⁷ Podstatou devolutívneho účinku je, že nerozhoduje rovnaký orgán, ktorý napadnuté rozhodnutie vydal.²⁸ Znamená prechod funkčnej príslušnosti k vydaniu rozhodnutia vo veci samej zo správneho orgánu, ktorý vo veci rozhodol v prvom stupni na iný orgán.²⁹ Ide o najbližšie nadriadený správny orgán.³⁰

Rozkladové konanie predstavuje v poňatí správneho poriadku porovnateľnú alternatívu odvolacieho konania, v prípadoch, keď v prvom stupni rozhoduje správny orgán, nad ktorým už nie je inštančne vyšší správny orgán.³¹ Uvedené platí analogicky v podmienkach rozhodovacej činnosti Národnej banky Slovenska v oblasti finančného trhu. Podľa J. Sobiharda je oproti odvolaniu pre rozklad charakteristické, že sa pri ňom neuplatňuje devolutívny účinok odvolania, tj. oprávnenie rozhodnúť o odvolaní neprechádza po vertikálnej línii na nadriadený správny orgán najbližšie vyššieho stupňa.³²

Taktiež sa možno stretnúť s právnym názorom, podľa ktorého o devolutívnom účinku môžeme hovoriť čiastočne v prípade, ak v prvom stupni síce rozhodoval vecne príslušný ústredný orgán štátnej správy, ale na rozhodnutie nebol funkčne príslušný vedúci ústredného orgánu štátnej správy.³³

V odbornej literatúre existujú protichodné právne názory na otázku, či má rozklad podaný voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska devolutívny účinok.

25 KUČEROVÁ, E.: *Správne konanie. Komentár*. 2. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2002, s. 122.

26 KOŠIČIAROVÁ, S.: *Správne právo procesné. Všeobecná časť*. 2. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2017, s. 244.

27 JEMELKA, L., PONDĚLÍČKOVÁ, K., BOHADLO, D.: *Správni řád. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 403.

28 POTĚŠIL, L., HEJČ, D., RIGEL, F., MAREK, D.: *Správni řád. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 427.

29 VOPÁLKA, V., ŠIMŮNKOVÁ, V., ŠOLÍN, M.: *Správni řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 174.

30 HENDRYCH, D. a kol.: *Správni právo. Obecná část*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 405.

31 VEDRAL, J.: *Správni řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: BOVA POLYGON, 2012, s. 751.

32 SOBIHARD, J.: *Správny poriadok. Komentár*. 6. prepracované vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2013, s. 221.

33 VAČOK, J.: Možno vždy považovať rozklad za prostriedok nápravy? Dostupné z: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/sprava/vacok.pdf> [cit. 31.10.2019].

Podľa P. Pénzeša rozklad proti rozhodnutiu útvaru dohľadu nad finančným trhom má devolutívny účinok.³⁴ Podľa M. Winklera, v prípade podania rozkladu proti rozhodnutiu útvaru dohľadu nad finančným trhom neprichádza do úvahy jeho devolutívny účinok.³⁵

Devolutívny účinok sa logicky nemôže uplatniť v prípadoch, ak v konaní vedenom podľa správneho poriadku rozhoduje v prvom stupni až vrcholný orgán štátnej správy, ktorý už žiadnemu ďalšiemu správne mu orgánu vyššieho stupňa nie je podriadený.³⁶ Uvedený právny názor analogicky aplikujeme na rozhodovacia činnosť Národnej banky Slovenska. Národná banka Slovenska ako nezávislá centrálna banka predstavuje vrcholný orgán vykonávajúci dohľad nad finančným trhom, ktorému nie je nadriadený iný orgán. Rozklad voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska, preto nemôže mať devolutívny účinok. O rozklade voči prvostupňovému rozhodnutiu rozhodne Banková rada Národnej banky Slovenska.³⁷ Podľa Ústavy Slovenskej republiky predstavuje Banková rada Národnej banky Slovenska najvyšší riadiaci orgán Národnej banky Slovenska. Ako podporný argument k hore uvedenému právne mu názoru konštatujeme, že Banková rada Národnej banky Slovenska nedisponuje samostatnou právne mu subjektivitou. Ide stále o ten istý orgán verejnej správy. A preto opätovne podčiarkujeme, že s podaným rozkladom voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska nie je spätý devolutívny účinok.

Zároveň uvádzame, že devolutívny účinok nemožno zamieňať so zásadou dvojinštančnosti. Právna úprava preskúmania správne ch rozhodnutí je vybudovaná na zásade dvojinštančnosti správne ho konania.³⁸ Zásada dvojinštančnosti vyjadruje právo účastníkov konania, aby rozhodnutie správne ho orgánu bolo preskúmané nezávislým a nestanným orgánom, ktorý posúdi či vydaním prvostupňove ho rozhodnutia boli porušené práva garantované právne mu poriadkom štátu.³⁹ Zásada dvojinštančnosti neznamená nevyhnutne podmienku, aby bol vždy odvolacím orgánom správne ho orgán najbližšie vyššieho stupňa, to inými slovami znamená, že osobitné zákony prelamujú zásadu vertikálnej dvojinštančnosti a ustanovujú horizontálnu dvojinštančnosť.⁴⁰ V takom prípade môže byť zo zákona odvolacím orgánom na príklad vyšší funkcionár toho istého orgánu alebo iný organizačný útvar toho istého orgánu, ktorý má hierarchicky vyššie postavenie.⁴¹ V konaní vo veciach dohľadu síce nemá podaný rozklad devolutívny účinok, avšak uplatňuje sa zásada dvojinštančnosti. Z tejto vyplýva, že ak účastník konania podá rozklad voči prvostupňovému rozhodnutiu, má nárok, aby bolo preskúmané druhým stupňom – Bankovou radou Národnej banky Slovenska. Ergo v konaní vo veciach dohľadu sa uplatňuje horizontálna dvojinštančnosť. V súvislosti s rozhodovaním Bankovej rady Národnej banky Slovenska zákonodarca hovorí o druhostupňovom konaní. Rozklad ako opravný prostriedok smeruje voči rozhodnutiu Národnej banky Slovenska, ktoré ešte nenadobudlo právoplatnosť a konanie na druhom

34 SIDAK, M., DURAČINSKÁ, M. a kol.: *Finančné právo*. 2. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2014, s. 483.

35 WINKLER, M.: § 29 in SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohľade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 290.

36 VOPÁLKA, V., ŠIMŮNKOVÁ, V., ŠOLÍN, M.: *Správni řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 191.

37 Porovnaj ustanovenie § 32 ods. 1 prvá veta zákona o dohľade nad finančným trhom.

38 SOBIHARD, J.: *Správny poriadok. Komentár*. 6. prepracované vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2013, s. 196.

39 VAČOK, J.: *Možno vždy považovať rozklad za prostriedok nápravy?* Dostupné z: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/sprava/vacok.pdf> [cit. 31.10.2019].

40 POTÁŠCH, P., HAŠANOVÁ, J.: *Zákon o správnom konaní (správny poriadok). Komentár*. 2. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 306.

41 Tamže.

stupni považovať za pokračovanie procesu vedúceho k vydaniu právoplatného individuálneho správneho aktu, uskutočňovaného na základe prejavenej vôle subjektu oprávneného podať daný opravný prostriedok. Dôsledkom predmetného ponímania je skutočnosť, že konanie na druhom stupni sa zásadne riadi pravidlami vo všeobecnosti platnými pre prvostupňové konanie.

Záver

Pri vykonávaní dohľadu nad finančným trhom sa uskutočňuje aj rozhodovanie o právnych pomeroch fyzických a právnických osôb v konaní vo veciach dohľadu. Regulácia tohto druhu konania prešla postupným vývojom od aplikácie správneho poriadku, cez jeho subsidiárne použitie až po úplné vylúčenie správneho poriadku. V súlade s daným vývojom predstavuje konanie vo veciach dohľadu osobitný druh správnoprocesného konania.

Poslaním konania vo veciach dohľadu je rozhodovanie o konkrétnych veciach účastníkov daného konania. Skupinu *sui generis* tvoria rozhodnutia vydané počas konania, procesné rozhodnutia. Pre účastníkov konania má podstatný význam rozhodnutie Národnej banky Slovenska vydané vo veci samej. Príslušným na konanie a rozhodovanie Národnej banky Slovenska v prvom stupni je útvar dohľadu nad finančným trhom. V súlade s dispozičnou zásadou je účastník konania spravidla oprávnený na podanie oprávneného prostriedku voči prvostupňovému rozhodnutiu Národnej banky Slovenska – rozkladu. Sledovali sme právne názory vyjadrené k otázke či je podanie rozkladu späté s devolutívnym účinkom. Právne názory na uvedenú otázku nie sú jednotné. Ojedinele sa vyskytujú také, ktoré hovoria o devolutívnom účinku. Prevažná väčšina však devolutívny účinok predmetného riadneho oprávneného prostriedku odmieta.

LITERATURA

- [1] BABČÁK, V. *Slovenské daňové právo*. 1. vyd. Bratislava: EPOS, 2012, 670 s. ISBN 978-80-8057-971-5.
- [2] BALKO, L. a kol.: *Právna úprava finančného trhu v slovenskom právnom systéme: Právo finančného trhu*. 1. vyd. Bratislava: EPOS, 2003, 461 s. ISBN 80-8057-551-7.
- [3] FICOVÁ, S. a kol.: *Občianske právo procesné. Základné konanie*. 1. vyd. Bratislava: VO Praf UK, 2005, 352 s. ISBN 80-7160-194-2.
- [4] HAŠANOVÁ, J.: *Vymožiteľnosť práva vo verejnej správe*. 1. vyd. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2010, 176 s. ISBN 978-80-8054-484-3.
- [5] HENDRYCH, D. a kol.: *Správné právo. Obecná časť*. 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 838 s. ISBN 978-80-7400-049-2.
- [6] JEMELKA, L., PONDEĽÍČKOVÁ, K., BOHADLO, D.: *Správný rád. Komentár*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 848 s. ISBN 978-80-7400-484-1.
- [7] KOŠIČIAROVÁ, S.: *Správne právo procesné. Všeobecná časť*. 2. vyd. Šamorín: Heuréka, 2017, 279 s. ISBN 978-80-8173-038-2.
- [8] KUČEROVÁ, E.: *Správne konanie. Komentár*. 2. vyd. Šamorín: Heuréka, 2002, 164 s. ISBN 80-968567-4-X.

- [9] POTÁŠCH, P., HAŠANOVÁ, J.: *Zákon o správnom konaní (správny poriadok). Komentár.* 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, 456 s. ISBN 978-80-8960-335-0.
- [10] POTĚŠIL, L., HEJČ, D., RIGEL, F., MAREK, D.: *Správní řád. Komentář.* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, 816 s. ISBN 978-80-7400-598-5.
- [11] PRÁŠKOVÁ, H.: *Základy odpovědnosti za správní delikty.* Praha: C. H. Beck, 2013, 448 s. ISBN 978-80-7400-456-8.
- [12] PRŮCHA, P.: *Správní právo. Obecní část.* 8. vydání. Brno-Plzeň: nakladatelství Doplněk a vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, 428 s. ISBN 978-80-7239-281-0.
- [13] SIDAK, M., DURAČINSKÁ, M.: *Finančné právo.* 1. vyd. Bratislava: C. H. Beck, 2012, 480 s. ISBN 978-80-89603-04-6.
- [14] SIDAK, M., DURAČINSKÁ, M. a kol.: *Finančné právo.* 2. vyd. Bratislava: C. H. Beck, 2014, 528 s. ISBN 978-80-8960-322-0.
- [15] SIDAK, M., SLEZÁKOVÁ, A. a kol.: *Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu.* Bratislava : Wolters Kluwer, 2014, 240 s. ISBN 978-80-8168-125-7.
- [16] SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohlade nad finančným trhom. Komentár.* 1. vyd. Bratislava : Wolters Kluwer, 2018, 492 s. ISBN 978-80-8168-947-5.
- [17] SOBIHARD, J.: *Správny poriadok. Komentár.* 6. prepracované vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2013, 348 s. ISBN 978-80-8078-600-7.
- [18] VAČOK, J.: *Možno vždy považovať rozklad za prostriedok nápravy?* Dostupné z: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/sprava/vacok.pdf> [cit. 31.10.2019].
- [19] VEDRAL, J.: *Správní řád. Komentář.* 2. aktualizované a rozšířené vydání. Praha: BOVA POLYGON, 2012, 1458 s. ISBN 978-80-7273-166-4.
- [20] VOPÁLKA, V., ŠIMŮNKOVÁ, V., ŠOLÍN, M.: *Správní řád. Komentář.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, 400 s. ISBN 80-71-7973-16.

Kontaktní adresa autorek:

JUDr. Andrea Slezáková, Ph.D., LL.M.
Katedra obchodného práva
Obchodná fakulta Ekonomickej univerzity v Bratislave
Dolnozemska cesta 1
852 35 Bratislava 5
E-mail: andrea.slezakova @euba.sk

JUDr. Hana Magurová, Ph.D., LL.M.
Katedra obchodného práva
Obchodná fakulta Ekonomickej univerzity v Bratislave
Dolnozemska cesta 1
852 35 Bratislava 5
E-mail: hana.magurova @euba.sk

SPOLEČENSKÁ ODPOVĚDNOST PODNIKATELŮ ANEB SLUŠNÉ CHOVÁNÍ SE VYPLÁCÍ

Abstrakt: Předkládaný příspěvek má za cíl přiblížit institut společenské odpovědnosti podnikatelů v širších souvislostech. První kapitola vymezí koncept společenské odpovědnosti podnikatelů a jeho definice. V následující pasáži bude čtenář seznámen s hlavními subjekty ovlivňujícími společensky odpovědné chování podnikatele, přičemž detailněji bude přiblížena skupina konkurentů a koncept sdílených hodnot. V rámci samostatné kapitoly bude rovněž pojednáno o odpovědném zadávání veřejných zakázek. Závěr příspěvku bude věnován zhodnocení a smyslu společensky odpovědného podnikání pro lidskou společnost.

Abstract: The aim of this paper is to introduce the concept of corporate social responsibility in a broader context. The first chapter defines the concept of corporate social responsibility and its definition. In the following passage, the reader will be acquainted with the main subjects influencing the socially responsible behavior of the entrepreneur. A separate chapter will also discuss responsible public procurement. The conclusion of the paper will be devoted to the evaluation and meaning of socially responsible business for our society.

Klíčová slova: *corporate culture, etický kodex, koncept sdílených hodnot, společenská odpovědnost podnikatelů, stakeholderi, konkurenti, zadávání veřejných zakázek.*

Key words: *corporate culture, code of ethics, shared values concept, corporate social responsibility, stakeholders, competitors, public procurement.*

Úvod

„Odpovědnost je cena za velikost.“ (Winston Churchill).

Podnikatelské subjekty již dávno nejsou posuzovány jen podle toho, jak jsou úspěšné, ale mnohem častěji podle toho, jaký dojem zanechává jejich podnikání a jaký dopad mají jejich aktivity na společnost jako celek. Společenská odpovědnost podnikatelů (z angl. Corporate Social Responsibility) se stala jedním z hojně diskutovaných témat dnešní doby v kruzích odborné i laické veřejnosti. Byť se první zmínky o nutnosti společensky odpovědného chování podnikatelů datují do druhé poloviny devadesátých let 20. století, samotná idea je stará jako podnikání samo. Na jedné straně stojí záměr věnovat se čistě vlastnímu prospěchu, na straně druhé povinnost sledovat zájmy lidské společnosti, které jsou normovány jak na úrovni zákonné, tak etické. Je možné tyto dvě misky vah vybalancovat?

Základní informace pro sepsání příspěvku budou čerpány z vybraných knižních publikací, jakými jsou například specializované učebnice či komentářová literatura. Pro hlubší uchopení materie mi poslouží články dostupné v odborných periodikách. Nezbytnou součástí tvorby bude rovněž využití příslušných právních předpisů a mezinárodních dokumentů. Mým záměrem je též zpracovat vlastní zkušenosti, jež jsem nabyla během své praxe a také díky účasti na odborných konferencích. Při zpracování použiji zejména metody deskriptce, systémové analýzy a syntézy.

1. Pojem společenské odpovědnosti podnikatelů

Na problematiku společenské odpovědnosti podnikatelů (dále též jako „CSR“) lze nahlížet z různých perspektiv, a proto není překvapením, že pokusy o jednotné definování nebyly do dnešních dnů úspěšné. Jako jeden z prvních autorů se otázkou pojmového vymezení CSR zabýval Howard Bowen, který společenskou odpovědnost podnikatelů chápe jako „závazky usilovat o používání takových postupů, provádět taková rozhodnutí a následovat takový směr jednání, které jsou žádoucí z hlediska cílů a hodnot naší společnosti.“¹ Zajímavý pohled přinesl rovněž Alexandr Dahlsrud², který analyzoval téměř čtyřicet různých definic CSR, z nichž dokázal identifikovat pět základních dimenzí společenské odpovědnosti podnikatelů. Mezi nejvýznamnější součásti CSR zařadil oblast environmentální, oblast sociální, oblast ekonomickou, účast zainteresovaných osob tzv. stakeholderů (např. investorů, zaměstnanců, obchodních partnerů, atd.) a v neposlední řadě prvek dobrovolnosti.

Z výše uvedené analýzy vychází v odborné literatuře hojně využívaná teorie tří sfér (z angl. *Triple-Bottom Line*) v rámci níž je ekonomická rovina označena jako zisk, sociální složka jako lidé a environmentální sféra je reprezentována naší planetou.³ Při podrobnějším výkladu lze do ekonomické sféry v rámci společenské odpovědnosti zahrnout například platební morálku a zásadu *pacta sunt servanda*, ochranu spotřebitele, dodržování etických kodexů, boj proti chudobě, ale také boj proti korupci a praní špinavých peněz. Do sociální sféry spadá zejména problematika bezpečnosti a ochrany zaměstnanců, podpora jejich vzdělávání a vyváženost mezi pracovním a osobním životem. Dále jsou sem řazeny otázky genderové politiky, zaměstnávání handicapovaných osob a dobrovolnictví. Konečně environmentální složka zahrnuje, jak sám název napovídá, ochranu přírodních zdrojů a důraz na využití ekologických technologií a postupů.⁴

Dle mého názoru jedna z nejvýstižnějších definic CSR pochází z dílny Evropské komise. Koncept CSR je v Zelené knize týkající se společenské odpovědnosti chápán jako dlouhodobý plán, podle něhož se podnikatelé dobrovolně rozhodují přispívat k lepší společnosti a čistšímu životnímu prostředí.⁵ Na základě Zelené knihy bylo vydáno Sdělení

1 BOWEN, H. R.: *Social Responsibilities of the Businessman*. New York: Harper, 1953, s. 276.

2 DAHLSRUD A.: How Corporate Social Responsibility is Defined: An Analysis of 37 Definitions [online]. *Wiley Online Library*, 2006 [cit. 27. 5. 2019]. Dostupné z: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/csr.132>.

3 K tomu vizte např. KULDOVÁ, L.: *Společenská odpovědnost firem: etické podnikání a sociální odpovědnost v praxi*. Kanina: OPS, 2010, s. 189.

4 BLOWFIELD, M., MURRAY, A.: *Corporate Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 76.

5 Zelená kniha na podporu společného evropského rámce pro společensky odpovědné podnikání. In: EUR-Lex [právní informační systém]. Brusel: Evropská komise, 2001 [cit. 28. 5. 2019]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=EN>.

Evropské komise⁶, kde bylo toto pojetí ještě detailněji charakterizováno tak, že „*společenská odpovědnost podniků je koncept, podle kterého společnosti začleňují sociální otázky a otázky týkající se životního prostředí do podnikatelské činnosti a do vztahů se zainteresovanými skupinami na bázi dobrovolnosti.*“

2. Společenská odpovědnost podnikatelů ano či ne?

Již výše bylo řečeno, že existuje široká škála interpretací pojmu CSR. Snaha o jejich kompletní výčet a provedení hlubší analýzy by šlo zcela jistě nad rámec účelu příspěvku. Avšak pro větší objektivnost považuji za vhodné zmínit alespoň jeden z negativních postojů k fungování CSR.

Mezi nejvýznamnější kritiky bývá řazen zastávce klasické ekonomie, nositel Nobelovy ceny, Milton Friedman. Společenskou odpovědnost podnikatelů nelichotivě označil jako „podvrtné učení.“⁷ Podle jeho názoru se snahou o naplnění cílů společenské odpovědnosti podnikatelský subjekt odchyluje z hlavního směru, kterým je maximalizace zisku. Milton Friedman upozorňuje, že přijetí jiné odpovědnosti než za zvyšování vlastního zisku, může být pro podnikatele v konečném důsledku likvidační. Finanční kapitál je alokován, což se odráží v navyšování cen, snížení výnosů akcionářů a mezd zaměstnanců. Domnívám se, že uvedené pojetí bylo v průběhu vývoje CSR již překonáno, přesto v současné době existuje mnoho odpůrců, kteří koncept CSR neakceptují. Model CSR se tak často stává předlohou pro mnoho konkurenčních směrů, jež však ve své podstatě řeší stejnou problematiku.

Kritiku Milтона Friedmana nicméně považuji za přínosnou, neboť ve své teorii upozornil na stále aktuální problém s interpretací termínu „být odpovědný“. V jednom ze svých článků⁸ se zabývá problematikou odpovědnosti právnické a fyzické osoby. Podle jeho názoru lze dovést pouze odpovědnost lidí, konkrétně osob stojících v čele společnosti, kterým bylo svěřeno její řízení. Ti mají následně přímou odpovědnost vůči vlastníkům společnosti. Přístup k odpovědnosti právnických osob se liší napříč právními řádů jednotlivých států a bezesporu se jedná o jeden z nejproblematictějších právních institutů. V rámci české právní úpravy je možné jmenovat zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Legislativní proces provázela bouřlivá diskuze, přičemž znění zákona dodnes působí potíže jak v rovině teoretické, tak v rovině praktické aplikace práva.

Jak vyplývá z výše uvedeného, pojem CSR nemá striktně vymezené hranice, čímž dává prostor pro svůj další vývoj. Ve světle rozboru vybraných definic lze uzavřít, že společensky odpovědné podnikání vyžaduje od podnikatelů opuštění profit-only teorie a naopak akcentuje zahrnutí strategie řízení s respektem k lidské společnosti a životnímu prostředí.

6 Sdělení Komise Evropskému Parlamentu, Radě, a Evropskému Hospodářskému a Sociálnímu Výboru – Sociální odpovědnost podniků: příspěvek podnikání k udržitelnému rozvoji. In: EUR-Lex [právní informační systém]. Brusel: Evropská komise, 2002 [cit. 28. 5. 2019]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0347:FIN:EN:PDF>.

7 FRIEDMAN, M.: *Capitalism and Freedom*. 2. vyd., Chicago: University of Chicago Press, 1982, s. 56.

8 FRIEDMAN, M.: The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits [online]. *The New York Times Magazine*, 1970 [cit. 17. 5. 2019]. Dostupné z: http://www.mvopat.people.ysu.edu/courses/business_ethics/business_ethics_readings/Social_Responsibility_Friedman.pdf.

3. Hráči na poli společenské odpovědnosti

Kromě samotných podnikatelů, kterými jsou nejčastěji nadnárodní korporace, by koncept CSR nemohl fungovat bez existence stakeholderů. Někteří autoři pojem volně interpretují jako zainteresované či zájmové skupiny.⁹ Oficiální české překlady směrnic OECD, užívají obdobného pojmu zainteresované strany. Stakeholdeři jsou zjednodušeně řečeno veškeré subjekty, které mají přímo nebo nepřímo vliv na řízení korporace, nebo jsou naopak činnostmi podnikatelského subjektu ovlivňovány.

3.1 Komunikace na prvním místě

Klíčový nástroj k úspěšné realizaci konceptu CSR představuje otevřený dialog se stakeholdery. Společnost by měla být ke stakeholderům sdílná, dbát na transparentnost informací, a to nejen těch, které souvisejí s ekonomickou výkonností. Dle modelu CSR by jedním z primárních cílů společnosti mělo být vybudování důvěry ze strany zainteresovaných skupin. Díky této iniciativě mohou být následně testovány a rozvíjeny vnitropodniková opatření a podnikatelské strategie. V ideálních případech bývají díky dialogu uzavřena dlouhodobá partnerství mezi soukromým a veřejným sektorem společnosti (tzv. *cross-sector partnership*).¹⁰

Za nejproblematičtější bod považují fázi předkomunikační, kdy před společností stojí nelehký úkol identifikace stakeholderů. Jak společnost pozná, kdo zastává pro její aktivity pozici klíčového hráče? Každá společnost je jedinečná jak svou organizací, tak svými zájmy, a proto není možné vytvořit jednotný postup. Prvním krokem by mělo být uvědomění podnikatelského subjektu, na koho a jakým způsobem působí, a to jak z interního, tak externího pohledu a následně zjistit očekávání jednotlivých zainteresovaných skupin. K tomu se doporučuje využít například dotazníkových šetření, online diskuzních fór, neformálních setkání nebo zavedení zákaznické podpory.

3.2 Kdo s kým a jak

Odborná literatura rozlišuje několik skupin stakeholderů dle různých kritérií, přičemž jedním z nich je dělení na stakeholdery primární a sekundární.¹¹ Do první kategorie jsou zařazeny subjekty s přímým vlivem na chod a osud společnosti, tedy vlastníci a investoři, zaměstnanci, zákazníci a obchodní partneři. Jako sekundární stakeholdeři jsou označeny vládní instituce, environmentální neziskové organizace, veřejnost, lobbisté, konkurenti, média, občanská a obchodní sdružení. Jiné rozlišení akcentuje interní a externí dimenzi podnikatelského subjektu a do interní zahrnuje skupiny pohybující se uvnitř dané společnosti, tj. zaměstnance, vedení společnosti, akcionáře a odborové organizace. Ostatní aktéry zařazuje do skupiny externí sféry.

9 K tomu srov. např. ZADRAŽILOVÁ, D.: *Společenská odpovědnost podniků: transparentnost a etika podnikání*. C.H. Beck, 2010, s. 2.

10 PAVLÍK, M., BĚLČÍK, M.: *Společenská odpovědnost organizace. CSR v praxi a jak s ním dál*. Praha: Grada. Publishing, 2010, s. 79.

11 CLARKSON, A.: Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance. *Academy of Management Review*. 1995, roč. 20, č. 1, s. 92–117.

3.2.1 Soupeř nebo kamarád?

Většina odborných zdrojů pojednávajících o CSR se problematikou konkurence blíže nezabývá. Přesto jsem přesvědčena, že jde o jednu z nejvýznamnějších zájmových skupin. Za určitých podmínek může podnikatelský subjekt získat řadu benefitů, pokud bude v rámci společensky odpovědného chování spolupracovat se svými konkurenty. Velký potenciál spatřuji ve společných etických kodexech. Kooperaci při vytváření společných pravidel lze sledovat nejčastěji v rámci profesních sdružení nebo nadnárodních koncernů. Není však vyloučeno a je žádoucí podporovat spolupráci rovněž mezi malými a středními podnikateli se stejným či obdobným zaměřením činnosti. Nutno však upozornit, že společný etický kodex nikdy nebude funkční, pokud podnikatelé nebudou hrát fěr a nezřeknou se nečestných praktik v rámci konkurenčního boje.

Etický kodex hraje důležitou roli jak uvnitř, tak vně podnikatelského subjektu. Předně jde o nástroj profesionalizace personálu jasně vymezující pravidla a principy etického jednání. Etický kodex normuje vztahy vznikající na bázi nadřazenosti a podřazenosti, tedy vztahy mezi zaměstnanci a zaměstnavatelem, ale rovněž poměry mezi jednotlivými zaměstnanci navzájem. Další zásady se zpravidla týkají chování společnosti vůči jejím partnerům, zákazníkům, vlastníkům, akcionářům, apod. Při tvorbě pravidel lze jediné doporučit, aby všechny jmenované skupiny byly zahrnuty do procesu tvorby a měly včas možnost odhalit některá úskalí, jež si autoři kodexu nemusí na první pohled uvědomovat. Etický kodex totiž bývá součástí komplexního compliance programu, jehož dosah jde daleko za hranice problematiky lidského kapitálu a velkou měrou ovlivňuje firemní kulturu (z angl. *corporate culture*).

3.2.2 Sdílení není na škodu

S myšlenkou spolupráce s konkurenty jde ruku v ruce koncept vytváření sdílených hodnot, který se stal diskutovaným fenoménem poslední doby. Za průkopníky teorie sdílených hodnot jsou považováni Michael E. Porter a Mark R. Kramer, profesoři z Harvard Business School.¹² Hlavní východisko představuje idea, že konkurenceschopnost společnosti je přirozeně propojená s blahem komunity, v níž podnikatel provozuje svou činnost. Pochopení a správné využití těchto vazeb vede dle autorů k úspěchu a vlně hospodářského růstu. Podnikatelé by měli neustále aktivně vyhledávat a analyzovat oblasti, které představují příležitost pro vytvoření sdílené hodnoty, tedy užitku pro lidskou společnost i pro samotného podnikatele.¹³

Důležitým bodem je uvědomění si, že zapojení do řešení společenských témat a hledání společné cesty nebude podnikatelům ukrajovat z jejich koláče zisku. Vytvářením společných hodnot mohou prospět jak společnosti, tak zvýšit svoji konkurenceschopnost. V české historii je reprezentativním příkladem Tomáš Baťa, který se velkou měrou zasloužil o vědecký úspěch Otty Wichterleho. Baťa vždy prozřetelně uvažoval o návratnosti své investice, přesto Wichterlemu poskytl grant na laboratoř pouze s tím, ať v ní „něco vymyslí.“ Díky jeho počínu vznikly silonky, z jejichž výroby Baťa mohl dále profitovat.¹⁴

12 JANATKA F.: *Podnikání v globalizovaném světě*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 96.

13 V podrobnostech vizE PORTER, M. E., KRAMER, M. R.: *Strategy and Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*. *Harvard business review*. 2006, s. 78–93.

14 Vytváření sdílené hodnoty je pro odpovědné podnikání přirozené, míní novináři. *euractiv.cz* [online]. Publikováno 2. 7. 2013 [cit. 1. 6. 2019]. Dostupné z: <https://euractiv.cz/section/ekonomika-a-euro/news/vytvareni-sdilene-hodnoty-je-pro-odpovedne-podnikani-prirozeny-ale-nepriilis-znamy-koncept-mini-odbornici-010945/>.

4. Odpovědné zadávání veřejných zakázek

I přes absenci pravidel normující společenské chování podnikatelů na evropské úrovni, odrazy samotného konceptu CSR lze nalézt v řadě unijních předpisů, zejména směrnic. Uvedení jejich vyčerpávajícího seznamu je prakticky nemožné, neboť jak bylo nastíněno v úvodu kapitoly, koncept CSR propojuje řadu právních odvětví. Zmíním proto pouze v odborné literatuře opomíjený vliv CSR na proces zadávání veřejných zakázek.

Odpovědné zadávání veřejných zakázek se stalo v řadě členských států Evropské unie trendem, jenž byl ještě více posílen přijetím směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice č. 2004/18/ES (dále jen „zadávací směrnice“)¹⁵. V České republice došlo na jejím základě k přijetí nového zadávacího zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a zároveň byla prostřednictvím usnesení vlády schválena závazná pravidla uplatňování odpovědného přístupu při zadávání veřejných zakázek.¹⁶

Zadávací směrnice od adresátů požaduje, aby při zadávání veřejných zakázek a při nákupech zboží a služeb zohledňovali širší společenské aspekty. Pojetí odpovědného veřejného zadávání veřejných zakázek v sobě propojuje ekonomickou, sociální i environmentální složku konceptu CSR a je velmi úzce spjata s tzv. principem 3E, který zahrnuje hospodárnost (z angl. *economy*), účelnost (z angl. *efficiency*) a efektivnost (z angl. *effectiveness*). Přínos konceptu CSR pro podnikatele lze spatřovat v maximalizaci hodnoty, kterou za vynaložené prostředky získávají. Mimo ekonomickou efektivitu zároveň dochází k řešení celospolečenských témat na národní či nadnárodní úrovni, ať už jde o otázky spojené s ochranou životního prostředí či podporou malých a středních podniků.

4. Odpovědné zadávání veřejných zakázek

Společenská odpovědnost podnikatelů představuje zajímavý institut propojující aspekty sociální, právní i ekonomické. I přes nejednoznačnou definici konceptu CSR lze uzavřít, že společensky odpovědné chování se stává fenoménem současného podnikání a postupem času bude svou pozici dále upevňovat.

Podoba světa kolem nás závisí na lidech. Již na několika místech vzpomínaný Tomáš Baťa říkal: „*Stroje - to je spousta železa a oceli. Život tomu dávají teprve lidé.*“¹⁷ Je nutné pochopit, že koncept CSR nefunguje jen jako nálepka pro lepší reputaci. Společensky odpovědně se chová pouze ten, který dobrovolně přijme závazek přemýšlet o budoucnosti lidí a prostředí, v němž žijeme.

15 Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice č. 2004/18/ES. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Brusel: Evropská komise, 2014 [cit. 5. 6. 2019]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=CS>.

16 Usnesení vlády České republiky ze dne 24. července 2017, o Pravidlech uplatňování odpovědného přístupu při zadávání veřejných zakázek a nákupech státní správy a samosprávy. *apps.odok.cz* [online]. Vláda České republiky [cit. 5. 6. 2019]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/attachment/-/down/RCIAAPNEQ20J>.

17 BAŤA, T.: *Záměšnost všem*. Zlín: Pavel Krejčíř a Stanislav Nováček, 2007, s. 39.

LITERATURA

- [1] BAŤA, T.: *Zámožnost všem*. Zlín: Pavel Krejčíř a Stanislav Nováček, 2007. 51 s. ISBN 978-80-239-8706-5.
- [2] BLOWFIELD, M., MURRAY, A.: *Corporate Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2011, 480 s. ISBN 978-0-19-958-107-8.
- [3] BOWEN, H. R.: *Social Responsibilities of the Businessman*. New York: Harper, 1953, 276 s. 978-16-093-820-63.
- [4] CLARKSON, A.: Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance. *Academy of Management Review*. 1995, roč. 20, č. 1, 92–117 s. DOI: 10.2307/258888.
- [5] DAHLSTRUD A.: How Corporate Social Responsibility is Defined: An Analysis of 37 Definitions [online]. *Wiley Online Library*, 2006 [cit. 27. 5. 2019]. Dostupné z: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/csr.132>.
- [6] FRIEDMAN, M.: *Capitalism and Freedom*. 2 vyd., Chicago: University of Chicago Press, 1982, 230 s. ISBN 978-02-262-640-11.
- [7] FRIEDMAN, M.: The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits [online]. *The New York Times Magazine*, 1970 [cit. 17. 5. 2019]. Dostupné z: http://www.mvopat.people.yasu.edu/courses/business_ethics/business_ethics_readings/Social_Responsibility_Friedman.pdf.
- [8] JANATKA F.: *Podnikání v globalizovaném světě*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 336 s. ISBN 978-80-7552-754-7.
- [9] KULDOVÁ, L.: *Společenská odpovědnost firem: etické podnikání a sociální odpovědnost v praxi*. Kanina : OPS, 2010, 189 s. ISBN: 978-80-87269-12-1.
- [10] KAŠPAROVÁ, K.; KUNZ, V.: *Moderní přístupy ke společenské odpovědnosti firem a CSR reportování*. 1. vyd. Praha: Grada, 2013, 160 s. ISBN 978-80-247-4480-3.
- [11] PAVLÍK, M., BĚLČÍK, M.: *Společenská odpovědnost organizace. CSR v praxi a jak s ním dál*. Praha: Grada. Publishing, 2010, 174 s. ISBN: 978-80-247-3157-5.
- [12] PORTER, M. E., KRAMER, M. R.: Strategy and Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility. *Harvard business review*. 2006, 78–93 s.
- [13] Sdělení Komise Evropskému Parlamentu, Radě, a Evropskému Hospodářskému a Sociálnímu Výboru – Sociální odpovědnost podniků: příspěvek podnikání k udržitelnému rozvoji. In: EUR-Lex [právní informační systém]. Brusel: Evropská komise, 2002 [cit. 28. 5. 2019]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0347:FIN:EN:PDF>.
- [14] Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice č. 2004/18/ES. In: EUR-Lex [právní informační systém]. Brusel: Evropská komise, 2014 [cit. 5. 6. 2019]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=CS>.
- [15] Usnesení vlády České republiky ze dne 24. července 2017, o Pravidlech uplatňování odpovědného přístupu při zadávání veřejných zakázek a nákupech státní správy a samosprávy. apps.odok.cz [online]. Vláda České republiky [cit. 5. 6. 2019]. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/attachment/-/down/RCIAAPNEQ20>.

- [16] Vytváření sdílené hodnoty je pro odpovědné podnikání přirozené, míní novináři. *euractiv.cz* [online]. Publikováno 2. 7. 2013 [cit. 1. 6. 2019]. Dostupné z: <https://euractiv.cz/section/ekonomika-a-euro/news/vytvareni-sdilene-hodnoty-je-pro-odpovedne-podnikani-prirozeny-ale-nepripris-znamy-koncept-mini-obornici-010945/>.
- [17] ZADRAŽILOVÁ, D.: *Společenská odpovědnost podniků: transparentnost a etika podnikání*. Vyd. 1. V Praze: C.H. Beck, 2010, 192 s. ISBN 978-80-7400-192-5.
- [18] Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 4. 6. 2019].
- [19] Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 4. 6. 2019].
- [20] Zelená Kniha na podporu společného evropského rámce pro společensky odpovědné podnikání. In: EUR-Lex [právní informační systém]. Brusel: Evropská komise, 2001 [cit. 28. 5. 2019]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=EN>.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Simona Spisarová

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: s.spisarova@seznam.cz

EVROPSKÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA ŘEŠENÍ SPOTŘEBITELSKÝCH SPORŮ NA INTERNETU

Abstrakt: Příspěvek se věnuje mimosoudnímu řešení spotřebitelských sporů především z pohledu práva EU, tedy úpravě těchto sporů v Nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line a související Směrnici o alternativním řešení spotřebitelských sporů. Jeho cílem je především zhodnotit vzájemné působení tohoto nařízení a směrnice, dále je analyzována též míra naplnění deklarovaných cílů této právní úpravy spočívající ve zjednodušení mimosoudního řešení sporů ze strany spotřebitelů. V příspěvku jsou zdůrazněna též sporná ustanovení analyzované právní úpravy, která brání využití plného potenciálu mimosoudního řešení sporů.

Abstract: This paper deals with the out-of-court resolution of consumer disputes primarily from the perspective of EU law, ie. Regulation on consumer ODR and a related Directive on consumer ADR. Its aim is primarily to evaluate the interaction of this Regulation and the Directive, but the degree of fulfillment of the declared objectives of the legislation, which is to simplify out-of-court resolution of disputes by consumers, is also analyzed. The paper also discusses controversial provisions of analyzed legislation that hinders a full potential of out-of-court dispute resolution.

Klíčová slova: ochrana spotřebitele, ADR, ODR, mimosoudní řešení sporů.

Key words: consumer protection, ADR, ODR, alternative dispute resolution.

1. Evropská právní úprava řešení spotřebitelských sporů na internetu

V souladu s dlouhodobým trendem zvyšování ochrany spotřebitele byla nutná reakce právní úpravy též na zvyšující se dostupnost a využití internetu jednotlivými spotřebiteli v on-line obchodě. Tento nárůst využívání internetu a související nárůst transakcí s mezinárodním prvkem dává vhodnou příležitost k rozšíření mimosoudního řešení spotřebitelských sporů, a to prostřednictvím možnosti zahájení vedení mimosoudního řešení sporu on-line. Vzhledem k tomu, že roztržičnost právní úpravy mimosoudního řešení sporů v jednotlivých členských státech působila negativně na oblast spotřebitelských smluv, bylo přistoupeno k vydání Nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line

(ODR nařízení)¹ a související Směrnice o alternativním řešení spotřebitelských sporů (ADR směrnice).^{2,3}

2. ODR nařízení

ODR nařízení bylo přijato spolu s ADR směrnicí, se kterou vzhledem k řešení spotřebitelských sporů úzce souvisí. Analýzy vypracované pro potřeby společné evropské regulace se zabývaly vlivy fragmentace vnitřního trhu na rozvoj obchodu, přičemž bylo zjištěno, že tato roztříštěnost spolu s nedostupností rychlého řešení sporů má velký negativní vliv především spotřebitelské transakce.⁴ Za účelem přispět k řešení tohoto identifikovaného problému vytváří toto nařízení on-line platformu pro řešení spotřebitelských sporů.

Její fungování představuje jeden z úvodních bodů odůvodnění diskutovaného nařízení, přičemž tato platforma umožňující řešit podání stížnosti ve všech jazycích členských států EU má mít „podobu interaktivní internetové stránky nabízející jednotné místo, na které se mohou obrátit spotřebitelé a obchodníci usilující o mimosoudní vyřešení sporů, které vznikly v souvislosti s transakcemi prováděnými on-line.“ Cílem on-line platformy však není přímo vyřešení sporů, nýbrž postoupení jednotlivých stížností příslušným subjektům určeným k jejich řešení.

ODR nařízení vstoupilo v platnost dne 9. ledna 2016. Ve třech kapitolách obsahuje celkem 22 článků a jednu přílohu, obsahující výčet informací, které mají být poskytnuty spotřebiteli při podávání stížnosti.

2.1 Obsah ODR nařízení

Obecná ustanovení, obsažená v první kapitole, definují především předmět a oblast působnosti ODR nařízení, ale obsahují též definiční ustanovení. ODR nařízení se vztahuje na mimosoudní řešení sporů týkajících se smluvních závazků z kupních smluv a smluv o poskytování služeb, pokud tyto byly uzavřeny mezi spotřebitelem s bydlištěm v EU a obchodníkem usazeným v EU on-line způsobem, bez ohledu na to, zda jde o vnitrostátní nebo přeshraniční spory. Toto mimosoudní řešení musí být prováděno pomocí on-line platformy subjektem alternativního řešení sporů zapsaným v seznamu subjektů podle ADR směrnice. ODR nařízení se použije i v případech, kdy právní řád členského státu povoluje zahájit toto mimosoudní řešení sporu též obchodníkovi.⁵ Česká právní úprava však zahájení mimosoudního řešení sporu tímto způsobem umožňuje pouze spotřebiteli a nikoli obchodníkovi.

1 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 524/2013 ze dne 21. května 2013 o řešení spotřebitelských sporů on-line a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES.

2 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES.

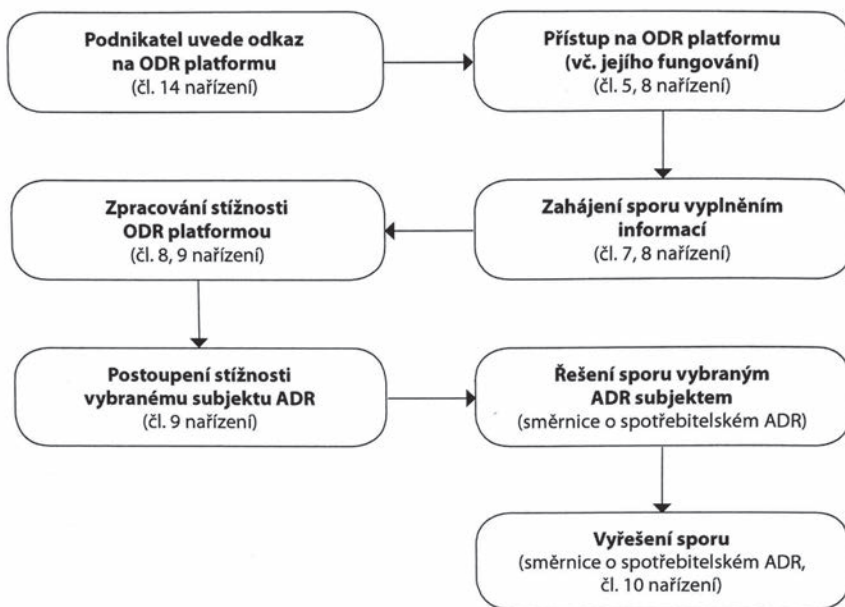
3 Autor v tomto příspěvku využívá výsledků svého výzkumu prezentovaného též v diplomové práci.

4 ALLEWELDT, F. et al. *Contribution of the Internal Market and Consumer Protection to Growth*. Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy [online]. Dostupné z: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518762/IPOL_STU\(2014\)518762_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518762/IPOL_STU(2014)518762_EN.pdf) [cit. 2019-10-25].

5 Využití on-line platformy pro iniciaci stížnosti obchodníkem proti spotřebiteli je možné pouze proti spotřebitelům s bydlištěm v Belgii, Německu, Lucembursku a Polsku.

Druhá kapitola ODR nařízení se zabývá platformou pro řešení sporů on-line⁶ a jejími funkcemi, jakož i pravidly pro spor vedený prostřednictvím této platformy zřízené a provozované Evropskou komisí. Pro zvýšení povědomí o ODR platformě a usnadnění jejího využívání je stanovena povinnost obchodníka uvést na internetových stránkách odkaz na tuto platformu.

Mezi hlavní funkce ODR platformy patří především možnost podání stížnosti pomocí on-line formuláře, informování obchodníka o této stížnosti, výběr subjektu alternativního řešení sporů a předání stížnosti subjektu k jejímu řešení. Postup spotřebitele využívajícího on-line stížnost podle ODR nařízení a související ADR směrnice lze znázornit graficky (viz Obrázek 1):



Obrázek 1 – Schéma postupu spotřebitele při využití alternativního řešení sporů on-line.

Převzato z LOUTOCKÝ, P. Ochrana spotřebitele při uzavírání smluv na internetu a možnost řešení vzniklých sporů online.

In: POLČÁK, R. Právo informačních technologií. Praha: Wolters Kluwer, 2018. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). s. 334.

Dále Nařízením stanovuje, že každý členský stát stanoví kontaktní místo pro řešení sporů on-line, které pomáhá s podáním stížnosti, poskytuje stranám informace o právech spotřebitelů a o ODR platformě. V České republice jde o Evropské spotřebitelské centrum ČR.

Třetí kapitola ODR nařízení obsahuje závěrečná ustanovení, především pak povinnost členských států stanovit sankce za porušení tohoto nařízení.

6 Tato platforma může být označována též jako ODR platforma (z anglického *Online dispute resolution*).

2.2 Zhodnocení ODR nařízení

Ačkoli ODR nařízení může díky využití on-line platformy působit jako poněkud revoluční opatření pro zvýšení ochrany spotřebitele, autor jej nepovažuje za zcela vhodné řešení. Ačkoli lze mít principiálně za správné, aby spory ze spotřebitelských smluv, velmi často uzavíraných na internetu, mohly být řešeny mimosoudně on-line způsobem, autor vidí jako hlavní problém Nařízení především ve složitosti postupu vedoucího k vyřešení sporu (viz Obrázek 1).⁷

Poněkud nevhodným způsobem jsou ODR nařízením upravena také kontaktní místa, kterými jsou Evropská spotřebitelská centra jednotlivých států, která nemají pravomoc jakkoli zasáhnout do průběhu řešení sporu, ač by se právě tato pravomoc pro spotřebitelská centra mohla jevit jako vhodná, jak dovozuje Cortés⁸ i Polčák⁹.

Autor rovněž souhlasí s názorem Cortése¹⁰ i Loukotského, že potenciálu on-line řešení spotřebitelských sporů nebylo ODR nařízením dosaženo, neboť namísto deklarovaného jednoduchého a univerzálního postupu může docházet naopak k další fragmentaci a možnému matení spotřebitele touto další možností řešení sporů.¹¹

3. ADR směrnice

ADR Směrnice tvoří spolu s výše diskutovaným ODR nařízením dva související právní nástroje, směřující k jednoduššímu mimosoudnímu řešení vnitrostátních i přeshraničních sporů mezi spotřebiteli a obchodníky. Přes doporučení Evropské komise z roku 1998 a 2001 nebyly metody alternativního řešení sporů především v nových členských státech vhodným způsobem implementovány, proto bylo přistoupeno k této evropské úpravě.

Účelem ADR směrnice je napomoci k většímu rozvoji přeshraničního obchodu, neboť spotřebitelům poskytne vhodné institucionální nástroje pro řešení mezinárodních spotřebitelských sporů. Tato směrnice však na rozdíl od ODR nařízení stanovuje pouze hlavní zásady a minimální standardy pro mimosoudní řešení sporů, přičemž členské státy mohou přistoupit k přijetí vyšších standardů ochrany spotřebitele.¹² Z hlediska struktury je ADR směrnice rozdělena na 5 kapitol a obsahuje 28 článků.

7 LOUTOCKÝ, P. Mimosoudní řešení spotřebitelských sporů online v právu EU a jeho dopady na českou právní úpravu. *Revue pro právo a technologie* [online]. 2017, 8(15), 261–309. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/6649> [cit. 2019-06-18].

8 CORTÉS, P. A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward. *Legal Studies* [online]. 2015, 35(1), 114–141. Dostupné z: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0261387500006607/type/journal_article [cit. 2019-06-18].

9 POLČÁK, R. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). s. 334.

10 CORTÉS, P. A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward. *Legal Studies* [online]. 2015, 35(1), 114–141. Dostupné z: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0261387500006607/type/journal_article [cit. 2019-06-18].

11 LOUTOCKÝ, P. Online Dispute Resolution to Resolve Consumer Disputes from the perspective of European Union Law: Is the Potential of ODR Fully Used? *Masaryk University Journal of Law and Technology*. Masarykova univerzita. 2016, 10 (1), s. 113–127.

12 BOGDAN, M. The New EU Regulation on Online Resolution for Consumer Disputes. *Masaryk University Journal of Law and Technology* [online]. 2015, 9(1) Dostupné z: <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/2665> [cit. 2019-06-18].

3.1 Obsah ADR směrnice

První kapitola této směrnice obsahuje obecná ustanovení, přičemž předmět spočívá v úpravě možnosti využití nezávislých a rychlých postupů pro alternativní řešení sporů, a tím k dosažení vysoké úrovně ochrany spotřebitele na vnitřním trhu. Z hlediska působnosti se ADR směrnice použije na mimosoudní řešení vnitrostátních i přeshraničních sporů souvisejících se závazky z kupních smluv a smluv o poskytování služeb mezi obchodníkem usazeným na území EU a spotřebitelem s bydlištěm v EU, a to před subjektem alternativního řešení sporů. Nepoužije se však na neehospodářské služby obecného zájmu (služby bezplatně poskytované státem), na spory mezi obchodníky, ani na postupy zahájené obchodníkem proti spotřebiteli.

Nejdůležitější kapitolou ADR směrnice je kapitola druhá, která se zabývá přístupem k subjektům a postupům ADR a požadavkům na ně. Subjektem alternativního řešení sporů je subjekt nabízející řešení spotřebitelských sporů, a který podle příslušného orgánu členského státu splňuje požadavky na kvalitu.

Dle názoru autora této práce však ADR směrnice obsahuje poněkud sporná ustanovení, která mohou ve svém důsledku působit zcela proti původnímu účelu směrnice. Ustanovení čl. 5 odst. 4 ADR směrnice totiž namísto taxativního stanovení důvodů, na jejichž základě se může subjekt odmítnout sporem zabývat, dovoluje stanovení těchto důvodů jednotlivým členským státům. Autor má za to, že důvody pro odmítnutí sporu by měly být uvedeny taxativně již v této směrnici, nikoli aby byla pouze připuštěna vnitrostátní právní úprava obsahující tyto důvody pro odmítnutí.

Zároveň tato směrnice též umožňuje členským státům stanovit, že subjekt řešení sporů se nemusí sporem zabývat, pokud je bezdůvodný. Právě důvodnost sporu by dle názoru autora měla být předmětem vlastního řízení před subjekty řešení sporů, a stížnost by tak neměla být odmítnuta pro bezdůvodnost, případně by alespoň namísto („prostě“) bezdůvodnosti měla být Směrnicí stanovena zjevná bezdůvodnost.¹³ Dále autor nepovažuje za vhodné umožnit jednotlivým subjektům ADR stanovení minimální hodnoty sporu, přičemž spory s nižší hodnotou mohou být odmítnuty, protože tím může být omezen přístup spotřebitele k mimosoudnímu řešení sporů.

Pro dosažení profesionálního řešení sporů stanovuje ADR směrnice podrobné požadavky na odbornost, nezávislost a nestrannost fyzických osob provádějících ADR, jakož i požadavky na zveřejňování informací o podmínkách ADR a informace o průměrné době trvání postupu mimosoudního řešení sporů jednotlivými subjekty.

Za účelem podpory využití mimosoudního řešení sporů ADR směrnice stanovuje, že řešení sporů touto cestou není zpłatněno, nebo je zpłatněno pouze malým poplatkem. Zároveň není dána povinnost zastoupení stran advokátem. Výsledek sporu musí být znám do 90 dní od obdržení úplného spisu subjektem řešení sporu, vyjma složitých sporů, což ve srovnání s délkou řešení sporu soudní cestou podporuje využívání alternativního řešení sporů. V České republice činila v roce 2018 průměrná délka civilních sporů 271 dní do právní moci rozhodnutí¹⁴, avšak na některých obvodních soudech v Praze tento průměr přesahoval i 400 dní.

13 Například analogicky ke zjevné bezdůvodnosti, která je důvodem pro odmítnutí insolvenčního návrhu podle ustanovení §128a zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení.

14 LOBOTKA, A. *Průměrná délka civilních řízení v roce 2018*. Mapapratuhu.cz [online]. 2019. Dostupné z: <https://www.mapapratuhu.cz/blog/prumerna-delka-civilnich-rizeni-v-roce-2018> [cit. 2019-06-17].

ADR směrnice stanovuje též základní pravidla alternativního řešení sporů, kdy stranám sporu musí subjekt řešení sporů podat informace o možnosti předložit důkazy v daném sporu a o možnosti alternativní řešení sporu kdykoli ukončit. Strany mají možnost rozhodnutí, zda výsledek přijmou a budou se jím řídit, avšak musí být informovány o této možnosti, jakož i o možnosti předložit spor soudu.

Jakýmsi průlomem do běhu promlčecích a prekluzivních lhůt je pak ustanovení čl. 12 ADR směrnice, které stanovuje možnost stran zahájit soudní řízení ve věci, ve které uplyne promlčecí nebo prekluzivní lhůta během mimosoudního řešení daného sporu.

Třetí kapitola ADR směrnice se zabývá povinností obchodníka informovat spotřebitele o ADR na internetových stránkách a obchodních podmínkách. Pokud spotřebitel vznesl stížnost a tato není vyřešena přímo obchodníkem, musí obchodník informace o ADR poskytnout „*na papíře nebo jiném hmotném nosiči*.“¹⁵ Tento způsob informování spotřebitele však autor nepovažuje za právě vhodný pro 21. století, kdy mnohé stížnosti spotřebitelů vůči obchodníkům jsou řešeny on-line.

V případě přeshraničního sporu zakládá ADR směrnice povinnost členských států zajistit pomoc pro spotřebitele ve věci přístupu k zahraničnímu subjektu alternativního řešení sporů, který je pro řešení příslušný. V České republice spotřebitelům v přeshraničních sporech tuto pomoc poskytuje Evropské spotřebitelské centrum ČR.

Závěrečná ustanovení této směrnice se zabývají účinnými, přiměřenými a odrazujícími sankcemi, které mají jednotlivé členské státy stanovit pro případ porušení vnitrostátních právních předpisů implementujících tuto směrnici.

3.2 Zhodnocení ADR směrnice a její implementace v České republice

Celkově autor považuje ADR směrnici za vhodný nástroj ochrany spotřebitele v oblasti ADR, jakož i za způsob, jakým se rozšiřuje samotná možnost alternativního řešení sporů i do států, ve kterých tento způsob řešení sporů nebyl dříve obvyklý.¹⁶ Postupným etablováním této možnosti mezi spotřebiteli by dle autora mohlo dojít i k mírnému snížení počtu soudních sporů iniciovaných spotřebiteli proti obchodníkovi souvisejících se závazky z kupní smlouvy nebo smlouvy o poskytování služeb. Z hlediska spotřebitele považuje autor za vhodné povinné zveřejňování informací o průměrné době řešení sporu jednotlivými subjekty mimosoudního řešení.

Za hlavní problém ADR směrnice považuje autor především výše diskutovaná ustanovení týkající se důvodů pro odmítnutí řešení sporu, která nevyužívají přímého a taxativního stanovení těchto důvodů. Namísto harmonizované úpravy tedy jednotlivé členské státy mohou stanovit důvody odlišně, čímž může dojít ke zbytečné fragmentaci právní úpravy, což je v rozporu s cílem směrnice pomoci ke zvýšení ochrany spotřebitele.

Implementace ADR směrnice jednotlivými členskými státy měla být provedena do 9. července 2015, nicméně v České republice vláda předložila Poslanecké sněmovně návrh novely Zákona o ochraně spotřebitele, implementující tuto Směrnici, až 31. března 2015.¹⁷

¹⁵ Srovnej čl. 13 ADR směrnice.

¹⁶ Viz též POLČÁK, R. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). s. 330.

¹⁷ *Sněmovní tisk 445 – Novela z. o ochraně spotřebitele*. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [online]. 2015 Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=445> [cit. 2019-06-15].

Při složitosti řádných parlamentních procedur a lhůt se toto datum jeví jako poněkud opožděné. Vzhledem k tomuto počátečnímu prodlení a vrácení návrhu zákona Senátem s pozměňovacími návrhy byla novela zákona o ochraně spotřebitele vyhlášena ve Sbírce zákonů dne 28. prosince 2015 jako zákon č. 378/2015 Sb.

Závěr

Vzhledem ke stále většímu rozšíření internetu a jeho použití spotřebiteli v elektronickém obchodě se pro zachování vysoké úrovně ochrany spotřebitele jeví jako vhodné harmonizovat mimosoudní řešení spotřebitelských sporů a stanovit jednotná pravidla jejich řešení na evropské úrovni. Ačkoli diskutovaná ADR směrnice a ODR nařízení tento cíl částečně naplňují, nevyčerpaly plně možný potenciál, a to především kvůli poněkud nevhodnému ponechání diskrece členským státům v klíčových ustanoveních ADR směrnice, a též obecně pro složitost jimi stanovených postupů vedoucích k mimosoudnímu řešení sporů. Proto se autor domnívá, že cílům deklarovaným v ADR směrnici a ODR nařízení by lépe odpovídala harmonizovaná právní úprava, která by zároveň více dbala na jednoduchost celého procesu mimosoudního řešení sporů.

LITERATURA

- [1] ALLEWELDT, F. et al. *Contribution of the Internal Market and Consumer Protection to Growth*. Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy [online]. Dostupné z: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518762/IPOL_STU\(2014\)518762_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518762/IPOL_STU(2014)518762_EN.pdf).
- [2] BOGDAN, M. The New EU Regulation on Online Resolution for Consumer Disputes. *Masaryk University Journal of Law and Technology* [online]. 2015, 9(1) DOI: 10.5817/MUJLT2015-1-9. ISSN 1802-5951. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/2665>.
- [3] CORTÉS, P. A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward. *Legal Studies* [online]. 2015, 35(1), 114-141. DOI: 10.1111/lest.12048. ISSN 0261-3875. Dostupné z: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0261387500006607/type/journal_article.
- [4] LOBOTKA, A. Průměrná délka civilních řízení v roce 2018. *Mapaprutahu.cz* [online]. 2019. Dostupné z: <https://www.mapaprutahu.cz/blog/prumerna-delka-civilnich-rozeni-v-roce-2018>.
- [5] LOUTOCKÝ, P. Mimosoudní řešení spotřebitelských sporů online v právu EU a jeho dopady na českou právní úpravu. *Revue pro právo a technologie* [online]. 2017, 8(15), 261-309. DOI: 10.5817/RPT2017-1-9. ISSN 1805-2797. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/revue/article/view/6649>.
- [6] LOUTOCKÝ, P. Online Dispute Resolution to Resolve Consumer Disputes from the perspective of European Union Law: Is the Potential of ODR Fully Used? *Masaryk University Journal of Law and Technology*. Masarykova univerzita. 2016, 10 (1), s. 113–127. ISSN 1802-5943.

- [7] Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 524/2013 ze dne 21. května 2013 o řešení spotřebitelských sporů on-line a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (Nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line).
- [8] POLČÁK, R. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7598-045-8.
- [9] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES.
- [10] *Sněmovní tisk 445 – Novela z. o ochraně spotřebitele*. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [online]. 2015. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&t=445>.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Jan Škrabka, M.A., M.Sc.

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: jan.skrabka@vse.cz

SPOJENÉ CESTOVNÍ SLUŽBY

Abstrakt: Přijetím „Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách, o změně nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU a o zrušení směrnice Rady 90/314/EHS“ a její implementací byl do českého práva zaveden mimo jiné pojem „spojené cestovní služby“. Tento relativně nový cestovní produkt není zájezdem, nýbrž jen jakousi alternativou, a odlišná je i ochrana cestujících.

Abstract: A new term “linked travel arrangement” was, among others, introduced to the Czech law when the Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC was adopted and implemented in the Czech Republic. This relatively new travel product is not the same as a packaged tour, just a sort of an alternative to it. That means travellers’ protection differs as well.

Klíčová slova: cestovní ruch, zájezd, souborné cestovní služby, spojené cestovní služby, cestovní kancelář, ochrana cestujících.

Key words: tourism, tour, packaged tour, package, linked travel arrangement, travel agency, tourist agency, travellers’ protection.

Úvod

Cílem příspěvku je za použití příkladů z praxe přiblížit relativně nový pojem, resp. produkt „spojené cestovní služby“ a poukázat na některé rozdíly oproti již zavedenému a dobře známému cestovnímu produktu, zájezdu. Tohoto cíle bude dosaženo za pomoci metody deskriptivní, analytické a částečně též komparativní. Rozlišení spojených cestovních služeb a zájezdu je důležité, neboť se liší i práva a povinnosti stran s nimi spojené.

1. Právní úprava a pojem spojených cestovních služeb

Díky modernizaci a digitalizaci téměř všech oblastí a sfér dotýkajících se nejen běžného života se stále objevují nové a nové možnosti. K tomuto procesu dochází i v cestovním ruchu, kdy je k prodeji a nákupu cestovních služeb stále častěji využíván internet. Na možnost on-line prodeje musela pochopitelně zareagovat i právní úprava oblasti cestovního ruchu. Vedle mnoha dalších úprav a změn, kterým se v tomto příspěvku vzhledem k jeho rozsahu nebudu věnovat, byl zaveden zcela nový cestovní produkt, spojené cestovní služby.

1. 1 Právní úprava

Pojem spojené cestovní služby s sebou přinesla směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách, o změně nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU a o zrušení směrnice Rady 90/314/EHS (dále jen "směrnice 2015/2302"), založená na principu plné harmonizace. Její obsah včetně veškerých novinek bylo nutné zohlednit v právních řádech jednotlivých členských států Evropské unie.

Transpozičním předpisem se v České republice stal zákon 111/2018 Sb., kterým se mění zákon č. 159/1999 Sb., o některých podmínkách podnikání a o výkonu některých činností v oblasti cestovního ruchu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o cestovním ruchu"), a další související zákony, a který nabyl účinnosti dne 1. 7. 2018.

1. 2 Pojem spojené cestovní služby

Spojené cestovní služby jsou jakýmsi alternativním obchodním modelem k zájezdu. O zájezd se však v žádném případě nejedná. Podstatou spojených cestovních služeb je, že cestovní kancelář zprostředkovává zákazníkovi jednotlivé služby cestovního ruchu a ke každé jednotlivé cestovní službě je uzavírána samostatná smlouva s jejich jednotlivými poskytovateli.¹ Je na místě upozornit, že zprostředkovávat spojené cestovní služby může právě jen cestovní kancelář.²

Samotný zákon o cestovním ruchu definuje spojené cestovní služby v § 1c odst. 1: „(1) Spojenými cestovními službami jsou alespoň dva různé typy služeb cestovního ruchu zakoupené pro účely téže cesty nebo pobytu, které nejsou zájezdem a na jejichž poskytnutí jsou uzavřeny samostatné smlouvy s jednotlivými poskytovateli služeb cestovního ruchu, jestliže cestovní kancelář zákazníkovi

a) při jediné návštěvě či kontaktu se svým prodejním místem zprostředkuje samostatný výběr a samostatnou platbu každé jednotlivé služby cestovního ruchu, nebo

b) zprostředkuje cíleným způsobem pořízení alespoň jedné další služby cestovního ruchu od jiného poskytovatele služeb cestovního ruchu, a pokud je smlouva s tímto poskytovatelem uzavřena do 24 hodin po potvrzení rezervace první služby cestovního ruchu.“

Jednotlivými službami cestovního ruchu se pak podle téhož zákona rozumí doprava, ubytování, nájem automobilu či jiného dopravního prostředku nebo jiná služba z oblasti cestovního ruchu, která není ze své podstaty součástí některé z již uvedených služeb cestovního ruchu (prodej vstupenek na kulturní nebo sportovní události, pořádání výletů, prohlídek s průvodcem, prodej skipasů nebo nájem sportovního vybavení).³

Zákon o cestovním ruchu rovněž uvádí, co spojenou cestovní službou není. Zcela pochopitelně o spojenou cestovní službu nepůjde tehdy, je-li zakoupen pouze jeden druh cestovní

1 MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR. *Co je považováno za spojené cestovní služby (SCS)?* [online 6. 9. 2017]. Dostupné z: [https://www.mmr.cz/cs/Caste-dotazy/Cestovni-ruch/Co-je-povazovano-za-spojene-cestovni-sluzby-\(SCS\)](https://www.mmr.cz/cs/Caste-dotazy/Cestovni-ruch/Co-je-povazovano-za-spojene-cestovni-sluzby-(SCS)) [cit. 25. 11. 2019].

2 KRÁLOVÁ, R. a kol.: *Seminář k novele zákona č. 159/1999 Sb. Ministerstvo pro místní rozvoj ČR.* [online 6. 9. 2017]. Dostupné z: https://www.mmr.cz/getattachment/4e273ffa-cb49-4b8b-a9c5-40a4b66d78ec/Prezentace_novela-zakona-159.pdf.aspx?lang=cs-CZ&ext=.pdf [cit. 25. 11. 2019].

3 § 1a zákona o cestovním ruchu.

služby (např. pouze ubytování). O spojené cestovní služby se pak nejedná ani v případě spojení dvou služeb cestovního ruchu, kdy druhá služba nepředstavuje významnou část hodnoty dané kombinace, služby tak nejsou inzerovány a ani jiným způsobem nepředstavují podstatnou část cesty nebo pobytu.⁴ Významnou část ceny představuje služba, jejíž cena tvoří alespoň 25 % ceny spojených cestovních služeb.⁵ Dalším případem, kdy by se nejednalo o spojené cestovní služby, je reklama nebo jakékoliv nabízení služeb cestovního ruchu, které nevede k rezervaci.⁶

V následující kapitole se pokusím výše uvedené definice, ustanovení a teoretické poznámky více přiblížit a vysvětlit na konkrétních situacích, které mohou nastat.

2. Rezervace/nákup spojených cestovních služeb v praxi

Pojďme se tedy nyní podívat na to, jak může vypadat nákup spojených cestovních služeb na jednoduchých příkladech. Nesmíme zapomenout, že spojenými službami jsou podle § 1c odst. 1 zákona o cestovním ruchu vždy alespoň dva různé typy služeb cestovního ruchu zakoupené za účelem téže cesty nebo pobytu, které nejsou zájezdem a na jejichž poskytnutí jsou uzavřeny samostatné smlouvy s jednotlivými poskytovateli služeb cestovního ruchu. Zmíněný paragraf pak uvádí dva různé případy, kdy se jedná o spojené cestovní služby. V obou těchto případech budeme v následujících odstavcích uvažovat dvě varianty, a sice nákup služeb v provozovně cestovní kanceláře a nákup přes internet.

2.1 Jedna návštěva nebo kontakt s jedním prodejním místem (provozovna)

Zákazník si v cestovní kanceláři zakoupí letenku na Madeiru ve vybraném termínu a zaplatí ji. Dojde k uzavření samostatné smlouvy s poskytovatelem, kterým může být sama cestovní kancelář nebo dopravce. Poté, co zákazník zaplatil letenku, mu cestovní kancelář nabídne ubytování na Madeiře v termínu jeho pobytu na ostrově, a to od jiného poskytovatele, než je ona sama nebo dopravce. Cestovní kancelář tak touto nabídkou hotelů napomůže ke zprostředkování druhé služby cestovního ruchu. Zákazník si s její pomocí ubytování rezervuje, avšak tato rezervace je zaplacená zvlášť. Na tuto druhou službu, ubytování, uzavírá zákazník samostatnou smlouvu.⁷ Je tedy splněna podmínka, že během jedné návštěvy provozovny cestovní kanceláře jsou za jejího přispění uzavřeny dvě samostatné smlouvy (na dva různé typy služeb) se dvěma různými poskytovateli cestovních služeb, kdy je za každou z vybraných služeb provedena samostatná platba, a to vše pro účely téže cesty. Došlo k nákupu spojených cestovních služeb.

4 HÁSOVÁ, J.: *Nová úprava cestovních služeb*. Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2016, s. 25.

5 § 1c odst. 2 zákona o cestovním ruchu.

6 MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR. *Co je považováno za spojené cestovní služby (SCS)?* Op. cit. pozn. 1. [cit. 25. 11. 2019].

7 KRÁLOVÁ, R. a kol.: *Seminář k novele zákona č. 159/1999 Sb.* Op. cit. pozn. 2. [cit. 25. 11. 2019].

2.2 Jedna návštěva nebo kontakt s jedním prodejním místem (internet)

V dnešní moderní době je zcela běžné objednávat letenky, ubytování a další s využitím internetu. Výše popsaná situace tak může vypadat následovně.

Zákazník sedí u svého počítače v pohodlí domova a zaujme ho nabídka letenek do Londýna. Vybere si, let si rezervuje a letenku s využitím internetového bankovníctví hned zaplatí. Na stejných stránkách, jako našel a zakoupil letenku (od dopravce – jeden poskytovatel cestovních služeb), si pak z nabídky vybere a zarezervuje také ubytování (hotelový řetězec – druhý poskytovatel cestovních služeb) a stejně tak si vyřídí i pronájem automobilu (půjčovna aut – třetí poskytovatel cestovních služeb).⁸ Ačkoliv si zákazník během jedné návštěvy zakoupil tři rozdílné druhy služeb cestovního ruchu z jedné internetové stránky, každou z nich si rezervoval u jiné společnosti, uzavřel tak tři samostatné smlouvy a provedl tři samostatné platby. Nekoupil si tedy zájezd, nýbrž spojené cestovní služby. V případě, že by poskytovatelem všech tří služeb byla jedna cestovní kancelář a zákazník by tuto „hromadnou“ rezervaci zaplatil najednou, jednalo by se o koupi zájezdu.

2.3 Zprostředkování služeb cíleným způsobem (provozovna – internet/telefon)

Zákazník navštíví provozovnu cestovní kanceláře a zakoupí si letenku na Kypr. Pracovník cestovní kanceláře poskytne zákazníkovi brožuru s nabídkou ubytování v jím vybrané destinaci. Cíleným způsobem ho tak vybízí k rezervaci a nákupu ubytování. K tomu mu nabídne slevu například v podobě slevového kódu. Zákazník se vrátí domů s letenkou a brožurou v kapse a z domu provede rezervaci ubytování, k čemuž pochopitelně využije poskytnutý slevový kód. Pokud tak učiní do 24 hodin od nákupu letenky, jedná se o nákup spojených cestovních služeb. Nemusí jít pochopitelně pouze o nabídku ubytování ve formě brožury. Po nákupu letenky může cestovní kancelář poskytující přepravu osob zákazníkovi cíleně zavolat a oslovit ho s konkrétní nabídkou ubytování. Je-li pak na základě tohoto telefonátu uzavřena smlouva s poskytovatelem ubytování do 24 hodin od nákupu letenky, bude se opět jednat o spojené cestovní služby.⁹

Zásadní je, aby ke zprostředkování služeb došlo cíleným způsobem, tzn. že zde musí být obsažena rezervovatelná nabídka. Rezervovatelnou nabídkou se rozumí taková nabídka, která je založena na poznacích pobytu nebo cesty, a to především o termínu a cílové destinaci.¹⁰ Další důležitou podmínkou pro to, aby se jednalo o spojené cestovní služby, je to, že druhá smlouva musí být uzavřena do 24 hodin od nákupu první služby.

2.4 Zprostředkování služeb cíleným způsobem (internet)

Zákazník se rozhodne dopřát si dovolenou a z pohodlí domova si přes on-line rezervační formulář cestovní kanceláře zakoupí letenku do Maroka. Letenku zaplatí a od počítače na nějaký čas (méně než 24 hodin) odběhne. Když se zákazník vrátí ke svému počítači, zjistí, že má v e-mailové schránce zprávu obsahující nabídku ubytování v Maroku přesně

8 KRÁLOVÁ, R. a kol.: *Seminář k novele zákona č. 159/1999 Sb.* Op. cit. pozn. 2. [cit. 25. 11. 2019].

9 Tamtéž [cit. 25. 11. 2019].

10 KRÁLOVÁ, R. a kol.: *Seminář k novele zákona č. 159/1999 Sb.* Op. cit. pozn. 2. [cit. 25. 11. 2019].

v tom termínu, kdy do této země letí. Nabídku si prohlédne, vybere si ubytování, rezervuje ho a zaplatí.¹¹ Je uzavřena další smlouva s jiným poskytovatelem. Je-li tak učiněno 24 hodin po nákupu letenky a jsou-li splněny další, výše zmiňované podmínky, jedná se o spojené cestovní služby.

Uvedené případy mi pomohly lépe porozumět tomu, kdy se jedná o spojenou cestovní službu a kdy ne. Doufám, že některé nejasnosti, pokud existují, objasní i čtenářům. Vědět, zda se jedná o spojenou cestovní službu nebo o zájezd, je v některých ohledech, zejména co se odpovědnosti za řádné plnění poskytovaných služeb týká, velmi důležité.

3. Ochrana zákazníků

Jelikož je na spojené cestovní služby pohlíženo jinak než na zájezd, je také ochrana zákazníků, resp. cestujících v případech, kdy si zakoupili spojené cestovní služby jiná, než je tomu v případech, kdy se cestující účastní zájezdu a mají tak s cestovní kanceláří uzavřenou smlouvu o zájezdu.

Je třeba upozornit, že u spojených cestovních služeb se na zákazníky nevztahují žádná z práv, která se vztahují výhradně na zájezdy. Stupeň poskytnuté ochrany zákazníka je tedy v případě spojených cestovních služeb nižší. Za řádné poskytnutí jednotlivých služeb neodpovídá na rozdíl od zájezdu cestovní kancelář, nýbrž jednotliví poskytovatelé té které služby cestovního ruchu, se kterými zákazník o této službě uzavřel samostatnou smlouvu.¹²

Rovněž v případě úpadku cestovní kanceláře je ochrana zákazníka, kterému byl cestovní kancelář zprostředkován nákup spojených cestovních služeb, menší. Vztahuje se totiž pouze na tu finanční částku, kterou zákazník zaplatil přímo cestovní kanceláři (jakožto zprostředkovateli spojených cestovních služeb).¹³ O tuto částku by však zákazník přijít neměl, a to i díky nově zavedené povinnosti cestovních kanceláří přispívat do garančního fondu, který slouží jako pojistka právě pro případy, kdy se cestovní kancelář dostane do platební neschopnosti.¹⁴ Přispívat do garančního fondu je povinností každé cestovní kanceláře. Výši příspěvku stanovuje Ministerstvo pro místní rozvoj ČR vyhláškou a základem pro jeho výpočet jsou roční plánované tržby cestovní kanceláře z prodeje zájezdů a z prodeje služeb cestovního ruchu, které jsou součástí spojených cestovních služeb. V roce 2019 byla výše příspěvku 0,1 % ze základu.¹⁵ Pro následující rok 2020 byla pak výše ročního příspěvku cestovních kanceláří do garančního fondu stanovena na 0,05 % ze zmiňovaného základu pro jeho výpočet.¹⁶ Roční příspěvek je splatný do 31. prosince na rok následující.

11 Tamtéž [cit. 25. 11. 2019].

12 ČESKÁ OBCHODNÍ INSPEKCE. *Je rozdíl mezi zájezdem, spojenými cestovními službami a ubytováním?* [online 6. 9. 2017]. Dostupné z: <https://www.coi.cz/faq/a-je-rozdil-mezijazezdem-a-ubytovanim/> [cit. 25. 11. 2019].

13 ČESKÁ OBCHODNÍ INSPEKCE. *Je rozdíl mezi zájezdem, spojenými cestovními službami a ubytováním?* Op. cit. pozn. 12. [cit. 25. 11. 2019].

14 CYRÁNYOVÁ, L. *Zájezdy ve světle novely občanského zákoníku a souvisejících předpisů*. *Epravo.cz*. [online 2. 8. 2018]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/zajezdy-ve-svetle-novely-obcanskeho-zakoniku-a-souvisejicich-predpisu-107973.html> [cit. 25. 11. 2019].

15 MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR. *Garanční fond cestovních kanceláří*. [online]. Dostupné z: <https://www.mmr.cz/cs/Caste-dotazy/Cestovni-ruch/Garancni-fond-cestovnich-kancelari> [cit. 25. 11. 2019].

16 Vyhláška ze dne 17. září 2019 o výši ročního příspěvku cestovní kanceláře do garančního fondu pro rok 2020.

Případná repatriace bude v případě úpadku cestovní kanceláře zajištěna, jen pokud je cestovní kancelář, která spojené cestovní služby zprostředkovala, odpovědná za přepravu osob.¹⁷

Z výše uvedeného je pro zákazníka nejpodstatnější, že za řádné plnění sjednaných služeb cestovního ruchu zodpovídají jednotliví poskytovatelé a svých práv plynoucích z jejich vadného plnění se tak zákazník může, resp. musí dovolávat právě u nich, nikoliv u cestovní kanceláře, která zde vystupuje pouze v roli zprostředkovatele.

Závěr

Cílem příspěvku bylo přiblížení alternativního obchodního modelu k zájezdu, a sice spojených cestovních služeb, a to především v tom smyslu, aby čtenář byl schopen rozlišit, kdy se jedná o tu kterou variantu jakéhosi balíčku nebo kombinace služeb cestovního ruchu. Na příkladech bylo ukázáno, že hlavní rozdíl spočívá v počtu smluv, které jsou za splnění dalších podmínek uzavírány za účelem jedné cesty. Dále bylo poukázáno na asi nejdůležitější rozdíl mezi zájezdem a spojenými cestovními službami z pohledu zákazníků, jenž se týká jejich ochrany. A sice že odpovědnost za vadné plnění poskytovaných služeb a další povinnosti přechází z cestovní kanceláře na poskytovatele konkrétních služeb cestovního ruchu, se kterými byly uzavřeny jednotlivé smlouvy.

LITERATURA

- [1] CYRÁNYOVÁ, L. Zájezdy ve světle novely občanského zákoníku a souvisejících předpisů. *Epravo.cz*. [online 2. 8. 2018]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/zajezdy-ve-svetle-novely-obcanskeho-zakoniku-a-souvisejicich-predpisu-107973.html>.
- [2] ČESKÁ OBCHODNÍ INSPEKCE. *Je rozdíl mezi zájezdem, spojenými cestovními službami a ubytováním?* [online 6. 9. 2017]. Dostupné z: <https://www.coi.cz/faq/a-je-rozdil-mezi-zajezdem-a-ubytovanim/>.
- [3] HÁSOVÁ, J.: *Nová úprava cestovních služeb. Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2016, 488 s., ISBN: 978-80-88055-01-3.
- [4] KRÁLOVÁ, R. a kol.: *Seminář k novele zákona č. 159/1999 Sb. Ministerstvo pro místní rozvoj ČR*. [online 6. 9. 2017]. Dostupné z: https://www.mmr.cz/getattachment/4e273ffa-cb49-4b8b-a9c5-40a4b66d78ec/Prezentace_novela-zakona-159.pdf.aspx?lang=cs-CZ&ext=.pdf.
- [5] MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR. *Co je považováno za spojené cestovní služby (SCS)?* [online 6. 9. 2017]. Dostupné z: [https://www.mmr.cz/cs/Caste-dotazy/Cestovni-ruch/Co-je-povazovano-za-spojene-cestovni-sluzby-\(SCS\)](https://www.mmr.cz/cs/Caste-dotazy/Cestovni-ruch/Co-je-povazovano-za-spojene-cestovni-sluzby-(SCS)).
- [6] MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR. *Garanční fond cestovních kanceláří*. [online]. Dostupné z: <https://www.mmr.cz/cs/Caste-dotazy/Cestovni-ruch/Garancni-fond-cestovnich-kancelari>.

17 Článek 19 směrnice 2015/2302.

- [7] Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách, o změně nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU a o zrušení směrnice Rady 90/314/EHS.
- [8] Vyhláška ze dne 17. září 2019 o výši ročního příspěvku cestovní kanceláře do garančního fondu pro rok 2020.
- [9] Zákon č. 159/1999 Sb., o některých podmínkách podnikání a o výkonu některých činností v oblasti cestovního ruchu, ve znění pozdějších předpisů.

Kontaktní adresa autora:

Ing. Lukáš Vacuška

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: Lukas.Vacuska@seznam.cz

PRÁVNÁ ÚPRAVA SPOLOČNOSTI S RUČENÍM OBMEDZENÝM V SR V KOMPARÁCI S PRÁVNOU ÚPRAVOU V ČR

Abstrakt: Autorka sa vo svojom príspevku zaoberá právnou úpravou slovenskej spoločnosti s ručením obmedzeným v porovnaní s právnou úpravou spoločnosti s ručením obmedzeným v Českej republike v zmysle zákona o obchodných korporáciách. Zamýšľa sa nad možnými zmenami právnej úpravy podľa obchodného zákonníka aj v nadväznosti na pripravovanú rekodifikáciu súkromného práva na Slovensku. Prostredníctvom metódy komparácie sa snaží konkretizovať nevyhnutné zmeny právnej úpravy spoločnosti s ručením obmedzeným v budúcnosti.

Abstract: Author deals in her contribution with legislation of a Slovak limited liability company in comparison with legal regulation in the Czech Republic under the Act on Business Corporations. She thinks about possible changes of legislation under the Commercial Code also in connection with the upcoming recodification of private law in Slovakia. Through the method of comparison, she seeks to specify the necessary changes in the legislation of a limited liability company in the future.

Klíčová slova: spoločnosť s ručením obmedzeným, základné imanie, minimálna výška vkladu spoločníka, obchodný podiel/podiel, kmeňový list, ručenie spoločníkov, maximálny počet spoločníkov, pravidlo podnikateľského úsudku.

Key words: limited liability company, share capital, minimum shareholder's contribution, business share/share, master certificate, liability of shareholders, maximum number of shareholders, business judgement rule.

1. Základné imanie/kapitál, vklad

Ustanovenie § 105 ods. 1 zákona č. 530/1991 Zb. obchodného zákonníka v znení neskorších predpisov (ďalej aj „Obchodný zákonník“ alebo „OBZ“) definuje spoločnosť s ručením obmedzeným (ďalej aj „s.r.o.“) ako „spoločnosť, ktorej základné imanie tvoria vopred určené vklady spoločníkov“. Pojmovým znakom tohto typu obchodnej spoločnosti je základné imanie, ktorým sa podľa § 58 ods. 1 OBZ rozumie „peňažné vyjadrenie súhrnu peňažných a nepeňažných vkladov všetkých spoločníkov do spoločnosti“. V zmysle § 109 ods. 2 OBZ sa každý spoločník môže zúčastniť na založení s.r.o. iba jedným vkladom, pričom súhrnná hodnota vkladov spoločníkov sa musí rovnať výške základného imania. Hodnota základného imania s.r.o. musí byť aspoň 5000 € a minimálna výška vkladu spoločníka aspoň 750 € (§ 108 ods. 1, § 109 ods. 1 OBZ).

Splatená časť základného imania pri vzniku spoločnosti predstavuje čistú hodnotu majetku, čisté obchodné imanie, ktorým sa rozumie rozdiel medzi aktívami spoločnosti (obchodný majetok) a jej pasívami. Na rozdiel od obchodného majetku je základné imanie iba účtovnou veličinou, ktorá sa účtuje na strane pasív a väčšinou nezodpovedá reálnemu stavu majetku, ktorý môže byť vyšší alebo nižší ako základné imanie.¹ Je základným vlastným zdrojom financovania spoločnosti slúžiacim na bežnú prevádzku spoločnosti a jej ďalší rozvoj.² Základné imanie a rozsah jeho splatenia, výška vkladu spoločníka a rozsah jeho splatenia, ako aj zmeny týchto údajov sú povinne zapisovanými údajmi do obchodného registra.³

V definícii s.r.o. v zmysle zákona č. 90/2012 Sb. o obchodných spoločnostiach a družstvách (zákon o obchodných korporáciách) (ďalej aj „ZOK“) došlo k čiastočným, aj keď nie materiálnym zmenám. Základný kapitál už nie je definičným znakom s.r.o. V zmysle všeobecného ustanovenia § 30 ZOK je vymedzený ako „*súhrn všetkých vkladov*“, pričom vkladom sa rozumie „*peňažné vyjadrenie hodnoty predmetu vkladu do základného kapitálu obchodnej korporácie*.“ (§ 15 ods. 1 ZOK) Rovnako tak je v ustanovení § 142 ZOK upravená minimálna výška vkladu 1 Kč, ak v spoločenskej zmluve nie je dohodnutá vyššia čiastka. Základný kapitál už nie je koncepčným prvkom s.r.o., naopak týmto prvkom zostáva obmedzené ručenie spoločníkov za dlh spoločnosti.⁴

Právna úprava ZOK opúšťa základné imanie *de facto*, ale nie *de iure*. Rovnako navrhujeme aj v slovenskej právnej úprave s.r.o. minimalizovať, ale nie úplne vypustiť výšku základného imania, a to vo väzbe na minimálny vklad spoločníka vo výške 1 €. Medzi funkcie základného imania patrí garančná, spojená s ochranou veriteľov, regulačná, ktorá znamená, že štát v niektorých odvetviach reguluje aj výšku základného imania držiteľov povolenia napr. banky, poisťovne, ako aj funkcia symbolická. Kým garančná funkcia je iluzórna, ide o účtovný pojem, regulačná a psychologická funkcia predstavujú pozostatky tradičného vnímania obchodných spoločností. Základné imanie ale plní iné dôležité úlohy, vyjadruje účasť spoločníka na spoločnosti a je merítkom práv menšinových spoločníkov.⁵ Pri zavedení minimálneho vkladu spoločníka s.r.o. vo výške 1 €, ako aj minimálneho základného imania, je potrebné uvažovať nad ekvivalentnými prostriedkami ochrany veriteľov a spoločníkov. V zmysle ZOK je to napr. test insolvenčie, či pravidlá správy obchodných korporácií⁶, pričom uvedené prostriedky ochrany veriteľov už sú čiastkovo etablované aj v OBZ, či v zákone č. 7/2005 Zb. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Podľa návrhu smernice o spoločnostiach s ručením obmedzeným s jediným spoločníkom (SUP) boli formulované povinnosti konateľov pri rozdelení zisku, a to test súvahy a vyhlásenie o platobnej neschopnosti.⁷

- 1 Pre základné imanie má význam len peňažné vyjadrenie vkladov v spoločenskej zmluve, nie ich skutočná hodnota. Peniaze zložené na účet spoločnosti sa stávajú súčasťou obchodného majetku, výšku základného imania určuje iba ich nominálna hodnota. BLAHA, M. S.r.o. In PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník: komentár*. Bratislava: C.H. Beck, 2016, s. 476.
- 2 MAJERIKOVÁ, M. § 58 In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava: Iura Edition, 2012, s. 244–245.
- 3 SLEZÁKOVÁ, A. *Obchodný register – základné hmotnoprávne a procesnoprávne aspekty právnej úpravy* In VETERNÍKOVÁ M. a kol. *Základy obchodného práva pre ekonómov*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 65.
- 4 HAVEL, B. S.r.o. *Obecná ustanovení* In ŠTENGLOVÁ, I. HAVEL, B. CILEČEK, F. KUHN, P. ŠUK, P. *Zákon o obchodných korporáciách. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2013, s. 271.
- 5 KISELY, I. *Flexibilita konceptu základného imania v kapitálových obchodných spoločnostiach*. Dizertačná práca. PF UK v Bratislave, 2019, s. 66–73.
- 6 HAVEL, B. *Zákon o obchodných korporáciách s aktualizovanou dôvodovou zprávu s rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 44.
- 7 Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady o spoločnostiach s ručením obmedzeným s jediným spoločníkom KOM (2014) 212 v konečnom znení.

V súvislosti so znížením základného imania sa vynára aj otázka existencie rezervného fondu, ktorý slúži vo výške, v akej sa povinne vytvorí, na krytie strát spoločnosti. V zmysle § 124 ods. 1 OBZ sa vytvára buď pri vzniku spoločnosti alebo pri prvom dosiahnutí zisku, a to vo výške minimálne 5 % z čistého zisku, nie však viac ako 10 % základného imania, pričom sa každoročne dopĺňa vo výške určenej spoločenskou zmluvou alebo stanovami, najmenej do dosiahnutia výšky 10 % základného imania. Právna úprava ZOK od rezervného fondu logicky upustila, ak by sme v slovenskej právnej úprave znížili minimálny vklad spoločníka na 1 €, v dôsledku čoho by došlo aj k zníženiu základného imania, je jasné, že koncepcia rezervného fondu s.r.o. v budúcnosti neobstojí.

2. Obchodný podiel, podiel

V zmysle § 114 ods. 1 OBZ predstavuje obchodný podiel práva a povinnosti spoločníka s.r.o. a jeho účasť na spoločnosti z toho plynúcu. Každý spoločník môže mať iba jeden obchodný podiel v spoločnosti, čo spolu s možnosťou vylúčenia dedenia obchodného podielu, či obmedzenia alebo vylúčenia prevodu obchodného podielu predstavuje osobný prvok v s.r.o. V prípade ďalšieho vkladu spoločníka do spoločnosti sa jeho obchodný podiel o výšku tohto vkladu zvyšuje (§ 114 ods. 2 OBZ). Uplatňuje sa tu koncentračná zásada a princíp jednotnosti obchodného podielu.⁸ Výška obchodného podielu sa určuje pomerom vkladu spoločníka na základnom imaní spoločnosti, ak v spoločenskej zmluve nie je uvedené inak.

Pojem „*podiel*“ v zmysle všeobecného ustanovenia § 61 ods. 1 OBZ je v porovnaní s pojmom „*obchodný podiel*“ užším pojmom a vyjadruje majetkové práva spoločníka ako mieru účasti na čistom obchodnom imaní spoločnosti (právo na vyplatenie podielu na zisku, vyrovnacieho podielu a podielu na likvidačnom zostatku). Naopak obchodný podiel je širším pojmom, ktorý zahŕňa nielen majetkové práva, ale aj nemajetkové práva a povinnosti a tomu zodpovedajúcu účasť spoločníka na spoločnosti, teda podiel na riadení, rozhodovaní a kontrole činnosti obchodnej spoločnosti. Prevláda názor, že obchodný podiel ako spôsobilý predmet občianskoprávných vzťahov predstavuje „*inú majetkovú hodnotu*“ v zmysle § 118 ods. 1 zákona č. 40/1964 Zb. občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov.⁹ Spoločník je majiteľom obchodného podielu, s ktorým môže nakladať, môže ho previesť, založiť, rozdeliť a môže byť aj predmetom dedenia, či exekúcie.¹⁰

Kým výška vkladu do spoločnosti sa v závislosti na hospodárskych výsledkoch spoločnosti nemení, k jej zmene môže dôjsť v prípade zníženia alebo zvýšenia základného imania spoločnosti na základe prevzatia záväzku spoločníka na nový vklad, hodnota obchodného podielu je priamo závislá od hospodárenia spoločnosti, pretože jeho majetková zložka sa viaže na čisté obchodné imanie spoločnosti.¹¹ Nachádzame aj opačný názor, podľa ktorého rovnako ako základné imanie aj obchodný podiel je stabilnou veličinou,

8 MAJERIKOVÁ, M. S.r.o. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*, s. 495, 532–533.

9 Stretáme sa aj s tvrdením, že obchodný podiel nie je vecou, nie je len právom ani inou majetkovou hodnotou, pretože s ním zákon spája práva a povinnosti, no napriek tomu je predmetom právnych vzťahov. HUSÁR, J. S.r.o. In SUCHOŽA, J. a kol. *Obchodný zákonník a súvisiac predpisy. Komentár*, s. 378.

10 BLAHA, M. S.r.o. In PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník: komentár*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 470–471.

11 Tamtiež, s. 477.

ktorá sa môže meniť len pri zvýšení alebo znížení základného imania, čím je garantovaná pozícia spoločníka určená v spoločenskej zmluve.¹²

V zmysle všeobecného ustanovenia § 31 ZOK podiel predstavuje účasť spoločníka v spoločnosti a práva a povinnosti z toho vyplývajúce. Ide o kvalitatívny identifikátor spoločníka v spoločnosti. Podľa predchádzajúcej civilnoprávnej úpravy išlo o „*inú majetkovú hodnotu*“, po rekonštrukcii sa používa pojem „*vec nehmotná*“. Kým pod kvalitatívnu stránku podielu radíme majetkové práva, ako aj nemajetkové práva, kvantitatívna stránka je vyjadrená výškou podielu, teda rozsahom týchto práv v porovnaní s rozsahom práv rovnakého druhu iných členov spoločnosti.¹³

Podľa § 133 ZOK sa podiel spoločníka s.r.o. určí podľa pomeru jeho vkladu pripadajúceho na tento podiel k výške základného kapitálu, ak v spoločenskej zmluve nie je uvedené inak. Na rozdiel od slovenskej právnej úpravy spoločník môže vlastniť viac podielov v spoločnosti, ak je to uvedené v spoločenskej zmluve. Rovnako tak, ak to pripustí spoločenská zmluva, môže v spoločnosti existovať viac druhov podielov, pričom podiel, s ktorým nie sú spojené osobitné práva a povinnosti sa nazýva základný podiel (§ 135 ZOK). Tu vidíme inšpiráciu a podobnosť najmä s anglickou Private Limited Company, kde môžu byť akcie (*shares*) rozdelené na viacero druhov, kategórií a spoločník môže byť majiteľom neobmedzeného počtu akcií.

Na základe vyššie uvedeného odporúčame v slovenskej právnej úprave upustiť od pojmu obchodný podiel za pomoci využitia všeobecného pojmu podiel, opustiť princíp jedného obchodného podielu a umožniť spoločníkom vlastniť viac podielov, ako aj zaviesť rôzne druhy podielov v závislosti od práv, ktoré sú s nimi viazané, za predpokladu, že je to dohodnuté v spoločenskej zmluve. Uvedené zmeny považujeme za dôležitý posun právnej úpravy slovenskej s.r.o. smerom k európskemu štandardu spoločností s obmedzeným ručením. Podporným argumentom by mohla byť aktuálna právna úprava jednoduchej spoločnosti na akcie, kde môže spoločnosť okrem kmeňových akcií vydávať aj akcie spojené s osobitnými právami.

V zmysle § 32 ZOK môže mať podiel spoločníka v s.r.o. formu cenného papiera. Kmeňový list nemôže byť vydaný vo forme zaknihovaného cenného papiera a nie je verejne obchodovateľný na európskom regulovanom alebo inom verejnom trhu. Môže byť vydaný aj ako hromadná listina. Toto opatrenie, podobne ako možnosť existencie viacerých druhov podielov bolo prijaté za účelom zatraktívnenia s.r.o.¹⁴ Považujeme ho za prínosné a aplikovateľné aj v našich právnych podmienkach.

12 HUSÁR, J. S.r.o. In SUCHOŽA, J. a kol. *Obchodný zákonník a súvisiace predpisy. Komentár*. Bratislava: Eurounion, 2016, s. 378.

13 BELOHLÁVEK, A. J., HÓTOVÁ, R. § 133 In BELOHLÁVEK, A. J. a kol. *Komentár k zákonu o obchodných korporáciách*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 657.

14 HAVEL, B. S.r.o. *Obecná ustanovení* In: ŠTENGLOVÁ, I. HAVEL, B. CILEČEK, F. KUHN, P. ŠUK, P. *Zákon o obchodných korporáciách. Komentár*, s. 277.

3. Ručenie spoločníkov za záväzky spoločnosti, počet spoločníkov, štatutárny orgán a pravidlo podnikateľského úsudku

Podľa § 106 OBZ zodpovedá s.r.o. za svoje záväzky celým svojím majetkom a spoločníci ručia do výšky nesplateného vkladu zapísaného v obchodnom registri. Ručenie spoločníkov je síce spoločné, čiže veriteľ môže uplatniť svoju pohľadávku voči ktorémukoľvek spoločníkovi, ktorého vklad podľa údajov zapísaných do obchodného registra nebol ešte splatený, ale nie je solidárne, čiže veriteľ nemôže požadovať od spoločníkov, ručiteľov plnenie v rovnakej výške.¹⁵

Podľa § 132 ods. 1 ZOK vzniká na základe zákona solidárne ručenie spoločníkov, a to do výšky nesplatených vkladov, čo znamená, že spoločníci sú povinní plniť všetci za jedného a jeden za všetkých podľa hesla štyroch mušketierov. Veriteľ môže vyzvať k plneniu ručiteľského záväzku ktoréhokoľvek spoločníka, a to bez ohľadu na to, či splnil alebo nesplnil svoju vkladovú povinnosť.¹⁶ Zásadný rozdiel oproti predchádzajúcej českej právnej úprave ručenia spoločníkov za záväzky spoločnosti spočíva v jednoduchšom uplatnení pohľadávky veriteľa voči spoločníkovi. Zatiaľ čo podľa starej právnej úpravy bol pre prípad súdneho konania rozhodujúci stav ku dňu vydania súdneho rozhodnutia, v zmysle ZOK je rozhodujúci stav zapísaný v obchodnom registri ku dňu doručenia výzvy veriteľa spoločníkovi (ručiteľovi).¹⁷ Výzvou veriteľa ručenie nevzniká, ale fixuje sa jeho výška, a to podľa stavu plnenia vkladových povinností podľa stavu zápisu v obchodnom registri.

V zmysle § 105 ods. 2 a 3 OBZ je minimálny počet spoločníkov 1 a maximálny 50. Ak by ich počet prekročil 50, napr. v prípade dedenia obchodného podielu, je to dôvod na zrušenie spoločnosti súdom, za predpokladu, že spoločnosť napr. nezmení právnu formu alebo nedôjde k jej rozdeleniu, pričom existuje tu aj tzv. inštitút spoločného obchodného podielu patriaceho viacerým osobám, kde sa do počtu spoločníkov zarátava iba jeden spoločník.¹⁸ Zároveň je v ustanovení § 106 OBZ upravený zákaz reťazenia obchodných spoločností, čo znamená, že s.r.o. – právnická osoba nemôže byť jediným zakladateľom alebo sa v dôsledku nadobudnutia obchodného podielu nemôže stať jediným spoločníkom inej s.r.o. a v prípade fyzickej osoby táto môže sama založiť, resp. byť jediným spoločníkom najviac v troch s.r.o.

ZOK už nelimituje maximálny počet spoločníkov s.r.o. a zároveň ruší zákaz reťazenia obchodných spoločností. Ochrana proti zneužitiu reťazenia je garantovaná ustanoveniami o vplyvnej osobe podľa § 71 a nasl. ZOK.¹⁹ V budúcej slovenskej právnej úprave s.r.o. navrhujeme maximálny počet spoločníkov zrušiť.

15 MAJERIKOVÁ, M. S.r.o. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*, s. 501–503.

16 HAVEL, B. S.r.o. *Obecná ustanovení* In: ŠTENGOVÁ, I. HAVEL, B. CILEČEK, F. KUHN, P. ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*, s. 271.

17 LOCHMANOVÁ, L. § 132 In: BELOHLÁVEK, A. J. a kol. *Komentář k zákonu o obchodních korporacích*, s. 649.

18 HUSÁR, J. S.r.o. In: SUCHOŽA, J. a kol. *Obchodný zákonník a súvisiace predpisy. Komentár*, s. 363.

19 HAVEL, B. S.r.o. *Obecná ustanovení* In: ŠTENGOVÁ, I. HAVEL, B. CILEČEK, F. KUHN, P. ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*, s. 273.

V zmysle § 135a OBZ sú konatelia ako štatutárny orgán s.r.o. povinní postupovať pri výkone svojej funkcie s odbornou starostlivosťou, čo znamená, že sú povinní dodržiavať najmä povinnosť profesionality, lojality a mlčanlivosti. Zodpovednosť za tzv. riziko neúspechu v obchode ale štatutár nenesie. Podobne je v osobitných ustanoveniach OBZ upravená aj povinnosť štatutárov akciovej spoločnosti a družstva, čiže právna úprava je roztrieštená, hoci jej podstata a zmysel je v zásade identický. Na právnu úpravu povinnosti konateľov konat' s odbornou starostlivosťou môžeme aplikovať pravidlo podnikateľského úsudku, ktoré vychádza z trojprvkového testu odbornej starostlivosti štatutárnych orgánov.²⁰

ZOK zaviedol pravidlo podnikateľského úsudku vo svojich všeobecných ustanoveniach. Navrhujeme preto, aby sa povinnosť štatutárnych orgánov upravila vo všeobecnej časti obchodnoprávneho predpisu upravujúceho obchodné spoločnosti. Doktrína *business judgement rule* vychádza z prezumpcie, že štatutári konali informovane a v súlade so záujmami spoločnosti a spoločníkov, dôkazné bremeno znášajú spoločníci. Aj keď môžeme konštatovať, že sa uvedená doktrína *de facto* aplikuje u nás, dôkazné bremeno tejto objektívnej zodpovednosti s možnosťou liberácie znášajú konatelia. Je už na zákonodarcovi, akým spôsobom sa pokúsi pravidlo *business judgement rule* aplikovať v našich právnych podmienkach.

Záver

Právnu úpravu s.r.o. podľa ZOK považujeme za inšpiratívnu, pokrokovú a v určitom zmysle slova za nadčasovú. Do slovenskej právnej úpravy s.r.o., aj s ohľadom na pripravovanú rekodifikáciu súkromného práva, odporúčame preniesť niektoré zásadné prvky, najmä znížiť základné imanie viažuce sa na minimálny vklad spoločníka vo výške 1 €, upustiť od princípu jedného podielu a umožniť tak spoločníkom vlastniť viac, ako aj viacero druhov podielov, a to aj vo forme cenného papiera, zrušiť obmedzenie maximálneho počtu spoločníkov a aplikovať na členov štatutárneho orgánu pravidlo *business judgement rule*. Uvedené zmeny považujeme za prínosné aj za účelom zatraktívnenia s.r.o. nielen pre slovenských podnikateľov.

Počas písania tohto článku bol realizovaný prieskum za účelom zistenia, ako navrhované zmeny vnímajú členovia akademickej obce, ako aj odborníci z praxe. Môžeme konštatovať, že prevažná väčšina respondentov sa k zmenám zníženia základného imania viazaného na zníženie minimálneho vkladu stavia pozitívne, považuje ich za prínos, iba dvaja respondenti zaujali negatívne stanovisko a jeden nevyjadril žiaden konkrétny názor. Aj výsledky uvedeného prieskumu považujeme za odraz skutočnosti, že zmena právnej úpravy s.r.o. na Slovensku v dohľadnom čase by bola v spoločnosti vítaná.

20 JABLONKA, B. Odborná starostlivosť z pohľadu povinností štatutára pri výkone funkcie. In: *Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2016*. PF UK v Bratislave, 2016, s. 16–17.

LITERATURA

- [1] BELOHLÁVEK, A. J. a kol. *Komentář k zákonu o obchodních korporacích*. Plzeň : Aleš Čeněk, 2013. 2733 s. ISBN 978-80-7380-451-0.
- [2] HAVEL, B. a kol. *Zákon o obchodních korporacích s aktualizovanou důvodovou zprávou s rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, 287 s. ISBN 978-80-7208-923-9.
- [3] JABLONKA, B. Odborná starostlivost' z pohľadu povinností štatutára pri výkone funkcie. In: *Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2016*. PF UK v Bratislave, 2016, s. 15–19. ISBN 978-80-7160-427-3
- [4] KISELY, I. *Flexibilita konceptu základného imania v kapitálových obchodných spoločnostiach*. Dizertačná práca. PF UK v Bratislave, 2019, 127 s.
- [5] OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava: Iura Edition, 2012, 2192 s. ISBN 978-80-8078-434-8
- [6] PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník: komentár*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, 1677 s. ISBN 978-80-89603-12-1.
- [7] SUCHOŽA, J. a kol. *Obchodný zákonník a súvisiace predpisy. Komentár*. Bratislava: Eurounion, 2016, 1336 s. ISBN 978-80-89374-34-2.
- [8] VETERNÍKOVÁ M. a kol. *Základy obchodného práva pre ekonómov*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, 311 s. ISBN 978-80-8168-727-3.
- [9] ŠTENGLOVÁ, I. HAVEL, B. CILEČEK, F. KUHN, P. ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2013, 1008 s. ISBN 978-80-7400-480-3.
- [10] Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady o spoločnostiach s ručením obmedzeným s jediným spoločníkom KOM (2014) 212 v konečnom znení.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Lenka Vačková, Ph.D.
Katedra obchodného práva
Obchodnej fakulty EU v Bratislave
Dolnozemska cesta 1
852 35 Bratislava
E-mail: lenka.vacokova@gmail.com

PUBLIC LAW OR PRIVATE LAW ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW: PUBLIC RESEARCH IN THE CZECH REPUBLIC

Abstrakt: Cílem článku je na základě provedeného dotazníkového šetření posoudit, jak česká společnost vnímá škodlivost dohod narušujících hospodářskou soutěž a jaké právní prostředky k prevenci protisoutěžního jednání považuje za vhodné. Pro řádné fungování jakékoli veřejné politiky je totiž třeba, aby měla podporu veřejnosti. Pokud jde o soukromé uplatňování soutěžního práva, je jeho praktická využitelnost ještě zřetelněji závislá na vnímání jeho potřeby ze strany veřejnosti. Článek tak přispívá do diskuze o efektivním vymáhání pravidel na ochranu hospodářské soutěže.

Abstract: The aim of this paper is to consider, on the basis of a survey carried out, how the Czech society perceives a harmful effect of cartels and what legal means preventing the anticompetitive behaviour are considered optimal. A public support is needed for a functioning of any public policy. A practical usage of private enforcement of competition law is even more clearly dependent on the public perception of its importance. The paper thus contributes to the discussion on the efficient enforcement of competition law.

Klíčová slova: *soutěžní právo, kartel, efektivní vymáhání, průzkum.*

Key words: *competition, cartel, efficient enforcement, survey.*

Introduction

The main goal of competition law worldwide is to achieve optimal deterrence of anti-competitive behaviour. The means, or their combination, through which such goal can be achieved, vary. In the EU countries, heavy fines are a dominant enforcement instrument. Yet, these corporate monetary sanctions are not efficient enough to eliminate anticompetitive behaviour at optimal level and thus EU as well as national states try to add another enforcement instruments to enhance deterrence such as private enforcement¹ or various individual sanctions. However, in order for any public policy to work in practice, and in terms of enforcement of competition law it is mainly the case of the private enforcement, it is necessary to be publicly accepted as useful and needed. The fact that public opinion affects policy significantly was confirmed by the past research work reviewed by Paul

¹ For deeper insight on economics on private enforcement see e.g. HUBKOVÁ P., Soukromé vymáhání evropského soutěžního práva: obrana „passing-on“ a nároky na náhradu škody nepřímých odběratelů, *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – Sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2016, ISBN: 978-80-904595-9-5, s. 429 a násl.

Burstein.² Public support of enforcing competition law rules thus plays an important role in deterrence. If people believe that cartels are harmful and should be punished, they will less likely (compared to when public do not perceive cartels harmful) be willing to collude since if caught, they would face a social condemnation.³

The aim of this paper is thus to contribute to the research of optimal deterrence of competition law in terms of public perception of harmful effects of cartels. In this regard, I carried out the survey in the Czech Republic one year after passing the new act on damages in the field of competition law, the aim of which is to strengthen the position of parties harmed by cartels and thus incentivize them to file actions for damages. The practical usage of such actions will, however, be strongly determined, inter alia, by public opinion on harmful effects of cartels on people's well-being and their willingness to sue. In other words, if people do not think that cartels are harmful, we can hardly expect them to file damages actions against them and the new law, no matter how theoretically well drafted, will be of little practical use. The same is the case of criminalization – it will only be desirable if public accepts such harmfulness of cartels for society which needs to be punished harshly.⁴

The empirical research of public opinions in the field of competition law in Europe is rather poor. One such survey was done by Andreas Stephan⁵ in the UK in 2007, and than in 2015 in the UK, Germany, France and the USA.⁶ I believe that competition law enforcement in Europe has developed since and that the new survey, especially in the post-communist small economy as the Czech Republic can contribute to the improvement of the enforcement efforts to the future.

1. Methodology

To gain the required data for this research, I drafted a questionnaire containing 13 questions⁷ (mostly multiple choice questions) relating to price-fixing and sent it in cooperation with STEM/MARK a.s., a company specialized in the marketing research, to the respondents from their database fulfilling the various demographic criteria. We decided to choose a representative sample of 700 respondents across the Czech Republic of different age, sex, education, region, personal income and the size of the place of the residence. The questionnaire panel was filled by the respondents on-line. The output received from STEM/MARK a.s. were the clean data in the SPSS and Excel format.

2 BURSTEIN, P., The impact of public opinion on public policy: A review and an agenda. *Political Research Quarterly*, vol. 56, No. 1 (Mar., 2003); pp. 29–40.

3 STEPHAN, A., Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain, *Competition. Law Review*, Vol. 5, No. 1 (May 1, 2007), p. 2, 2008. Available online at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=993407> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.993407>.

4 HARDIN C., Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels, *Critical Criminology*, volume 14, issue 2 (June 2006), p. 197.

5 STEPHAN, A., Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain, *Competition. Law Review*, Vol. 5, No. 1 (May 1, 2007), p. 123-145.

6 STEPHAN, A., Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA, *SSRN Electronic Journal* (July 2015). CCP Working Paper 15-8. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2642181> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2642181>.

7 Nevertheless, for the purpose of this paper I include only five questions because of the narrow word limit.

2. The results

In the first question, the respondents were asked about the harmful effects of the price fixing agreement among the gas oil companies. I asked about the “agreement” rather than “price fixing agreement” to avoid any potential influencing of the respondent’s answer.

The first question was:

Imagine a situation when the owners of three gas oil companies in the closest neighbourhood regularly meet together in order to agree on price of one litre of petrol. You find such agreement:

I am not able to say if such agreement is beneficial or disadvantageous for a customer.	20 %
Disadvantageous for a customer because such agreed price will be higher than a market price.	68 %
Beneficial for a customer who does not need to think which petrol station to choose because all the prices will be equal.	12 %

It is clear that most of the population (68 %) feel that price fixing between competitors is harmful for customers since it leads to the rise of the prices above the market level. We observed a strong difference in answers between the respondents according to their education. Whereas 86 % of the respondents with the university degree feel the harmful effect of price-fixing cartels, only 62 % of respondents with elementary education. Correspondingly, the level of income played a role in such perception.⁸ Whereas around 60 % of the lower-income respondents (up to CZK 20 000 monthly) perceive the harmful effect of the agreement in question, it is around 90 % in the category of higher-income respondents (above CZK 40 000 monthly). Moreover, no single respondent from such higher-income category believed that such price-fixing agreement could be beneficial for customers. The respondents with higher income also have a stronger spending power which might further explain their higher sensitiveness on harmful effects of cartels.⁹ Quite interestingly, we observed that men perceived the harmful effect of cartels in 80 % whereas women only in 58 %. Such difference can be at least partly explained by the lower degree of education of women in society compared to men.¹⁰

Whereas price-fixing was quite dominantly felt as disadvantageous for customers, market sharing is perceived by respondents differently.

8 We make an assumption that the level of education positively correlates with the level of income.

9 STEPHAN, A., Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain, *Competition. Law Review*, Vol. 5, No. 1 (May 1, 2007), p. 12. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=993407> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.993407>.

10 Statistics of education in the Czech Republic by Czech Statistical Authority, available online: <https://www.czso.cz/documents/10180/20536250/17023214.pdf/7545a15a-8565-458b-b4e3-e8bf43255b12?version=1.1>, visited on 30 October 2019.

The second question was as follows:

Before the start of a summer season at the local beach, the sellers of ice-cream meet together and agree where each of them places his or her stand so that they divide the customers equally. You feel that such agreement is:

I am not able to say if such agreement is beneficial or disadvantageous for a customer.	14 %
Disadvantageous for a customer because such agreement on division of customers allows the sellers to charge higher prices.	20 %
Beneficial for customers because thanks to the agreement, each visitor is close to some stand with an ice cream.	66 %

Thus, in case of market sharing which entails some convenience for customers such as closeness of an ice-cream stand on the beach, the harmful effect of such anticompetitive practice is not straightforward. On the contrary, the customers are willing to accept such anticompetitive practice in exchange for the convenience. In this question, the demographic criteria were of no influence on the respective answer.

The next question related to the suitable punishment for price fixing agreement. The respondents were supposed to choose whether they agree that such behaviour should be punished at all or not, and if so, whether the state should impose fine upon the cartel, or if they should compensate the victims – customers, or if their anticompetitive conduct should be publicized.

Damages for customers who paid higher price for a product.	16 %
I think that such conduct should be unpunished.	5 %
A fine corresponding to the increase in profit. Such fine would be an income of the state.	19 %
A fine exceeding the profit increase.	34 %
Medialization of such agreement so that the reputation of the competitors suffers.	24 %
Other	2 %

Quite interestingly, the respondents who are the potential victims of an anticompetitive conduct, think only in 16 % that they should be compensated for damage suffered as a result of price increase. This result may suggest that the Czech society is not prepared to file damages actions in the competition law field even after the Act on Compensation of Damage in the Area of Competition¹¹ was passed. On the contrary, a current functioning system of public enforcement by the Czech Competition Authority that imposes fines upon cartel has a support of 53 % of population (34 % of them believe that such fine should exceed the profit increase) which suggests that it should stay a dominant pillar of competition law enforcement. The Czech Competition Authority should try to impose fines on the

¹¹ Act No. 262/2017 Coll.

efficient level so that optimal deterrence is achieved. The efforts of the Czech Competition Authority could be successfully enhanced by the increase of medialization of cartel cases and their harmful effects so that the reputation of the cartelists suffers. Such medialization has quite a strong support among population (24 % which is by 8 % more than compensation of damages). Such medialization is today suboptimal even though it is a measure which is relatively cheap and easy to implement. The medialization may thus suitably complement the existing pillar of public enforcement and strengthen the deterrence efforts.¹²

Quite a massive support of deterrence rather than compensation of damage for the customers (corrective justice¹³) as a main goal of competition law was shown in the next question:

What do you consider more important in case that the undertakings enter into the price fixing agreement and thus the prices of goods artificially rise above the market level?

To punish such undertaking with a sufficiently harsh punishment which has a strong deterrent effect.	47 %
To compensate the victims.	10 %
Both above options are equally important.	32 %
I do not know.	11 %

The results again show that a public enforcement should, according to the public opinion in the Czech Republic, be a dominant pillar in the enforcement efforts of competition law. 47 % of all respondents think that sufficiently harsh punishment which would deter anticompetitive behaviour in the future should be the dominant goal of competition law. The support of 32 % of the respondents of both, the punishment (deterrence) and compensation (corrective justice), as a goal of competition law, could be interpreted such as corrective justice should be a complementary enforcement measure since the sole compensation had rather small support among respondents (only 10 %).

Lastly, we asked directly about the willingness of the respondents to file an action for damages for a breach of competition rules.

The question was as follows:

I would not file an action because it is too costly.	11 %
I would not file an action because the outcome is too insecure.	10 %
I would not file an action because it is too costly and the outcome insecure.	28 %
If more victims would unify and file an action together, I would join them	40 %
If I had enough evidence, I would file an action	11 %

12 VAŇKÁTOVÁ T., *Deterrence without sanctions: the influence of behavioural law and economics on prevention of anticompetitive conduct*. In *Enterprise and Competitive Environment*. Brno: Mendelova universita, 2018, p. 665–666. ISBN 978-80-7509-561-9.

13 The analysis of different goals of competition law as optimal deterrence and corrective justice can be found for example in WILLS, P., J., W., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*. *World Competition* Vol 29, No 2, June 2006, pp. 1–32.

We observe that most of the respondents would be willing to file an action only together with other victims. That shows a support for class action¹⁴ which would incentivize the victims to sue if they suffer damage. The costs and the insecure outcome discourage people from filing the actions themselves alone (49 % of all respondents said they would not sue either because of the costs, or insecure outcome or both). Only 11 % of all would sue if they had enough evidence and thus their position as plaintiffs was strong. To put it differently, 89 % of them would not sue even if they had enough evidence to prove their claim. These results might indicate a general negative attitude of the respondents to the Czech courts since they have doubts about the winning of the lawsuit even if they are objectively able to prove the claim. The strong focus of the Act on Compensation of Damage in the Area of Competition on the ensuring the access to the evidence will thus probably not, in itself, bring success to the enhancement of private enforcement of competition law in the Czech Republic.

Conclusion

This paper introduced a part of the results of the public survey about the perceptions of cartel agreements and their harmful effect. The results show that most of the public (68 %) understand that price-fixing between competitors is harmful and leads to the price increase above the market level. Such perception, however, is strongly influenced by the education of respondents, their wealth and also sex. Men are way stronger sensitive on the danger of cartels than women. Whereas price-fixing is quite obviously harmful for public, market sharing, even though equally harmful, is perceived rather positively. The convenience which is brought about by such practice trades off the harmful effect. Thus, there should be more information spread about the harmful effects of market sharing and their real impact on prices for customers since people currently have distorted perception.

The vast majority of respondents made clear that price fixing should be punished harshly so that deterrence is achieved. They mostly support the current functioning system of fines imposed by the Czech Competition Authority, while only 16 % of them believe that injured customers should be compensated in the first place. The results indicate that a public enforcement of competition law should stay a dominant pillar in the Czech Republic while private enforcement should only complement it. In current situation, customers are mostly not willing to file an action for damages even if they were able to obtain enough evidence to prove their claim. Such negative attitude of public to lawsuits in the field of competition law may explain the weak practical use of private enforcement which has not changed even after passing the new act. The survey also showed a strong support of medialization cartel cases leading to harm on reputation of the cartelists which may further enhance deterrence. This paper is not a complete analysis of the perception of anticompetitive behaviour by public, it rather is a first contribution to this topic and I believe that the results of it can be useful for public policy in the field of competition law.

14 The legislative proposal of class actions in the Czech Republic is currently drafted by Ministry of Justice and will be submitted to the government.

LITERATURA

- [1] Act No. 262/2017 Coll., Act on Compensation of Damage in the Area of Competition.
- [2] BURSTEIN, P., The impact of public opinion on public policy: A review and an agenda. *Political Research Quarterly*, vol. 56, No. 1 (Mar., 2003), pp. 1–29.
- [3] HARDIN C., Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels', *Critical Criminology*, volume 14, issue 2 (June 2006), pp. 181–205.
- [4] HUBKOVÁ P., Soukromé vymáhání evropského soutěžního práva: obrana „passing-on“ a nároky na náhradu škody nepřímých odběratelů, *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – Sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS s. r. o., 2016, ISBN: 978-80-904595-9-5, s. 429 a násl.
- [5] Statistics of education in the Czech Republic by Czech Statistical Authority.
- [6] STEPHAN, A., Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain, *Competition. Law Review*, Vol. 5, No. 1 (May 1, 2007), pp. 1–32.
- [7] STEPHAN, A., Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA, *SSRN Electronic Journal* (July 2015). CCP Working Paper 15-8, pp. 1–34.
- [8] VAŇKÁTOVÁ T., *Deterrence without sanctions: the influence of behavioural law and economics on prevention of anticompetitive conduct*. In Enterprise and Competitive Environment. Brno: Mendelova universita, 2018, pp. 656–666. ISBN 978-80-7509-561-9..
- [9] WILLS, P.J.,W., Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition* Vol 29, No 2, June 2006, pp. 1–32.

Kontaktní adresa autora:

Mgr. Ing. Tereza Vaňkátová

Katedra podnikového a evropského práva

Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze

Nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha

E-mail: ternovakova@seznam.cz

LIKVIDÁCIA OBCHODNEJ SPOLOČNOSTI V PODMIENKACH SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Abstrakt: Likvidácia obchodnej spoločnosti je právom ustanovený postup mimosúdneho vyrovnania majetkových pomerov zrušenej obchodnej spoločnosti, ktorej imanie neprešlo na právneho nástupcu. Účelom likvidácie je speňaženie majetku obchodnej spoločnosti, následne uspokojenie pohľadávok všetkých jej veriteľov zo získaného výťažku a rozdelenie likvidačného zostatku medzi spoločníkov spoločnosti. Príspevok približuje platnú právnu úpravu likvidácie obchodnej spoločnosti v Slovenskej republike a schválené zmeny tejto právnej úpravy. Poukazuje tiež na vzťah medzi likvidáciou a konkurzným konaním.

Abstract: The liquidation of a company is a procedure laid down by law for the out-of-court settlement of the assets of a dissolved company whose assets have not been transferred to the legal successor. The purpose of the liquidation is to liquidate the assets of the company, subsequently to satisfy the receivables of all its creditors from the obtained proceeds and to distribute the liquidation balance among the shareholders of the company. The paper approximates the valid legal regulation of liquidation of a business company in the Slovak Republic and approved changes of this legal regulation. It also refers to the relationship between liquidation and bankruptcy proceedings.

Klíčová slova: obchodná spoločnosť, zrušenie, likvidácia, likvidátor, konkurzné konanie.

Key words: company, dissolution, liquidation, liquidator, bankruptcy proceedings.

1. Základné imanie/kapitál, vklad

Zániku obchodnej spoločnosti výmazom z obchodného registra predchádza jej zrušenie s likvidáciou alebo bez likvidácie. V procese likvidácie sa majú vyrovnat' aktíva a pasíva likvidovanej právnickej osoby a usporiadať takto jej majetkové pomery.¹ Na Slovensku je v súčasnosti právna úprava likvidácie obsiahnutá v ustanoveniach § 70 až 75a zákona č. 513/1991 Z.z. obchodného zákonníka v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“ alebo „OBZ“).

Cieľom tohto príspevku je priblížiť platnú slovenskú právnu úpravu likvidácie obchodnej spoločnosti, poukázať na jej nedostatky a problémy, ktoré vznikajú pri jej aplikácii v praxi a súčasne aj na schválené zmeny predmetnej právnej úpravy.

1 ĎURICA, M.: Likvidácia spoločnosti. In PATAKYOVÁ, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. 4. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 352.

1. Platná právna úprava likvidácie obchodnej spoločnosti

1. 1 Vstup spoločnosti do likvidácie

Spoločnosť vstupuje do likvidácie ku dňu jej zrušenia. Ak o vstupe spoločnosti do likvidácie rozhoduje valné zhromaždenie, je dňom zrušenia spoločnosti deň určený v uznesení valného zhromaždenia, resp. deň, kedy bolo toto rozhodnutie prijaté. V prípade súdneho rozhodnutia o zrušení spoločnosti je to deň určený v súdnom rozhodnutí, resp. deň právoplatnosti tohto rozhodnutia.

So vstupom obchodnej spoločnosti do likvidácie sú spojené tieto právne povinnosti:

- ◆ obchodná spoločnosť je povinná podať návrh na zápis dátumu vstupu spoločnosti do likvidácie do obchodného registra. Tento zápis má iba deklaratórny účinok;
- ◆ po dobu likvidácie je potrebné používať obchodné meno spoločnosti s dodatkom „v likvidácii“. Spoločnosť je povinná toto označenie používať od momentu vstupu do likvidácie, bez ohľadu na to, kedy bude likvidácia zapísaná do obchodného registra²;
- ◆ ak to ustanovuje zákon (§153, § 219 ods. 1 OBZ) alebo ustanovuje spoločenská zmluva alebo stanov, spoločnosť je povinná vymenovať likvidátora, inak vykonáva likvidáciu jej štatutárny orgán;
- ◆ spoločnosť už nesmie vykonávať činnosť, na účely ktorej bola zriadená, a môže robiť len také právne úkony, ktoré smerujú k likvidácii spoločnosti.³

1. 2 Likvidátor spoločnosti

Likvidátorom obchodnej spoločnosti je zo zákona jej štatutárny orgán. Odlišná úprava môže byť v spoločenskej zmluve (zakladateľskej listine) alebo stanovách spoločnosti. Pri spoločnosti s ručením obmedzeným a pri akciovej spoločnosti Obchodný zákonník ustanovuje, že likvidátora vymenuje valné zhromaždenie.

V prípade, že štatutárny orgán zrušenej spoločnosti nie je ustanovený, alebo nemá ustanoveného žiadneho člena alebo ak likvidátor nie je vymenovaný, bez zbytočného odkladu vymenuje likvidátora súd. Osobitný zákon môže ustanoviť, kto je oprávnený navrhnúť súdu vymenovanie likvidátora. Súd môže vymenovať za likvidátora niektorého zo spoločníkov alebo štatutárny orgán alebo člena štatutárneho orgánu, aj bez jeho súhlasu. Štatutárny orgán, jeho člen alebo spoločník, ktorý je súdom vymenovaný za likvidátora sa nemôže tejto funkcie vzdať. Takéto osoby však môžu podať návrh na súd, ktorý ich vymenoval, aby ich odvolal z funkcie, ak od nich nemožno spravodlivo požadovať, aby vykonávali funkciu likvidátora. Ak súd nevyhovie takémuto návrhu a rozhodnutie o vymenovaní do funkcie likvidátora je právoplatné, vymenovaná osoba bude povinná vykonávať funkciu likvidátora aj napriek tomu, že s vykonávaním takejto funkcie nemá skúsenosti a nemá ani odborné znalosti potrebné na vykonávanie tejto funkcie.⁴ Za likvidátora môže byť vymenovaná tak fyzická, ako aj právnická osoba.

2 DŮRICA, M.: *Likvidácia spoločnosti*. In PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 195.

3 OVEČKOVÁ, O. *Likvidácia obchodnej spoločnosti*. In ŽITNANSKÁ, L. - OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodné právo. Obchodné spoločnosti*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURIS LIBRI, 2013, s. 176.

4 SCHWARCZ, J. *Likvidácia obchodných spoločností*. In SUCHOŽA, J. - HUSÁR, J. a kol. *Obchodné právo*. Bratislava: IURA EDITION, 2009, s. 367.

Ak by súd nemohol vymenovať za likvidátora ani spoločníka ani štatutárny orgán, resp. jeho člena, vymenuje likvidátora z osôb, ktoré sú zapísané v zozname správcov, vedenom ministerstvom spravodlivosti podľa zákona č. 8/2005 Z.z. o správcoch (ďalej len „zoznam správcov“). Takto vymenovaný likvidátor má pri zisťovaní majetku spoločnosti rovnaké oprávnenia ako správca konkurznej podstaty pri zisťovaní majetku úpadcu podľa zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii (ďalej len „zákon o konkurze a reštrukturalizácii“ alebo „ZoKR“).

Likvidátor, ktorého nevymenoval súd sa môže písomne vzdať svojej funkcii. Ak by prerušením výkonu likvidácie spoločnosti vznikla škoda, odstupujúci likvidátor je povinný upozorniť spoločnosť, aké opatrenia treba urobiť na jej odvrátenie.

Osoba likvidátora, spôsob akým koná v mene obchodnej spoločnosti, deň vzniku a deň skončenia funkcie sa povinne zapisujú do obchodného registra. Zápis likvidátora do obchodného registra má len deklaratórny účinok.

Ustanovením likvidátora do funkcie prechádza na neho priamo zo zákona pôsobnosť štatutárneho orgánu. Likvidátor je oprávnený robiť v mene spoločnosti len úkony smerujúce k likvidácii spoločnosti. Plní záväzky, uplatňuje pohľadávky a prijíma plnenia, zastupuje spoločnosť pred súdmi a inými orgánmi, uzaviera zmieri a dohody o zmene a zániku práv a záväzkov.

Likvidátor nesmie robiť v mene obchodnej spoločnosti právne úkony, ktoré by smerovali k pokračovaniu v pôvodnej činnosti spoločnosti.⁵ Nové zmluvy môže uzavierať len v súvislosti s ukončením nevybavených obchodov.

Likvidátor môže likvidáciu vykonávať len vtedy, ak z majetku likvidovanej spoločnosti môže uspokojiť pohľadávky všetkých veriteľov dlžníka. Ak likvidátor pri výkone svojej funkcie zistí predĺženie⁶ likvidovanej spoločnosti, je povinný bez zbytočného odkladu podať návrh na vyhlásenie konkurzu (§ 72 ods. 2 OBZ). Likvidátor by predĺženie vo väčšine prípadov mohol zistiť z likvidačnej súvahy, ktorú je povinný vykonať ku dňu vstupu spoločnosti do likvidácie.⁷ Povinnosť likvidátora podať návrh na vyhlásenie konkurzu je upravená aj v zákone o konkurze a reštrukturalizácii. Likvidátor je povinný podať návrh na vyhlásenie konkurzu do 30 dní, odkedy sa dozvedel alebo sa pri zachovaní odbornej starostlivosti mohol dozvedieť o predĺžení (§ 11 ods. 2 ZoKR).

Platí, že pre prípad porušenia povinnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu včas sa medzi kapitálovými spoločnosťami a osobou povinnou podať návrh na vyhlásenie konkurzu v jej mene, dojednala zmluvná pokuta vo výške rovnakej ako je polovica najnižšej hodnoty základného imania pre akciovú spoločnosť, tj. 12 500 EUR. Dohoda medzi kapitálovými spoločnosťami a osobou povinnou podať návrh na vyhlásenie konkurzu v jej mene, ktorá vylučuje alebo obmedzuje vznik nároku na zmluvnú pokutu, je zakázaná. Spoločenská zmluva ani stanovy nemôžu obmedziť alebo vylúčiť vznik nároku na jej zaplatenie. Spoločnosť sa nemôže nároku na zaplatenie zmluvnej pokuty vzdať alebo uzatvoriť ohľadom tohto nároku dohodu o urovaní. Rovnako sa nepripúšťa započítanie,

5 OVEČKOVÁ, O. *Likvidácia obchodnej spoločnosti*. In ŽITŇANSKÁ, L. - OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodné právo. Obchodné spoločnosti*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURIS LIBRI, 2013, s. 180.

6 Predĺžený je ten, kto je povinný viesť účtovníctvo podľa osobitného predpisu, má viac ako jedného veriteľa a hodnota jeho záväzkov presahuje hodnotu jeho majetku (Pozri § 3 ods. 3 ZoKR).

7 ĎURICE, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Bratislava: C. H. Beck, 2012, s. 44.

ani iný spôsob vyrovnanja. Vznik nároku na zmluvnú pokutu sa nedotýka oprávnenia požadovať náhradu škody presahujúcu zmluvnú pokutu⁸. Cieľom tejto právnej úpravy je, aby likvidátori podávali návrh na vyhlásenie konkurzu najneskôr v lehote 30 dní od splnenia zákonných podmienok.

Vyhlásením konkurzu sa likvidácia počas konkurzu prerušuje. Likvidátor počas konkurzu vykonáva svoju pôsobnosť iba v rozsahu v akom neprešla na správcu.

Za výkon svojej pôsobnosti zodpovedajú likvidátori tým istým spôsobom ako členovia štatutárnych orgánov.

Likvidátor má za výkon funkcie právo na odmenu, ktorej výšku určuje orgán spoločnosti, ktorý likvidátora vymenoval. Likvidátor vymenovaný súdom má nárok na náhradu primeraných výdavkov a na odmenu za výkon funkcie. Ak medzi obchodnou spoločnosťou a likvidátorom vymenovaným súdom nedôjde k dohode o výške odmeny, na návrh likvidátora výšku výdavkov a odmenu za výkon funkcie určí súd. Odmena likvidátora je pohľadávkou likvidátora voči spoločnosti a uhrádza sa z majetku spoločnosti.

1.3 Postup pri likvidácii

Likvidácia obchodnej spoločnosti je náročný proces, počas ktorého musí likvidátor riešiť rôzne problémy ekonomického, právneho i organizačného charakteru. Likvidátor je povinný oznámiť vstup obchodnej spoločnosti do likvidácie všetkými známym veriteľom. Zároveň je povinný zverejniť v Obchodnom vestníku, že spoločnosť vstúpila do likvidácie s výzvou, aby veritelia spoločnosti a iné osoby a orgány ktoré sú dotknuté vstupom spoločnosti do likvidácie, prihlásili svoje pohľadávky, prípadne iné práva v lehote, ktorá nesmie byť kratšia ako tri mesiace.

Likvidátor je povinný zostaviť ku dňu vstupu spoločnosti do likvidácie likvidačnú účtovnú súvahu a zaslať prehľad o imaní spoločnosti každému spoločníkovi, ktorý o to požiada.

Likvidátor priebežne speňažuje majetok likvidovanej spoločnosti a uspokojuje pohľadávky jej veriteľov. Ku dňu skončenia likvidácie zostaví účtovnú závierku a predloží ju spoločníkom alebo orgánu spoločnosti, ktorý je oprávnený rozhodovať o zrušení spoločnosti, na schválenie spolu s konečnou správou o priebehu likvidácie a s návrhom na rozdelenie likvidačného zostatku medzi spoločníkov. Na účely predloženia účtovnej závierky, konečnej správy a návrhu na rozdelenie likvidačného zostatku je oprávnený zvolat' valné zhromaždenie.

Ak sa napriek opakovanej výzve likvidátora ku konečnej správe a k návrhu na rozdelenie likvidačného zostatku nevyjadrí zákonom ustanovený alebo spoločenskou zmluvou určený počet spoločníkov alebo príslušný orgán spoločnosti k nim nepríjme rozhodnutie, považuje sa účtovná závierka, konečná správa a návrh na rozdelenie likvidačného zostatku za schválené uplynutím jedného mesiaca odo dňa doručenia opakovanej výzvy likvidátora spoločníkom alebo odo dňa zasadnutia príslušného orgánu spoločnosti, ktorý mal o návrhoch likvidátora rozhodnúť. Likvidátor uloží likvidačný zostatok do úschovy, čím sa považuje likvidácia za skončenú.

8 Pozri ustanovenie § 11 ods. 2 zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

Návrh na výmaz obchodnej spoločnosti z obchodného registra je likvidátor povinný podať registrovému súdu do 90 dní od schválenia účtovnej závierky, konečnej správy o priebehu likvidácie a návrhu na rozdelenie likvidačného zostatku. Ku dňu výmazu obchodnej spoločnosti z obchodného registra spoločnosť zaniká.

1.4 Dodatočná likvidácia

Môže sa stať, že po ukončení likvidácie a po výmaze obchodnej spoločnosti z obchodného registra sa objaví neznámy majetok bývalej obchodnej spoločnosti. V takom prípade o nariadení dodatočnej likvidácie rozhodne súd uznesením na návrh alebo z vlastného podnetu a vymenuje likvidátora. Návrh na nariadenie dodatočnej likvidácie môže podať štátny orgán, bývalý štatutárny orgán, jeho člen alebo spoločník, veriteľ alebo dlžník. Súd vymenuje za likvidátora niektorú z osôb zapísaných do zoznamu správcov a po právoplatnosti rozhodnutia súd zapíše likvidátora do obchodného registra. Pohľadávky voči obchodnej spoločnosti, ktoré nebolo možné uplatniť z dôvodu výmazu spoločnosti zrušenej bez právneho nástupcu z obchodného registra, sa rozhodnutím súdu o dodatočnej likvidácii obnovujú a možno ich uplatniť v rozsahu, v akom neboli uspokojené. Výťažok z dodatočnej likvidácie sa po úhrade odmeny likvidátora a jeho výdavkov rozdelí medzi bývalých spoločníkov ako likvidačný zostatok. Na dodatočnú likvidáciu sa primerane použijú ustanovenia Obchodného zákonníka o likvidácii.

2. Zmeny právnej úpravy likvidácie obchodnej spoločnosti od roku 2020

Dňa 22. 10. 2019 poslanci Národnej rady Slovenskej republiky schválili novelu Obchodného zákonníka, ktorá má byť účinná od 1. 10. 2020, okrem niektorých ustanovení, ktoré majú byť účinné od 1. 1. 2020⁹ (ďalej aj „Novela“). Jednou z hlavných oblastí Novelu je zefektívnenie procesu likvidácie obchodnej spoločnosti.¹⁰

Oproti súčasnému stavu sa likvidácia ako proces začne zápisom likvidátora do obchodného registra. Zápis likvidátora do obchodného registra bude po novom konštitutívnym zápisom. Tento krok má chrániť najmä veriteľov, ktorí sa o tom, že ich dlžník sa nachádza v likvidácii dozvedia efektívnejšie. Ak rozhodnú o zrušení spoločnosti spoločníci alebo príslušný orgán spoločnosti, zároveň budú povinní ustanoviť aj likvidátora, najneskôr však do 60 dní od zrušenia spoločnosti. Ak sa tak nestane ustanoví likvidátora súd náhodným výberom zo zoznamu správcov, avšak iba v prípade, ak bude zložený preddavok na úhradu odmeny a výdavkov likvidátora, ktorého výšku ustanoví všeobecne záväzný právny predpis. Spoločníci, resp. príslušný orgán spoločnosti bude môcť ustanoviť za likvidátora aj inú osobu, ak bude zapísaná v registri fyzických osôb, s ustanovením za likvidátora bude súhlasiť a mohla by byť ustanovená za člena štatutárneho orgánu spoločnosti. Aj v tomto prípade ustanovenia likvidátora bude musieť byť zložený preddavok na úhradu odmeny a ná-

9 Webové stránky Národnej rady Slovenskej republiky. [online]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=469985> [cit. 27. 10. 2018].

10 Webové stránky Národnej rady Slovenskej republiky. [online]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=473394> [cit. 27. 10. 2018].

hrady výdavkov likvidátora. Ak likvidátora ustanoví súd, bude patriť likvidátorovi odmena a náhrada výdavkov podľa osobitného predpisu. Ak likvidátora ustanovia spoločníci alebo príslušný orgán spoločnosti, bude patriť likvidátorovi odmena a náhrada výdavkov podľa zmluvy. Odmena a náhrada výdavkov likvidátora sa bude uhrádzať z majetku spoločnosti a z preddavku na úhradu odmeny a náhrady výdavkov likvidátora. Vstupom spoločnosti do likvidácie prejde na likvidátora pôsobnosť štatutárneho orgánu konať v mene spoločnosti, okrem oprávnenia zvolat' zasadnutie najvyššieho orgánu spoločnosti. Prvou úlohou likvidátora po začatí likvidácie bude oznámiť vstup spoločnosti do likvidácie s výzvou na prihlásenie pohľadávok. Základná lehota na prihlásenie pohľadávok bude 45 dní. Po uplynutí tejto lehoty uloží likvidátor základný zoznam pohľadávok do zbierky listín spoločnosti. Ďalšou povinnosťou likvidátora bude zostavenie mimoriadnej účtovnej závierky podľa stavu ku dňu predchádzajúcemu dňu vstupu spoločnosti do likvidácie, najmä preto, aby posúdil, či boli naplnené podmienky pre úpadok spoločnosti vo forme predĺženia. Podobne ako v konkurznom konaní, likvidátor vyhotoví aj základný zoznam majetku, ktorý tiež uloží do zbierky listín spoločnosti. Ak likvidátor zistí predĺženie spoločnosti, bude povinný bez zbytočného odkladu podať návrh na vyhlásenie konkurzu, ibaže konkurzné konanie alebo konkurz voči spoločnosti už boli ukončené pre nedostatok majetku. Ku dňu skončenia likvidácie, najskôr však šesť mesiacov po oznámení o vstupe spoločnosti do likvidácie, likvidátor zostaví účtovnú závierku, konečnú správu o priebehu likvidácie a návrh na rozdelenie likvidačného zostatku. Oznámenie o skončení likvidácie bezodkladne zverejní. Ak do 60 dní po zverejnení oznámenia o skončení likvidácie spoločníci alebo príslušný orgán spoločnosti nerozhodne inak, budú sa považovať účtovná závierka, konečná správa o priebehu likvidácie a návrh na rozdelenie likvidačného zostatku márnym uplynutím tejto lehoty za schválené. Po schválení účtovnej závierky, konečnej správy o priebehu likvidácie a návrhu na rozdelenie likvidačného zostatku, likvidátor zverejní o tom oznámenie a likvidačný zostatok bezodkladne poukáže tým, ktorým naň vzniklo právo. Následne podá návrh na výmaz spoločnosti z obchodného registra.

Ak nastane situácia, že spoločnosť bola vymazaná z obchodného registra bez právneho nástupcu, a ak sa zistí majetok spoločnosti, ktorý mal byť predmetom likvidácie alebo konkurzu, súd na návrh osoby, ktorá osvedčí právny záujem na nariadení dodatočnej likvidácie a zloží preddavok na likvidáciu, rozhodne o nariadení dodatočnej likvidácie majetku spoločnosti a za tým účelom ustanoví likvidátora. Súd obnoví zápis spoločnosti v obchodnom registri, a to v rozsahu údajov zapísaných do jej výmazu s doplnením údajov o nariadenej dodatočnej likvidácii a údajov o ustanovenom likvidátorovi. Na obchodnú spoločnosť sa po nariadení dodatočnej likvidácie bude hľadieť, akoby nezankla. Neuspokojené pohľadávky, prípadne iné práva voči spoločnosti, ktoré existovali v čase zániku spoločnosti, sa rozhodnutím súdu o nariadení dodatočnej likvidácie a ustanovení likvidátora obnovia. Počas doby, po ktorú bola spoločnosť vymazaná z obchodného registra, premlčacia doba plynúť nebude. Po nariadení dodatočnej likvidácie a obnovení zápisu spoločnosti v obchodnom registri bude platiť, že premlčacia doba nie je kratšia ako jeden rok od nariadenia dodatočnej likvidácie. Všetci veritelia tak budú mať aspoň jeden rok od nariadenia dodatočnej likvidácie na uplatnenie svojich nárokov. Majetkové hodnoty, ktoré budú fakticky existovať aj po štyroch rokoch po zániku spoločnosti, pripadnú do vlastníctva štátu.

Záver

Ambíciou schválenej novely Obchodného zákonníka je vyporiadať sa s problémami a nedostatkami súčasnej právnej úpravy likvidácie, ktoré sa nahromadili za viac ako 20 rokov. Stav, kedy je registrový súd vystavený tomu, že má ustanoviť za likvidátora niekoho z pôvodných členov štatutárneho orgánu sa javí ako neefektívny. V praxi sa často stretávame s tým, že súd pri porušení povinností takýmto likvidátorom musí ustanoviť likvidátora zo zoznamu správco, pričom majetková podstata spoločnosti je predĺžená a niet ani na zaplatenie jeho nevyhnutných výdavkov spojených so šetrením majetkových pomerov spoločnosti. Významným nedostatkom súčasnej právnej úpravy likvidácie je napríklad aj neadekvátne motivácia zúčastnených osôb proces likvidácie úspešne iniciovať, viesť a efektívne ukončiť. Nová právna úprava likvidácie bude oproti tej súčasnej precíznejšia.

LITERATURA

- [1] ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Bratislava: C.H.Beck, 2012, 1148 s. ISBN 978-80-89603-00-8.
- [2] PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. 4. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2013, 1712 s. ISBN 978-80-89603-12-1.
- [3] SUCHOŽA, J. - HUSÁR, J. a kol. *Obchodné právo*. Bratislava: IURA EDITION, 2009, 1032 s. ISBN 978-80-8078-290-0.
- [4] ŽITŇANSKÁ, L. - OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodné právo*. Obchodné spoločnosti. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: IURIS LIBRI, 2013, 636 s. ISBN 978-80-89635-05-4.
- [5] Webové stránky Národnej rady Slovenskej republiky. [online]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=473394> [cit. 27. 10. 2018].
- [6] Webové stránky Národnej rady Slovenskej republiky. [online]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=469985> [cit. 27. 10. 2018].

Kontaktní adresa autora:

JUDr. Mária Veterníková, Ph.D.

Katedra obchodného práva

Obchodná fakulta Ekonomické univerzity v Bratislave

Dolnozemska cesta 1

852 35 Bratislava

E-mail: maria.veternikova@euba.sk

NOVÝ INSTITUT PREVENTIVNÍ RESTRUKTURALIZACE A INSPIRACE ZAHRANIČNÍMI ÚPRAVAMI

Abstrakt: Na úrovni unijního práva dochází v posledních letech k významnému vývoji insolvenčního práva. V červnu 2019 byla publikována nová směrnice 2019/1023 o restrukturalizaci a insolvenční, která členskými státy ukládá implementovat do svých právních řádů rámec tzv. preventivní restrukturalizace. Tím by podnikatelům měl být zpřístupněn sanační mechanismus včasného řešení finančních obtíží za účelem ozdravení životaschopných podniků. Z pohledu ČR se jedná o zcela nový institut, zákonodárce se proto při transpozici neobejde bez zkoumání zahraničních úprav. Cílem tohoto příspěvku je tak představit teoretické modely restrukturalizace a na základě analýzy jejich výhod a nevýhod a ve srovnání se zejm. nizozemským řešením představit doporučení *de lege ferenda* stran transpozice směrnice.

Abstract: An important development of insolvency law occurs in the field of European Union law in recent years. New directive 2019/1023 on restructuring and insolvency was published in June 2019 and obliges Member States to implement so-called preventive restructuring framework into their national legal orders. By this, the entrepreneurs should access a remedial mechanism of a timely solution of financial distress in order to recover viable businesses. From the Czech point of view, this constitutes a completely new institute. Thus, the legislature cannot avoid analysing foreign law. The aim of this paper is thus to present theoretical concepts of restructuring and present recommendations *de lege ferenda* regarding the transposition of the directive, all based on analysis of advantages and disadvantages of specific concepts and comparison with (above all) Dutch solution.

Klíčová slova: směrnice, preventivní restrukturalizace, transpozice.

Key words: directive, preventive restructuring, transposition.

Úvod¹

Otázky řešení finančních obtíží obchodních korporací zůstávaly po dlouhou dobu určitou šedou zónou unikající pozornosti legislativců i zákonodárců. V právním prostředí vždy dominoval přístup preferující řešení teprve na úrovni insolvenčního práva, tedy až ve stavu úpadku nebo hrozícího úpadku. V takové situaci je však mnohem pravděpodobnější likvidační než sanační způsob řešení finančních problémů.

¹ Autoři jsou vrchními ministerskými radými na Ministerstvu spravedlnosti a členy pracovní skupiny Rady EU pro otázky civilního práva (insolvenční). Předkládané názory nereprezentují oficiální postoj instituce, ve které autoři působí.

Dlouhodobě neřešená problematika opožděného podávání insolvenčních návrhů a velmi neefektivního vynucování odpovědnosti² statutárních orgánů upadnuvších obchodních korporací v praxi vede k tomu, že celá řada dotčených subjektů odkládá rozhodnutí řešit svou situaci nástroji insolvenčního práva, a tak se postupně vyčerpává majetkové podstata.

Na tento problém narazili i evropští legislativci při analýze překážek řádného fungování vnitřního trhu a příčin kumulace nesplácených úvěrů v selhání (*non-performing loans – NPLs*) v portfoliích bank.³ Sekundárně si příslušné orgány všimly negativního dopadu neproduktivních nebo selhávajících korporací čelících finančním obtížím na zaměstnanost.⁴

Výše uvedené skutečnosti vedly k přijetí harmonizačního předpisu – směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2019/1023 ze dne 20. června 2019 o rámcích preventivní restrukturalizace, o oddlužení a zákazech činnosti a opatřeních ke zvýšení účinnosti postupů restrukturalizace, insolvence a oddlužení a o změně směrnice (EU) 2017/1132 (směrnice o restrukturalizaci a insolvenci; dále jen „směrnice“).⁵

Mezi další důvody harmonizace lze zařadit například problém vysokých transakčních nákladů na ozdravení životaschopných podniků napříč různými jurisdikcemi Evropské unie, nejistota zahraničních investorů u poskytování provozního kapitálu či při nabývání podílů v obchodních korporacích se zhoršeným finančním výhledem, vysoké náklady na přeshraniční individuální výkon nároků proti dlužníku, omezení dominového efektu postupného zhoršování stavu podniků v propojených dodavatelsko-odběratelských řetězcích nebo ochrana malých a středních podnikatelů (tzv. SMĚs) neschopných unést transakční náklady standardních negociací s ekonomicky silnějšími partnery (nákladnost tzv. *taylor-made* řešení).⁶

2 Např. povinnost vydat prospěch získaný z titulu výkonu funkce podle § 62 odst. 1, resp. ručení za splnění povinnosti obchodní korporací podle § 68 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích (dále jen „ZOK“), či povinnost nahradit škodu podle § 99 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), dále jen „InsZ“. K podrobnostem srov. např. MORAVEC, T.: Povinnost dlužníka podat insolvenční návrh v české a německé právní úpravě. *Právo: časopis pro právní teorii a praxi*, č. 4/2010, s. 8–14.

3 Srov. Commission Staff Working Document. *Impact Assessment. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU [SWD(2016)358final]*, s. 11–13. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-357-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> [cit. 18. 10. 2019].

4 Evropská komise odhadla, že každoročně se z výše uvedených důvodů ocitá v ohrožení a zaniká až 1.7 milionu pracovních míst. Tamtéž, s. 98.

5 Zhoršování kvality úvěrových portfolií i předcházení ztráty pracovních míst se Evropská komise rozhodla řešit na více úrovních. Nelze ovšem pominout ani aktuálně probíhající legislativní práce například na *návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) o obsluhovatelích úvěrů, kupcích úvěrů a vymáhání kolaterálu* (tzv. směrnice AECE). V originále „*Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement*“ (tj. urychlené mimosoudní vymáhání kolaterálu). Tato iniciativa by měla bankám zpřístupnit nástroj rychlého a efektivního výkonu práv ze zajištění, neřeší však další fungování podniku dlužníka.

6 Dále srov. též HAUSEMER, P. – TODAR, L. – MAUCORPS, A. – DRAGULIN, M. – PLASILOVA, I. – FISHER, R. – FEDERICI, L. – DIEZ SÁEZ, A. – FRAZZANI, S. – SYLVEST, J. – VILLADSEN, J.: *Impact assessment study on policy options for a new initiative on minimum standards in insolvency and restructuring law*. DG Justice and Consumers, s. 54–56. Dostupné z: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2bb5fd98-6065-11e7-954d-01aa75ed71a1/language-en> [cit. 28. 10. 2019].

1. Teoretická východiska preventivní restrukturalizace

Vzhledem k tomu, že výsledné znění směrnice prošlo v průběhu přípravy výraznými modifikacemi, je identifikace a interpretace teoretických východisek konkrétní úpravy preventivní restrukturalizace ve směrnici velmi obtížná. Autoři si tudíž dovolují vycházet i z doprovodných pracovních materiálů a osobní nepřenositelné zkušenosti získané diskusí nad jednotlivými vývojovými verzemi textu.

Účel institutu preventivní restrukturalizace je přímo definován v čl. 4 odst. 1 směrnice jako přístup k nástroji, který dlužníkům „umožní provést restrukturalizaci s cílem předejít úpadku a zajistit jejich životaschopnost, aniž by byla dotčena jiná řešení k zabránění úpadku, a ochránit tak pracovní místa a zachovat fungování podniku“; jeho obsah se naopak nachází mezi definicemi v čl. 2 odst. 1 bod 1 směrnice jako „opatření s cílem restrukturalizovat podnikání dlužníka, mezi něž patří změna složení, podmínek nebo struktury majetku a závazků dlužníka nebo jakékoli jiné části kapitálové struktury dlužníka, jako je prodej majetku nebo částí podniku, a stanoví-li tak vnitrostátní právo, prodej fungujícího podniku, jakož i jakékoli potřebné provozní změny, nebo kombinace těchto prvků“.

Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že preventivní restrukturalizace neaspiruje na řešení ekonomického úpadku dlužníka, čímž se vyhýbá sféře insolvenčního práva. Svým privátním negociačním charakterem se naopak výrazně přibližuje oblastem práva obchodních korporací a závazkového práva.

2. Nová koncepce preventivní restrukturalizace

2.1 Institut preventivní restrukturalizace ve směrnici z pohledu teorie

Teoretická konstrukce celého systému stojí na klíčovém čl. 4 odst. 5, dle kterého může být rámec preventivní restrukturalizace „tvořen jedním nebo více postupy, opatřeními nebo ustanoveními, z nichž některé mohou být uplatňovány mimosoudně“. Garrido architekturu takového procesu nazývá hybridním řízením.⁷ Koncepci hybridních řízení řadí zhruba do poloviny pomyslné škály potenciálních modelů, které od sebe odlišují atributy formálnosti vedení procesu, objemu zachovaných dispozičních oprávnění dlužníka a ingerencí orgánu veřejné moci. Dle autorů nelze jednotlivé koncepty *a priori* považovat za více či méně účinné, neboť je nutné vždy přihlédnout ke konkrétní situaci. Hybridní řešení však obecně představují vyvážený mix nástrojů zjednodušujících dosažení ekonomicky výhodné dohody a eventuálního překonání nesouhlasící minority.

Na jednom konci škály se nachází model neveřejných, interních, důvěrných a soukromoprávních negociací, které aspirují na dosažení univerzální dohody dlužníka se svými věřiteli. Tak je maximálně respektována vůle dotčených stran, jejichž práva a povinnosti zásadně nejsou nikdy modifikovány bez jejich výslovného souhlasu. Zároveň to však představuje i největší slabinu modelu, kterou je náchylnost k *hold-out* pozicím⁸. Vystupuje-li věřitel v postavení, ve kterém mu nelze nic vnutit, pouze obtížně bude souhlasit s řešením,

7 Srov. GARRIDO, M. J. *Out-of-Court Debt Restructuring*. The World Bank Studies, 2012, s. 47 an.

8 Tzv. „*hold-out*“ problém lze definovat jako patovou situaci vycházející z blokačního potenciálu věřitelské minority při aplikaci pravidla jednomyslnosti.

kteře sice splňuje test nejlepšího (kolektivního) zájmu všech věřitelů a dává dlužníku reálnou perspektivu ozdravení, ovšem pro daného věřitele je nevýhodné.

Na opačný konec Garrido umisťuje formální insolvenční řízení coby druh civilního procesu. To je charakterizováno autoritativním vedením celého procesu insolvenčním soudem, který vykonává kontrolní pravomoci vůči různým procesním subjektům a je oprávněn závazně rozhodovat o jejich právech a povinnostech. Typicky dochází k omezení dispozičních oprávnění dlužníka a seskupování věřitelů do určitých seskupení vytvořených za účelem hájení kolektivního zájmu, hlasování či následné distribuci výtěžku zpeněžení majetkové podstaty dlužníka. Výhodou posíleného autoritativního postavení orgánu veřejné moci je zejména možnost překonat nesouhlas podkritické části věřitelů a dosáhnout optimálního řešení pro všechny (např. mechanismem vnučení plánu nesouhlasícím věřitelům)⁹. Slabými jsou pak s nedostatečnou procesní flexibilitou insolvenčního řízení, časová i finanční nákladnost, spory vznikajícími mezi různými procesními subjekty, snahy o získání rozhodujícího vlivu procesních subjektů na další průběh řízení i psychologické aspekty vlastníků dlužníka, kteří mohou mít tendenci vyhýbat se včasnému zahájení formálního insolvenčního řízení, ve kterém mohou přijít o plnou kontrolu nad svým podnikem.

2. 2 Teze legislativní implementace do právního řádu ČR

Ze stávajících způsobů řešení úpadku se preventivní restrukturalizace procesně nejvíce podobá reorganizaci podle části druhé hlavy čtvrté insolvenčního zákona. Filosofie preventivní restrukturalizace rovněž vychází z předpokladu sanačního způsobu řešení hrozícího úpadku, který by zásadně neměl být vynutitelný proti vůli věřitelů a k jejich újmě.

Z druhého úhlu pohledu je patrné, že oproti formální reorganizaci má preventivní restrukturalizace v pojetí směrnice zajišťovat celkově nižší míru soudního dohledu a ochrany jednotlivých věřitelů (ti například nemohou iniciovat zahájení preventivní restrukturalizace či vnutit restrukturalizační plán). Dílem také oslabuje postavení věřitelů nedotčených plánem restrukturalizace, kteří přichází o možnost zasáhnout do procesu ozdravení podniku. Z tohoto důvodu bude nutné pečlivě vybalancovat potenciální rizika pro věřitele a zabránit zneužívání tohoto institutu dlužníky¹⁰. Z procesního hlediska se nabízí využití modelu vícefázového systému charakteristického pro reorganizaci s určitými modifikacemi imanentními pro tento typ řízení – zejm. neformálnost úvodních fází řízení, minimalizaci intervence soudu.

Klíčovou je otázka, jakou minimální a maximální míru finanční či nefinanční tísně dlužníka bude nová právní úprava vyžadovat. Nelze pominout racionalitu zavedení testu životaschopnosti, který by v základní variantě mohl a měl vyžadovat alespoň posouzení provozuschopnosti podniku. Zásadní dále bude klíčové zohlednění perspektivy dalšího financování či reálnosti výrobní a obchodní strategie, obchodního plánu aj.

Z řady důvodů se při transpozici jeví jako vhodnější odklonit se od oblasti insolvenčního práva, se kterým má preventivní restrukturalizace fakticky společný pouze procesní

9 V čl. 11 směrnice v originále „cross-class cram-down“. Podstatou je oprávnění soudu za určitých podmínek potvrdit restrukturalizační plán i přes jeho nepřijetí některou třídou věřitelů. V InsZ je tento mechanismus upraven v § 348 odst. 2.

10 Zejm. zneužívání přerušení vymáhání individuálních nároků, ochrany prozatímního financování, daňových aspektů restrukturalizace nebo i skutečnosti, že neúspěšná restrukturalizace nemůže být automaticky „překlopena“ do formálního insolvenčního řízení.

rámec. Účel úpravy, základní teze či východiska a výsledek se totiž diametrálně odlišuje od způsobů řešení úpadku v rámci formálního insolvenčního řízení.

2.3 Podřízení režimu nařízení 2015/848 o insolvenčním řízení

Otevřenou pro členské státy zůstává otázka propojení preventivní restrukturalizace s formálními insolvenčními řízeními na úrovni unijního práva. Úvodní recitály směrnice důsledně deklarují, že směrnicí není dotčena úprava nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848 ze dne 20. května 2015 o insolvenčním řízení (dále také jen „nařízení EIR“). Na druhou stranu nic nebrání členským státům vytvořit či přizpůsobit instituty preventivní restrukturalizace tak, aby mohly být notifikovány do přílohy A výše uvedeného nařízení. Benefity takového režimu jsou zásadně srovnatelné jako v případě formálních insolvenčních řízení – např. uznatelnost a přímá vykonatelnost rozhodnutí restrukturalizačních soudů v národních jurisdikcích či ochrana před účelovou změnou centra hlavních zájmů dlužníka.

Přeshraniční účinky jsou nicméně podmíněny obecným testem, který vyplývá přímo z působnosti nařízení EIR. Notifikovaný typ restrukturalizačního řízení musí mít povahu veřejných kolektivních řízení, zahrnovat omezení nebo zbavení dispozičních práv dlužníka, obsahovat osobu insolvenčního správce či kontrolní a dohlédací prvky soudu.¹¹ Ze specifických požadavků nařízení EIR lze vyzdvihnout právo zahraničních věřitelů přihlásit své pohledávky (čl. 53 nařízení EIR) a s ním bezprostředně související princip veřejnosti insolvenčního řízení reprezentovaný publikací klíčových informací o zahájeném řízení v insolvenčním rejstříku (čl. 24 nařízení EIR). Z této skutečnosti vyplývá podstatné omezení členských států, které aspirují na notifikaci preventivní restrukturalizaci do přílohy A nařízení EIR. Minimálně v určité fázi restrukturalizace se totiž nevyhnou zveřejnění této informace, což ukončí dosavadní diskrétnost dosud probíhajících negociací mezi dlužníkem a jeho věřiteli.

3. Inspirace nizozemským modelem

Po šesti letech legislativních příprav předložila nizozemská vláda v červenci 2019 parlamentu návrh zákona o potvrzování privátních restrukturalizačních plánů.¹² I Nizozemí se dlouhodobě potýká s problémy získávání univerzálního souhlasu všech věřitelů s privátními restrukturalizačními plány a zejména s problémem nesouhlasících minoritních věřitelů s *hold-out* strategií. Současně se některé typy insolvenčních řízení, např. řízení o pozastavení plateb (*surseance van betaling*), v minulosti ukázaly jako neefektivní v případě dlužníků čelících zajištěním věřitelům.¹³

11 Srov. čl. 1 odst. 1 nařízení EIR.

12 Technicky se jedná o novelizaci insolvenčního zákona. V nizozemském originále se návrh zákona nazývá „*the Wet homologatie onderhands akkoord*“ (dále také jen „WHOA“).

13 DE BRAUW & BLACKSTONE & WESTBROEK. *Court Confirmation of Extrajudicial Restructuring Plans. What do you need to know about the new Dutch bill*, s. 2. Dostupné z: <https://www.lma.eu.com/application/files/2815/6397/3029/Bill-on-Court-confirmation-of-extrajudicial-restructuring-plans-submitted-to-Parliament.pdf> [cit. 28. 10. 2019].

3. 1 Základní parametry nového nizozemského restrukturalizačního rámce

Dle autorů nizozemský předkladatel nutně vycházel z inspirace angloamerickou právní úpravou (podobně jako směrnice sama), což potvrzuje i odborná literatura¹⁴. Důsledky lze vidět zejména na cíleném řešení již zmiňovaných *hold-out* strategií. Zvláštní důraz je kladen na flexibilitu obsahu restrukturalizačního plánu. Relativní volnost dlužníka při sestavování ozdravného plánu je pochopitelně vybalancována alespoň částečnou ochranou věřitelů. Předkladatel ideově vycházel z teze, že se majetkovým hodnotám neohroženým negativní finanční situací dlužníka a neohrožující další fungování jeho podniku nepřiznává žádná zvláštní ochrana. Nároky věřitelů specificky vázané k takovému majetku lze i po iniciaci řízení uspokojit, což umožňuje předcházet „rozpuštění“ jimi vázané hodnoty mezi celé fórum věřitelů, a zejména věřitele s nulovou perspektivou uspokojení.¹⁵

Na Garridově škále lze nizozemské řešení zařadit spíše do kategorie formálních reorganizací, neboť celý systém je procesně vystavěn na bázi řízení vedeného před soudem, které se zahajuje podáním nezveřejněného restrukturalizačního prohlášení dlužníkem.¹⁶ Podstatné je, že podání takového návrhu je striktně záležitostí statutárního orgánu. Zahájení restrukturalizace nemá vliv na dispoziční oprávnění dlužníka, cílem případného ustanovení odborníka je pouze usnadnění přípravy restrukturalizačního plánu. Je-li ovšem tento odborník dosazen, ztrácí dlužník právo samostatně překládat restrukturalizační plán věřitelům.¹⁷

Nizozemskem navržené řešení pak umožňuje dlužníkům zvolit si mezi národním či přeshraničním režimem. Základní rozdíl spočívá v uznávání přeshraničních účinků garantovaných nařízením EIR, což se primárně promítá do publicity procesu – národní režim restrukturalizace probíhá zásadně neveřejně, zatímco přeshraniční režim veřejně.¹⁸

3. 2 Inspirační zdroj českého zákonodárce

Dle názoru autorů představuje nizozemský systém vynikající inspirační zdroj pro českého zákonodárce. Byť se celý systém začal vytvářet dříve, než Evropská komise publikovala návrh směrnice, časový harmonogram předložení parlamentu napovídá, že návrh nebyl dokončen dříve, než bylo k dispozici finální znění směrnice, což zajišťuje vzájemnou kompatibilitu. V neposlední řadě hraje roli pozice Nizozemí coby jednoho z vyhledávaných právních režimů pro založení obchodních korporací. Po dokončení odchodu Velké Británie z Evropské unie se též Nizozemí jeví jako jurisdikce, která by se mohla u řady ekonomicky významných subjektů vyskytovat na horních příčkách seznamu jurisdikcí pro přenesení svého COMI. Předvídaní a plánování exitové strategie obchodními korporacemi nedílně náleží k jejich životnímu cyklu a efektivní restrukturalizační a insolvenční právní rámec jurisdikce představuje významný klad.

14 Srov. RESOR: *The Act on the Confirmation of Private Plans*, s. 6. Dostupné z: https://www.resor.nl/files/WHOA_ENG.pdf/at_download/file [cit. 28. 10. 2019].

15 Tamtéž, s. 9.

16 Srov. čl. 370 odst. 3 WHOA.

17 Srov. čl. 371 odst. 1 WHOA.

18 Pochopitelně při splnění dalších podmínek stanovených nařízením EIR včetně provedení testu centra hlavních zájmů dlužníka, tzv. COMI.

Závěr

Preventivní restrukturalizace představuje zcela nový institut na pomezí práva obchodních korporací a insolvenčního práva, který český právní řád dosud neupravuje. Transpoziční lhůta této části směrnice uplyne 17. 7. 2021, kterou lze eventuálně po notifikaci Evropské komisi prodloužit až do 17. 7. 2022. Do té doby tudíž musí český zákonodárce přijmout příslušnou legislativní úpravu.

Účinná implementace preventivní transpozice do českého právního řádu není triviálním úkolem. Autoři vnímají její obrovský potenciál pro podnikatelské prostředí ČR coby alternativu, prostřednictvím které budou podnikatelé schopni s dostatečným předstihem čelit své nepříznivé ekonomické situaci. Na bázi nové úpravy by dokonce mohly být řešeny problémy, kterým dlouhodobě čelí insolvenční realita a se kterými si z povahy věci nedovede poradit.¹⁹

Existuje celá řada zajímavých přístupů napříč členskými státy EU, kterými se může zákonodárce inspirovat. V daném kontextu hovoříme zejména o nizozemském a britském modelu, byť pro dosažení optimálního výsledku pochopitelně nelze pominout specifika českého trhu, kterým bude nutné se přizpůsobit.

LITERATURA

- [1] ALLEN & OVERY. *WHOA report. Wet homologatie onderhands akkoord „The Dutch Scheme“*. [cit. 2019-10-28][online]. Dostupné z: <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Documents/whoa-report.pdf>.
- [2] Commission Staff Working Document. *Impact Assessment. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU [SWD(2016)358final]*. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-357-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.
- [3] DE BRAUW & BLACKSTONE & WESTBROEK. *Court Confirmation of Extrajudicial Restructuring Plans. What do you need to know about the new Dutch bill*. Dostupné z: <https://www.lma.eu.com/application/files/2815/6397/3029/Bill-on-Court-confirmation-of-extrajudicial-restructuring-plans-submitted-to-Parliament.pdf>
- [4] GARRIDO, M. J. *Out-of-Court Debt Restructuring*. The World Bank, 2012. ISBN: 978-0-8213-8956-0.
- [5] HAUSEMER, P. – TODAR, L. – MAUCORPS, A. – DRAGULIN, M. – PLASILOVA, I. – FISHER, R. – FEDERICI, L. – DIEZ SÁEZ, A. – FRAZZANI, S. – SYLVEST, J. – VILLADSEN, J.: *Impact assessment study on policy options for a new initiative on minimum standards in insolvency and restructuring law*. DG Justice and Consumers. ISBN 978-92-79-67035-0. Dostupné z: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2bb5fd98-6065-11e7-954d-01aa75ed71a1/language-en>.

19 Příkladem lze uvést nejistotu zpracovatelů reorganizačního plánu, který i přes podporu drtivé majority věřitelů nemusí obstát v procesu schvalování insolvenčním soudem. Srov. McCORMACK, G. a kol.: *Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, s. 243–245.

- [6] McCORMACK, G. – KEAY, A. – BROWN, S. – DAHLGREEN, J.: *Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016. ISBN 978-92-79-58020-8.
- [7] RESOR: *The Act on the Confirmation of Private Plans*. [cit. 2019-10-28][online]. Dostupné: https://www.resor.nl/files/WHOA_ENG.pdf/at_download/file.
- [8] Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 ze dne 20. června 2019 o rámcích preventivní restrukturalizace, o oddlužení a zákazech činnosti a opatřeních ke zvýšení účinnosti postupů restrukturalizace, insolvence a oddlužení a o změně směrnice (EU) 2017/1132 (směrnice o restrukturalizaci a insolventci).
- [9] WYMENGA, P. – GLOSER, J. – BEZEGOVA, E. – BESSELING, C.: *Bankruptcy and second chance for honest bankrupt entrepreneurs*. Rotterdam: Ecorys, 2014. Dostupné z: http://www.eea.gr/system/uploads/asset/data/9042/Bankruptcy_and_second_chance_for_honest_bankrupt_entrepreneurs_FINAL_REPORT.pdf.

Kontaktní adresa autorů:

Mgr. Ing. Klára Vítková
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
Nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: xvitk10@vse.cz

Mgr. Ondřej Zezulka
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
Nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: zezulka.ondrej@vse.cz

DELEGOVANÝ DOHĽAD NAD FINANČNÝM SPROSTREDKOVANÍM V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

Abstrakt: Medzi charakteristické znaky podnikania dohliadaných subjektov finančného trhu na Slovensku vo všeobecnosti patrí okrem iného aj to, že sú povinné strpieť vykonávanie dohľadu na mieste či dohľadu na diaľku, ktorý uskutočňuje Národná banka Slovenska. Platná právna úprava však pozná špecifickú formu dohľadu nad určitými subjektami, ktorú nevykonáva NBS priamo, ale ktorú deleguje na finančnú inštitúciu, resp. samostatného finančného agenta. Táto dohľadová činnosť sa týka im podriadených finančných sprostredkovateľov. Hovoríme o tzv. prenesenom, resp. delegovanom dohľade. Cieľom tohto článku je podrobne analyzovať ciele a formy tohto špecifického právneho inštitútu, požiadavky na jeho výkon a taktiež preskúmať jednotlivé nástroje, ktoré sa v rámci jeho výkonu používajú. Okrem toho je cieľom článku posúdiť výhody a nevýhody tohto inštitútu oproti ďalšej do úvahy prichádzajúcej možnosti – priamemu dohľadu nad finančnými sprostredkovateľmi zo strany NBS.

Abstract: In general, the characteristics of the business of supervised financial market entities in Slovakia include, inter alia, the fact that they are subject to on-site or off-site supervision exercised by the National Bank of Slovakia (NBS). However, the legislation in force knows a specific form of supervision of certain entities that is not directly exercised by the NBS, but delegated by NBS to a financial institution or an independent financial agent. This supervisory power is executed over subordinate financial intermediaries. We are talking about the so-called „transferred“, respectively „delegated“ supervision. In this article we discuss in more detail the targets and forms of this specific legal institute, its performance requirements, and also examine the various tools for its effective performance. In addition, the aim of this article is to assess the advantages and disadvantages of this institute compared to another possible option – the direct supervision of financial intermediaries by the NBS.

Kľúčová slova: delegovaný dohľad, Národná banka Slovenska, finančné sprostredkovanie, finančná inštitúcia, samostatný finančný agent.

Key words: delegated supervision, National Bank of Slovakia, financial intermediation, financial institution, independent financial agent.

¹ Odborný asistent, Katedra obchodného práva Obchodnej fakulty Ekonomickej univerzity v Bratislave.

1. Úvod – pojem delegovaného dohľadu

Národná banka Slovenska (ďalej tiež len „NBS“) vykonáva v Slovenskej republike dohľad nad finančným trhom podľa osobitných zákonov, medzi ktoré patrí o. i. zákon č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „ZFS“; pokiaľ nebude ďalej uvedené niečo iné, cit. ustanovenia odkazujú na ZFS). Bližšie rozsah tohto dohľadu definuje zákon č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „ZDFT“), podľa ktorého medzi tzv. dohliadané subjekty Národnou bankou Slovenska patria o. i. **samostatní finanční agenti** [§ 1 ods. 3 písm. a) ZDFT]. Samostatní finanční agenti vykonávajú finančné sprostredkovanie na základe písomnej zmluvy s finančnou inštitúciou, pričom v tom istom čase môžu mať uzavreté písomné zmluvy s viacerými finančnými inštitúciami (§ 7). Z toho vyplýva, že samostatný finančný agent môže byť činný nielen pre viaceré finančné inštitúcie pôsobiace v tom istom sektore², ale naraz vo viacerých sektoroch. Tým sa samostatný finančný agent odlišuje od iných druhov finančných agentov, a to **viazaného agenta** (§ 8), **podriadeného agenta** (§ 9), **viazaného investičného agenta** (§ 12 ods. 1) a **sprostredkovateľa doplnkového poistenia** (§ 11c). Všetky tieto subjekty majú spoločne to, že oproti samostatným finančným agentom sú takpovediac o jednu úroveň nižšie, pretože môžu mať uzavretú len jednu zmluvu, a to buď:

- a) s finančnou inštitúciou (viazaný a viazaný investičný agent, niektorí sprostredkovatelia doplnkového poistenia) – vtedy sprostredkujú len finančné produkty tejto finančnej inštitúcie a vytvárajú tak jej distribučnú sieť, alebo
- b) so samostatným finančným agentom (podriadený agent, niektorí sprostredkovatelia doplnkového poistenia) – vtedy sprostredkujú finančné produkty viacerých finančných inštitúcií a vo viacerých sektoroch, ale vždy pod gesciou samostatného finančného agenta a vytvárajú tak jeho distribučnú sieť (napr. OVB Allfinanz Slovensko a.s., Fincentrum a.s. a i.).

Spomedzi všetkých vyššie vymenovaných subjektov však dohľadu NBS podliehajú len samostatní finanční agenti. Zaujímavý je tiež právny režim podriadených subjektov. Dohľad nad ich činnosťou nevykonáva štátny orgán (NBS či zahraničný orgán dohľadu), ale podnikateľ, ktorý sám dohľadu podlieha. Finančná inštitúcia tak vykonáva dohľad nad svojimi viazanými finančnými agentmi a nad sprostredkovateľmi doplnkového poistenia a rovnako samostatný finančný agent vykonáva obdobný dohľad nad podriadenými finančnými agentmi a nad sprostredkovateľmi doplnkového poistenia (§ 29 ods. 1 v spojení s § 11c ods. 2 a 3). Na pomenovanie tohto javu sa používa pojem **prenesený dohľad**³, resp. **delegovaný dohľad**⁴ Národnej banky Slovenska na nadriadený subjekt, ktorý je zároveň navrhovateľom zápisu podriadených subjektov do registra vedeného NBS podľa § 14 ods. 2. Tento delegovaný (prenesený) dohľad môžeme ďalej rozdeliť na **obligatórny**, keď ho

2 Jednotlivými sektormi sú: poistenie alebo zaistenie, kapitálový trh, prijímanie vkladov, poskytovanie úverov, starobné dôchodkové sporenie (II. pilier) a doplnkové dôchodkové sporenie (III. pilier) (§ 13 ods. 1).

3 SLEZÁKOVÁ, A., TKÁČ, P., NOVOTNÁ, M.: *Samostatný finančný agent ako dohliadaný subjekt finančného trhu*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016, s. 76.

4 ČUNDERLÍK, Ľ. a kol.: *Právo finančného trhu*. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave a Wolters Kluwer, 2017, s. 147. Podobne KRAVECOVÁ, D.: *Finančné sprostredkovanie. Ako podnikat' legálne*. Bratislava: IURIS LIBRI, 2016, s. 152.

ako povinnosť nadriadeného subjektu voči podriadenému subjektu (viazanému finančnému agentovi, podriadenému finančnému agentovi a sprostredkovateľovi doplnkového poistenia v postavení viazaného alebo podriadeného agenta) ustanovuje zákon a na **fakultatívny**, ktorý sa týka viazaných investičných agentov a síce nie je prikázaný zákonom, ale jeho vykonávanie je v záujme im nadriadeného subjektu – finančnej inštitúcie (obchodníka s cennými papiermi alebo banky poskytujúcej investičné služby), keďže viazaný investičný agent koná na jej plnú a bezpodmienečnú zodpovednosť (porov. § 12 ods. 1). Je preto prirodzené, že finančná inštitúcia má silný záujem na tom, aby viazaný investičný agent plnil pri výkone svojej činnosti všetky zákonné požiadavky a postupoval s odbornou starostlivosťou. V ďalšom texte, pokiaľ nebude uvedené niečo iné, budeme hovoriť o obligatórnom delegovanom dohľade.

Delegovaný (prenesený) dohľad predstavuje činnosť podnikateľa spočívajúcu v dohliadaní na výkon činnosti iného podnikateľa, pričom je sám zo strany NBS dohliadaný, či túto povinnosť riadne plní. Vysoký počet registrovaných podriadených (14.577) a viazaných finančných agentov (9.267) na rozdiel napr. od samostatných finančných agentov (487)⁵ totiž nedovoľuje NBS vykonávať dohľad nad nimi priamo. Tieto subjekty zároveň nie sú dohliadanými subjektami [§ 1 ods. 3 písm. a) a § 38 ods. 1 *a contrario*]. To však nebráni NBS uložiť im pokutu, pokiaľ porušili práva finančného spotrebiteľa alebo porušili povinnosti v oblasti ochrany finančných spotrebiteľov (porov. § 35f ods. 1 a 2 ZDFT), ba na základe novelizácie ZFS vykonanej zákonom č. 282/2017 Z.z. s účinnosťou od 23. 2. 2018 akémukoľvek finančnému agentovi vrátane podriadeného či viazaného. To vytvára zaujímavú situáciu, kedy uvedené subjekty síce nepodliehajú dohľadu NBS, avšak NBS im môže ukladať pokuty za nedodržiavanie alebo obchádzanie ZFS, osobitných predpisov či všeobecne záväzných právnych predpisov vydaných na ich vykonanie, ktoré sa vzťahujú na vykonávanie finančného sprostredkovania (§ 39 ods. 1 v znení zákona č. 282/2017 Z.z.).

Nie je nám známe, že by delegovaný dohľad ako veľmi špecifický právny inštitút mal ekvivalent v domácej, resp. v zahraničných právnych úpravách.

2. Ciele delegovaného dohľadu

Ciele priameho dohľadu nad finančným trhom vykonávaného NBS sú výslovne definované v zákone, a to v § 1 ods. 1 ZDFT. Podľa tohto ustanovenia cieľom dohľadu nad finančným trhom je prispievať:

1. k stabilite finančného trhu ako celku, ako aj
2. k bezpečnému a zdravému fungovaniu finančného trhu;
pritom v oboch prípadoch v záujme:
 - a) udržiavania dôveryhodnosti finančného trhu,
 - b) ochrany finančných spotrebiteľov a iných klientov na finančnom trhu a
 - c) rešpektovania pravidiel hospodárskej súťaže.⁶

5 Podľa údajov z registra vedeného NBS <https://subjekty.nbs.sk> [cit. 6. 11. 2019].

6 Porov. SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohľade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 31.

Vo vzťahu k dohľadu NBS nad finančným sprostredkovaním bude najsilnejším práve aspekt ochrany finančných spotrebiteľov a iných klientov na finančnom trhu.

Na uvedené nadväzujú **ciele delegovaného dohľadu**. Tieto nie sú explicitne uvedené v platnej právnej úprave a je možné k nim dospieť len jej hlbšou analýzou.

Finančný agent je povinný vykonávať finančné sprostredkovanie v súlade so zásadami poctivého obchodného styku s odbornou starostlivosťou a v záujme práv a oprávnených záujmov klienta (§ 28 ods. 1). Finančná inštitúcia, ako aj samostatný finančný agent sú povinní vynaložiť všetko úsilie, ktoré možno od nich požadovať, na to, aby nedochádzalo k porušovaniu povinností podľa ZFS, osobitných predpisov alebo iných všeobecne záväzných právnych predpisov, ktoré sa vzťahujú na vykonávanie finančného sprostredkovania jemu podriadeným subjektom, s ktorým má uzavretú zmluvu (porov. § 29 ods. 1). Pokiaľ finančná inštitúcia, resp. samostatný finančný agent preukáže, že splnili svoju povinnosť vynaložiť všetko úsilie, ktoré možno od nich požadovať, aby sa predišlo porušeniu zákona alebo vykonávacieho predpisu im podriadenými finančnými agentmi, úspešne tým predídu uloženiu sankcie zo strany NBS⁷. Preukázanie splnenia tejto povinnosti však nebude dostatočný liberačný dôvod v prípade prebratia zodpovednosti finančnou inštitúciou za viazaného finančného agenta ani v prípade prebratia zodpovednosti samostatným finančným agentom za podriadeného finančného agenta⁸. Domnievame sa, že keďže ZFS nestanovuje v tomto prípade osobitný liberačný dôvod, použije sa na prípadné zbavenie zodpovednosti ustanovenie § 373 Obchodného zákonníka (liberácia), resp. § 420 Občianskeho zákonníka (exkulpácia).

Naproti tomu viazaný investičný agent, viazaný finančný agent v sektore kapitálového trhu a podriadený finančný agent v sektore kapitálového trhu vykonávajú finančné sprostredkovanie na plnú a bezpodmienečnú zodpovednosť navrhovateľa (nadriadeného subjektu), s ktorým majú uzatvorenú zmluvu (§ 12 ods. 1, § 37 ods. 6). Ak sa v takomto prípade zistí porušenie zákona zo strany podriadeného subjektu v sektore kapitálového trhu, NBS bude konať voči jeho navrhovateľovi tak, akoby pochybil sám.⁹ Navrhovateľ ako nadriadený subjekt v takomto prípade nesie objektívnu zodpovednosť za škodu spôsobenú podriadeným subjektom, z ktorej sa vzhľadom na formuláciu „plná a bezpodmienečná zodpovednosť“ nemôže za všeobecných podmienok liberovať, ibaže by šlo o osobitný liberačný dôvod uvedený v osobitnom predpise¹⁰.

Finančná inštitúcia a samostatný finančný agent sú povinní sústavne preverovať dodržiavanie povinností podľa ZFS, osobitných predpisov alebo iných všeobecne záväzných právnych predpisov, ktoré sa vzťahujú na vykonávanie finančného sprostredkovania im podriadenými subjektami (§ 29 ods. 2).

7 KRAVECOVÁ, D.: cit. dielo, s. 154, 155.

8 Podľa § 30 ods. 6 a § 30 ods. 7 ZFS nemusia byť viazaný a podriadený finančný agent poistení pre prípad zodpovednosti za škodu spôsobenú pri vykonávaní finančného sprostredkovania, pokiaľ za nich prevzali zodpovednosť za spôsobenú škodu im nadriadené subjekty (t. j. finančná inštitúcia, resp. samostatný finančný agent), s ktorými majú uzavreté zmluvy o výkone finančného sprostredkovania.

9 KRAVECOVÁ, D.: cit. dielo, s. 154.

10 Napr. podľa § 158 ods. 2 ZKl ak podielník v čase podpísania zmluvy so správcovskou spoločnosťou vedel, že informácie v predajnom prospekte sú nepravdivé alebo neúplné, správcovská spoločnosť nebude za túto nepravdivosť alebo neúplnosť informácií podielníkovi zodpovedať.

Z uvedenej právnej úpravy vyplýva **hlavný cieľ delegovaného dohľadu**, ktorým je zabezpečenie zákonného a odborne spôsobilého výkonu činnosti podriadenými finančnými subjektami, najmä so zameraním na ochranu finančných spotrebiteľov. Ďalšími cieľmi delegovaného dohľadu je predchádzať vzniku nedostatkov v činnosti podriadených subjektov, včas ich odhaľovať a v prípade ich zistenia vhodne zasiahnuť.

3. Požiadavky na výkon delegovaného dohľadu

Z **kvalitatívnych požiadaviek** na výkon delegovaného dohľadu je potrebné spomenúť najmä:

- ◆ rozsah dohľadu zadaný z hľadiska hĺbky a šírky jeho pôsobenia, vyjadrený už spomínanou zákonnou formuláciou, podľa ktorej má dohliadajúci subjekt vynaložiť všetko úsilie, ktoré možno od neho požadovať, aby boli dosiahnuté ciele dohľadu,
- ◆ jeho obsah, ktorým je dodržiavanie povinností podľa
 - ZFS,
 - osobitných, tj. sektorových predpisov v závislosti od druhu produktu alebo služby,
 - iných všeobecne záväzných právnych predpisov, ktoré sa vzťahujú na vykonávanie finančného sprostredkovania, napr. predpisov v oblasti ochrany spotrebiteľa, ochrany osobných údajov, ale aj súvisiacich predpisov práva EÚ s priamym účinkom, príp. opatrení NBS;
- ◆ **preventívne pôsobenie** spočívajúce v nastavení postupov a opatrení na predchádzanie porušení všeobecne záväzných právnych predpisov, ako napr. priamej procesovej kontroly, schvaľovacích mechanizmov, vzdelávania zodpovedných osôb, *change managementu* (napr. oznamovania zmien v tlačivách a procesoch efektívne a v dostatočnom predstihu) a pod.,
- ◆ **sankčné pôsobenie**, na ktoré kladie ZFS obzvlášť veľký dôraz, pretože ho pomerne detailne upravuje, a to požiadavkami na obsahové náležitosti zmluvy uzatvorenej medzi dohliadajúcim a dohliadaným subjektom, ktoré uvádzame v nasledujúcej kapitole.

Z **kvantitatívnych požiadaviek na delegovaný dohľad** je potrebné spomenúť najmä jeho **sústavnosť**, tj. dohľad nesmie byť vykonávaný náhodne ani príležitostne, ale trvale. Iné kvantitatívne požiadavky na výkon delegovaného dohľadu platná právna úprava nezmieňuje, ale bolo by možné uvažovať napr. nad frekvenciou výkonu miestneho preverovania, počtom zamestnancov u dohliadajúceho subjektu, ktorí budú mať dohľad v predmete činnosti, množstvom výkazov, príp. hlásení, ktoré budú vyžadované od podriadeného subjektu a pod.

4. Formy a nástroje výkonu delegovaného dohľadu

Medzi zákonné **formy pre zabezpečenie výkonu delegovaného dohľadu** patria:

- ◆ zmluva, ktorú má uzatvorenú dohliadajúci subjekt s dohliadaným subjektom,
- ◆ organizačné opatrenia dohliadajúceho subjektu.

Platná právna úprava určuje taxatívne vymedzený okruh obsahových náležitostí písomnej **zmluvy** uzatvorenej medzi dotknutými podnikateľmi. Zvyčajne v praxi pôjde o zmluvu o spolupráci, tj. nepomenovanú zmluvu alebo z pomenovaných zmlúv o zmluvu o obchodnom zastúpení¹¹, na základe ktorej vznikne obchodný záväzkový vzťah (§ 261 ods. 1 Obchodného zákonníka – ďalej len „ObchZ“). **Podstatnými obsahovými náležitosťami** (*essentialia negotii*) zmluvy medzi dohliadajúcim a dohliadaným subjektom sú:

- a) identifikácia zmluvných strán; u viazaného, resp. podriadeného finančného agenta minimálne v rozsahu evidovaných údajov v registri [§ 17 ods. 3 písm. c) až e), resp. 5 písm. c) až e)],
- b) predmet zmluvy, ktorým je vykonávanie finančného sprostredkovania a pokiaľ ide o viazaného finančného agenta, aj definovanie sektora, v ktorom sa má finančné sprostredkovanie vykonávať (§ 8, resp. § 9 v spojení s § 2),
- c) odplatnosť [vyplýva z § 1 ods. 2 písm. i)], aj keď nie priamo výška odplaty a
- d) v prípade, že medzi zmluvnými stranami bude uzatvorená pomenovaná zmluva upravená v ObchZ, tak aj náležitosti podľa príslušného základného ustanovenia tohto zmluvného typu (§ 269 ods. 1 v spojení s § 263 ObchZ),
- e) oprávnenia dohliadajúceho subjektu, ktoré môžeme kategorizovať podľa stupňa intenzity ich zásahu do podnikania dohliadaných subjektov (od najmiernejšieho po najprísnejšie) (§ 29 ods. 3 a 4):
 - ◆ oprávnenia umožňujúce predchádzanie porušovania a sústavného preverovania dodržiavania povinností vyplývajúcich zo všeobecne záväzných právnych predpisov ich podriadenými subjektmi, najmä zavedenie primeraných kontrolných mechanizmov medzi nadriadeným a podriadeným subjektom, a to v rámci priamej i nepriamej procesovej kontroly a mimoprocessovej kontroly (odporúčame v zmluve zakotviť pravidelný reporting o výsledkoch a opatreniach prijatých na základe uskutočnených kontrol),
 - ◆ oprávnenia zabezpečujúce opakované absolvovanie osobitného finančného vzdelávania podriadeného subjektu (odporúčame v zmluve stanoviť, kto o tejto povinnosti rozhodne, komu môže byť uložená, v akom časovom horizonte je osoba povinná ju splniť a kto bude znášať náklady osobitného finančného vzdelávania),
 - ◆ oprávnenia zabezpečujúce vykonanie opatrení smerujúcich k odstráneniu príčin vzniku nedostatkov a k náprave zistených nedostatkov (odporúčame v zmluve stanoviť postup, podľa ktorého opatrenia navrhne dohliadaný a dohliadajúci subjekt ich len schváli, čím sa docieli želaný stav, že s prijatými opatreniami je stotožnený aj dohliadaný aj dohliadajúci subjekt),

11 ČUNDERLÍK, L. a kol.: cit. dielo, s. 141.

- ◆ oprávnenia zdržať odmenu až do vykonania opatrení smerujúcich k odstráneniu príčin vzniku nedostatkov a k náprave zistených nedostatkov, tiež oprávnenia umožňujúce redukcii či nevyplatenie odplaty dohliadanému subjektu, na ktorú mu vznikol nárok (odporúčame strednú cestu, tj. nestanovovať dôvody siahnutia na odmenu príliš kazuisticky ani príliš vágne),
- ◆ oprávnenia zabezpečujúce ukončenie činnosti finančného sprostredkovania u podriadených subjektov (odporúčame v prípade najzávažnejších porušení zakotviť v zmluve právo dohliadajúceho subjektu od zmluvy odstúpiť a nebyť tak nútený čakať na uplynutie výpovednej doby).

V rámci **pravidelných obsahových náležitostí (*naturalia negotii*)** zmluvy môžeme okrem oprávnení uvedených v písm. e) vyššie špecifikovať tieto ďalšie **nástroje výkonu delegovaného dohľadu**:

- a) realizácia produktových a procesných školení,
- b) informovanie o pripravovaných zmenách produktov, ich cien a parametrov a o zmenách pracovných postupov,
- c) realizácia osobitného finančného vzdelávania finančnou inštitúciou (§ 22a ods. 2),
- d) produktová a procesná podpora,
- e) zodpovednosť dohliadajúceho subjektu (napr. za včasné dodanie a správnosť tlačív),
- f) zodpovednosť dohliadaného subjektu (napr. za správnosť úkonov voči klientovi, vrátane postupu podľa §§ 27, 28, 29),
- g) prijímanie podaní zo strany klientov dohliadaným subjektom (napr. sťažností, reklamácií, žiadostí, oznamovanie zmien údajov a pod.) a ich postupovanie ďalej,
- h) podrobnosti o pracovných postupoch v používaných IT systémoch,
- i) poskytovanie súčinnosti v prípade realizácie dohľadu zo strany NBS,
- j) preukázanie uzatvoreného poistenia zodpovednosti za škodu a úhrady poistného (§ 30 ods. 8), resp. prevzatie zodpovednosti za spôsobenú škodu (§ 30 ods. 6 a 7),
- k) prípadné uplatnenie dodatočných sankcií,
- l) podrobnosti o spracúvaní osobných údajov klientov,
- m) podrobnosti o spolupráci v oblasti ochrany pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti,
- n) spôsoby a dôvody ukončenia zmluvy, výpovedné lehoty.

Formálnou náležitosťou zmluvy medzi dohliadajúcim a dohliadaným subjektom je písomná forma (§ 8, § 9 ods. 1).

Ďalšou zákonnou formou výkonu delegovaného dohľadu je **prijatie organizačných opatrení** u dohliadajúceho subjektu na účely predchádzania porušovania a sústavného preverovania dodržiavania povinností vyplývajúcich zo všeobecne záväzných právnych predpisov dohliadanými subjektmi. To znamená, že dohliadajúce subjekty musia zaviesť primerané kontrolné mechanizmy (v rámci priamej i nepriamej procesovej kontroly a mimoprocovej kontroly) u dohliadaných subjektov, čo musí byť obsiahnuté aj v uzatvorenej zmluve. Za vykonávanie kontroly u dohliadaného subjektu je zodpovedný odborný garant finančnej inštitúcie, resp. samostatného finančného agenta [§ 25 ods. 7 písm. b), resp. ods. 8 písm. b)]. Im tiež vyplýva zo zákona povinnosť prijať internú smernicu upravujúcu postup pri uskutočňovaní preneseného (delegovaného) dohľadu a preverovaní dohliadaných subjektov.

Medzi **nástroje výkonu delegovaného dohľadu** obsiahnuté v organizačných opatreniach u dohliadajúceho subjektu slúžiacich na vyššieuvedené účely budú patriť najmä:

- ◆ vytvorenie vhodnej organizačnej štruktúry,
- ◆ zdefinovanie vhodných právomocí a zodpovedností organizačných útvarov dohliadajúceho subjektu vrátane zodpovednosti za prípravu a monitoring plnenia zmluvy s dohliadaným subjektom (zvyčajne túto zodpovednosť bude niesť odborný garant),
- ◆ dostatočné finančné pokrytie výkonu delegovaného dohľadu,
- ◆ primerané nastavenie vnútornej predpisovej základne dohliadajúceho,
- ◆ mechanizmus kontrolnej činnosti (najmä postup preverovania a prostriedky, ktoré budú na to použité, a to v závislosti od druhu kontrolnej činnosti; spôsob oboznámenia dohliadaného subjektu s výsledkom preverenia; postup pri navrhnutí opatrení na odstránenie nedostatkov a kontrole plnenia týchto opatrení),
- ◆ mechanizmus vzájomnej komunikácie a reportingu.

Všeobecné organizačné požiadavky na vykonávanie finančného sprostredkovania a finančného poradenstva stanovujú §§ 24 až 27.

5. Výhody a nevýhody právnej regulácie delegovaného dohľadu

Vzhľadom na množstvo podriadených a viazaných finančných agentov zaregistrovaných v Slovenskej republike je nereálne, aby nad všetkými vykonávala dohľad Národná banka Slovenska. Zákonodarca tak zvolil právny režim, podľa ktorého medzi dohliadané subjekty zaradil spomedzi finančných sprostredkovateľov len jeden ich typ, a to samostatných finančných agentov. Okrem nich sú z titulu svojho právneho a ekonomického postavenia na finančnom trhu prirodzenými dohliadanými subjektami finančné inštitúcie.

Hlavnou **výhodou** vytvorenia právnej konštrukcie delegovaného dohľadu tak je odbrehnutie NBS od príliš kazuistickej dohľadovej činnosti nad veľkým počtom drobných subjektov. Napriek tomu však tieto subjekty dohľadu neuniknú, avšak sú dohliadané nepriamo – prostredníctvom im nadriadeného subjektu (samostatného finančného agenta

alebo finančnej inštitúcie). Zároveň sa však pre NBS zadefinovaním práva uložiť sankciu každému, „kto porušil práva finančného spotrebiteľa alebo porušil povinnosti v oblasti ochrany finančných spotrebiteľov“ podľa ZDFT alebo osobitných predpisov (§ 35f ods. 1 a 2 ZDFT) vytvoril priestor sankcionovať aj tieto subjekty priamo. Môžeme teda skonštatovať, že vytvorením inštitútu delegovaného dohľadu sa podarilo skombinovať viacero výhod, a to najmä na strane NBS a finančných spotrebiteľov:

- a) existencia dohľadu (aj keď nepriameho) nad veľkým množstvom drobných subjektov;
- b) bez nutnosti prílišného zataženia ľudských, finančných a časových kapacít NBS;
- c) pri súčasnom zachovaní možnosti priameho zásahu NBS voči týmto subjektom prostredníctvom zákonných právomocí (opatrenia na nápravu a sankcie); a
- d) vytvorením konštrukcie povinnej, resp. fakultatívnej právnej zodpovednosti za škodu spôsobenú podriadeným subjektom finančnou inštitúciou alebo samostatným finančným agentom.

Na druhej strane inštitút delegovaného dohľadu prináša aj niektoré **nevýhody** týkajúce sa predovšetkým samotných finančných sprostredkovateľov:

- a) absencia štandardných nástrojov ochrany práv podriadeného subjektu voči záverom dohľadu NBS vykonaného u nadriadeného subjektu. Problém spočíva v tom, že podriadený subjekt, keďže nie je dohliadaným subjektom ani účastníkom prípadného konania zo strany NBS, nemá k dispozícii efektívne nástroje obrany voči opatreniam uplatňovaným v rámci dohľadu (napr. námietky proti protokolu z dohľadu na mieste, rozklad proti rozhodnutiu o uložení sankcie, správna žaloba proti práviplatnému rozhodnutiu a pod.), pokiaľ sa s nimi stotožnil nadriadený subjekt; v podstate mu ostáva k dispozícii len veľmi úzka škála zmluvných nástrojov (napr. ukončenie zmluvy);
- b) vysoké nároky na vytvorenie a aplikáciu kontrolných mechanizmov u nadriadeného subjektu, čo môže byť problematické najmä v prípade, že ním nie je finančná inštitúcia;
- c) u podriadeného subjektu absencia spätnej väzby a priameho kontaktu so zamestnancami NBS vykonávajúcimi dohľad, čo môže viesť k nesprávnym, resp. skresleným záverom dohľadu.

Záver

Nad dohliadanými subjektami vykonáva NBS priamy dohľad, pričom predmetom tohto dohľadu je aj výkon tzv. preneseného alebo delegovaného dohľadu nad im podriadenými subjektmi. Do tejto kategórie patria viazaní agenti, podriadení agenti, viazaní investiční agenti a sprostredkovatelia doplnkového poistenia. Delegovaný dohľad je špecifický právny inštitút, kedy podnikateľ je povinný vykonávať dohľad nad iným podnikateľom.

Cieľmi delegovaného dohľadu sú najmä zabezpečiť zákonný a odborne spôsobilý výkon činnosti podriadenými finančnými agentmi, čo má zabezpečiť nadriadený subjekt

„s vynaložením všetkého úsilia, ktoré možno od neho požadovať“, ale aj predchádzanie vzniku nedostatkov v činnosti podriadených subjektov, ich odhalovanie a prijatie opatrení na nápravu. Na dosiahnutie týchto cieľov stanovuje zákon dve hlavné formy, ktorými sú:

- ◆ písomná zmluva medzi dohliadajúcim a dohliadaným subjektom, pričom zákonom sú ustanovené jej podstatné náležitosti a
- ◆ organizačné opatrenia u dohliadajúceho subjektu, najmä prijatie vnútorného predpisu upravujúceho postup pri plnení povinností delegovaného dohľadu voči dohliadanému.

Obsahom týchto foriem sú nástroje výkonu delegovaného dohľadu, ktorých minimálny obsah a rozsah stanovuje zákon. Inak je tento obsah a rozsah zadefinovaný relatívne, a to prostredníctvom už spomínanej formulácie výkonu delegovaného dohľadu dohliadajúcim subjektom „s vynaložením všetkého úsilia, ktoré možno od neho požadovať“, t.j. bude závisieť od takých kritérií u dohliadajúceho a dohliadaného subjektu ako je ich veľkosť, finančné a personálne možnosti, rozsah činnosti, rozsah produktového portfólia či počet sektorov pôsobnosti. V tomto článku uvádzame exemplifikatívny výpočet týchto nástrojov.

Delegovaný dohľad je spojený s viacerými výhodami, najmä z pohľadu regulátora – NBS a finančných spotrebiteľov, resp. klientov a vytvára tak efektívny nástroj nepriamej regulácie. Finančným sprostredkovateľom však prináša viacero nevýhod, z ktorých najvýznamnejšou je absencia primeraných nástrojov ochrany pred nezákonným zásahom do práv viazaného, resp. podriadeného finančného agenta zo strany NBS, resp. nadriadeného subjektu (samostatného finančného agenta alebo finančnej inštitúcie). To môže byť napokon dôvodom spochybnenia tohto nástroja v budúcnosti.

LITERATURA

- [1] ČUNDERLÍK, L. a kol.: *Právo finančného trhu*. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave a Wolters Kluwer, 2017, 260 s., ISBN 978-80-8168-753-2.
- [2] KRAVECOVÁ, D.: *Finančné sprostredkovanie. Ako podnikat' legálne*. Bratislava: IURIS LIBRI, 2016, 190 s., ISBN 978-80-89635-25-2.
- [3] SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohlade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, 492 s., ISBN 978-80-8168-947-5.
- [4] SLEZÁKOVÁ, A., TKÁČ, P., NOVOTNÁ, M.: *Samostatný finančný agent ako dohliadaný subjekt finančného trhu*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016, 147 s., ISBN 978-80-8168-497-5.
- [4] <https://subjekty.nbs.sk> [cit. 6. 11. 2019].

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Ing. Martin Winkler, Ph.D.
Katedra obchodného práva OF EU
E-mail: martin.winkler@euba.sk

PRÁVO V PODNIKÁNÍ

VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU



Sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference

Hlavní pořadatel konference:
Katedra podnikového a evropského práva FMV VŠE v Praze

Vydalo nakladatelství TROAS v Praze
v roce 2019

Vydání první, náklad 35 ks.

Redaktor publikace:

Kateřina Štěpánková, DiS

Grafický design, sazba:

Kateřina Štěpánková, DiS,
GRAFIS – grafický servis
grafis@email.cz, www.graficky-servis.cz

Organizační výbor

Předsedkyně: Ing. Lucie Andreisová, Ph.D.

Členové:

Ing. Aleš Kainz

Ing. Lukáš Vacuška

JUDr. Ing. Sandra Brožová, Ph.D., LL.M.

*Tento sborník příspěvků byl recenzován
mezinárodním vědeckým výborem.*

Mezinárodní vědecký výbor:

Předseda: doc. JUDr. Zbyněk Švarc, Ph.D.

Členové:

JUDr. Dušan Holub, Ph.D.

doc. Mgr. Tomáš Gongol, Ph.D.

JUDr. Ing. Tomáš Moravec, Ph.D.

© nakladatelství TROAS, 2019

ISBN: 978-80-88055-08-2

ISSN: 2571-4074 (Print)

ISSN: 2571-4082 (On-line)





Tento sborník vznikl za finanční podpory Interní grantové agentury VŠE v rámci projektu č. IG207029 (F2/20/2019) a s příspěvním prostředků na institucionální podporu vědecké činnosti Fakulty mezinárodních vztahů Vysoké školy ekonomické v Praze.



**Sborník recenzovaných příspěvků
k XI. ročníku mezinárodní vědecké
konference**

© **TROAS, s. r. o., 2019**

ISBN: 978-80-88055-08-2

ISSN: 2571-4074



PRÁVO V PODNIKÁNÍ
VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU

