PRÁVO V PODNIKÁNÍ
VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU

LAW IN BUSINESS OF SELECTED
MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

Sborník příspěvků k XII. ročníku mezinárodní vědecké konference

Proceedings of the XII International Scientific Conference

6. 11. 2020

TROAS s.r.o.

Příklad citace celého sborníku:

ŠKRABKA, Jan a VACUŠKA, Lukáš (ed.). Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie. Sborník příspěvků k XII. ročníku mezinárodní vědecké konference. Praha: TROAS, s.r.o., 2020, 384 s., ISBN: 978-80-88055-10-5.

Suggested citation of the whole proceedings:

ŠKRABKA, Jan and VACUŠKA, Lukáš (ed.). Law in Business of Selected Member States of the European Union. Proceedings of the XII International Scientific Conference. Prague: TROAS, s.r.o., 2020, 384 p., ISBN: 978-80-88055-10-5.

Příklad citace jednotlivého příspěvku:

PŘÍJMENÍ, Jméno. Název příspěvku. In ŠKRABKA, Jan a VACUŠKA, Lukáš (ed.). Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie. Sborník příspěvků k XII. ročníku mezinárodní vědecké konference. Praha: TROAS, s.r.o., 2020, s. xxx-xxx ISBN: 978-80-88055-10-5.

Suggested citation of an individual paper:

Last Name, N. Title of the paper. In: ŠKRABKA, Jan and VACUŠKA, Lukáš (ed.). Law in Business of Selected Member States of the European Union. Proceedings of the XII International Scientific Conference. Prague: TROAS, s.r.o., 2020, p. xxx-xxx. ISBN: 978-80-88055-10-5.

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

Main organizer of the conference:
Department of Business and European Law, Faculty of International Relations, Prague University of Economics and Business, Czech Republic
www.kpep.vse.cz, www.facebook.com/KPEPFMV.

PRÁVO V PODNIKÁNÍ

VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU

LAW IN BUSINESS OF SELECTED
MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

Sborník příspěvků k XII. ročníku mezinárodní vědecké konference

Proceedings of the XII International Scientific Conference

6. 11. 2020

TROAS s.r.o.

Tento sborník vznikl za finanční podpory Interní grantové agentury VŠE v rámci projektu IG207010 (F2/65/2020) a s přispěním prostředků na institucionální podporu vědecké činnosti Fakulty mezinárodních vztahů Vysoké školy ekonomické v Praze.

© TROAS, s.r.o., 2020.

ISBN: 978-80-88055-10-5.

OBSAH / CONTENT

1. PRÁVO V PODNIKÁNÍ / LAW IN BUSINESS **11**

Bálek Jiří
KONTROLA PROSAZOVÁNÍ KONCERNOVÝCH ZÁJMŮ
ZE STRANY ORGÁNŮ ŘÍDÍCÍ OSOBY / CONTROL OF CONCERN INTERESTS ASSERTION
BY THE BODIES OF THE DOMINANT ENTITY 12

Bystrík Vidašič
SYSTÉM PRÁVNEJ ÚPRAVY EURÓPSKEJ SPOLOČNOSTI
THE SYSTEM OF LEGAL REGULATION OF THE EUROPEAN COMPANY 23

Marian Ďurana
PRÁVNA ÚPRAVA LIKVIDÁCIE PRÁVNICKÝCH OSÔB
LEGAL REGULATION OF LIQUIDATION OF LEGAL ENTITIES 32

Lenka Ušiaková
LOJALITA ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU KAPITÁLOVEJ OBCHODNEJ SPOLOČNOSTI
A JEJ OSOBITOSTI Z HĽADISKA PRÁVNEJ ÚPRAVY SPOLOČNOSTI V KRÍZE
LOYALTY OF THE STATUTORY BODY OF A CORPORATION AND ITS SPECIFICS
FROM THE POINT OF THE VIEW OF LEGISLATION OF CORPORATION IN CRISIS 40

Radim Kříž
STATUSOVÉ OTÁZKY PRÁVNÍ ÚPRAVY AKCIOVÝCH SPOLEČNOSTÍ
– HLEDÁNÍ HRANIC POKRAČUJE / STATUS ISSUES OF THE LEGISLATION
OF PUBLIC LIMITED LIABILITY COMPANIES – THE SEARCH FOR LIMITS CONTINUES 49

Martin Kubinec
OBCHODNÁ SPOLOČNOSŤ V KRÍZE (NIELEN) AKO PRÁVNY
TRANSPLANTÁT V SLOVENSKOM PRÁVE / BUSINESS COMPANY IN CRISIS (NOT ONLY)
AS A LEGAL TRANSPLANTATE IN SLOVAK LAW 59

Klára Zikmundová
NEMAJETKOVÁ ÚJMA A PŘIMĚŘENÉ ZADOSTIUČINĚNÍ VE SVĚTĚ PRÁVNICKÝCH OSOB
NON-PECUNIARY LOSS AND JUST SATISFACTION IN THE WORLD OF LEGAL ENTITIES 69

Nicole Grmelová
KATOLICKÁ CÍRKEV JAKO PODNIKATEL V ČESKÉ REPUBLICE
THE CATHOLIC CHURCH AS AN ENTREPRENEUR IN THE CZECH REPUBLIC 79

Jan Petr
PRÁVA HOSPODÁŘSKÝCH SUBJEKTŮ VYŠETŘOVANÝCH ORGÁNY EU
V RÁMCI BOJE PROTI PODVODŮM: SOUČASNÝ STAV A BUDOUCÍ PERSPEKTIVY
THE RIGHTS OF ECONOMIC OPERATORS CONCERNED BY EU ANTI-FRAUD
INVESTIGATIONS: CURRENT STATUS AND FUTURE PROSPECTS 87

Lucie Andreisová
NĚKOLIK POZNÁMEK K INTERNÍM WHISTLEBLOWING SYSTÉMŮM (OCHRANĚ
OZNAMOVATELŮ) / A FEW NOTES ON THE INTERNAL WHISTLEBLOWING SYSTEMS 93

Michal Pospíšil
NÁMITKOVÉ ŘÍZENÍ PO VELKÉ NOVELIZACI ZNÁMKOVÉHO ZÁKONA
TRADEMARK OPPOSITION AFTER LARGE AMENDMENT OF THE TRADEMARK ACT 105

Peter Rakovský
DAŇOVÉ VÝZVY A REGULÁCIA OBCHODNÝCH SPOLOČNOSTÍ V ŠTÁTOCH EURÓPSKEJ ÚNIE / TAX CHALLENGES AND REGULATION OF BUSINESS COMPANIES IN THE COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION 111

Martin Winkler
FINANČNÝ PORADCA – DEFINÍCIA POJMU A PODMIENKY VÝKONU ČINNOSTI V SLOVENSKEJ REPUBLIKE / FINANCIAL ADVISOR – DEFINITION OF THE CONCEPT AND CONDITIONS OF ITS ACTIVITY IN THE SLOVAK REPUBLIC 120

Bartosz Ziemblicki
ODPOVĚDNOST OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ PŘED MEZINÁRODNÍMI TRESTNÍMI SOUDY / LIABILITY OF COMPANIES BEFORE INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS 129

2. OCHRANA SPOTŘEBITELE / CONSUMER PROTECTION 138

Daniela Gandžalová
OCHRANA SPOTREBITEĽA V CIVILNOM KONANÍ V SLOVENSKEJ REPUBLIKE
CONSUMER PROTECTION IN CIVIL PROCEEDINGS IN THE SLOVAK REPUBLIC 139

Václav Pilík
SPOTŘEBITELSKÁ OCHRANA DĚTÍ VE SVĚTLE PRÁVA EU
CONSUMER PROTECTION OF CHILDREN IN THE LIGHT OF EU LAW 147

Andrea Slezáková
ČINNOSŤ TIPÉRA, BEZPODIELOVÉ SPOLUVLASTNÍCTVO MANŽELOV A OCHRANA FINANČNÉHO SPOTREBITEĽA (ALEBO AKO KOEXISTUJE ZÁKON O FINANČNOM SPROSTREDKOVANÍ A OBČIANSKY ZÁKONNÍK)
TIPPER´S ACTIVITY, JOINT PROPERTY OF SPOUSES AND FINANCIAL CONSUMER PROTECTION (OR HOW FINANCIAL INTERMEDIATION ACT AND CIVIL CODE CO-EXIST) 154

3. MEZINÁRODNÍ PRÁVO SOUKROMÉ A PRÁVO MEZINÁRODNÍHO OBCHODU PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL TRADE LAW 164

Alexander J. Bělohlávek
KONFLIKT PRÁVNÍCH AKTŮ WTO A PRÁVA EU V ROZHODOVACÍ PRAXI SOUDNÍHO DVORA EU SE ZAMĚŘENÍM NA GATT A TRIPS / CONFLICT BETWEEN WTO LEGAL ACTS AND EU LAW IN CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE, WITH FOCUS ON GATT AND TRIPS AGREEMENTS 165

Sandra Brožová
ELEKTRONICKÁ DOKUMENTACE V MEZINÁRODNÍM OBCHODĚ (VYUŽITÍ TECHNOLOGIE BLOCKCHAIN PODLE VZOROVÉHO ZÁKONA UNCITRAL)
ELECTRONIC DOCUMENTATION IN INTERNATIONAL TRADE (THE USE OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY ACCORDING TO THE UNCITRAL MODEL LAW) 172

Alexander Kult
VOLBA PRÁVA V POJISTNÝCH SMLOUVÁCH SJEDNÁVANÝCH NA DÁLKU SE ZAMĚŘENÍM NA CESTOVNÍ POJIŠTĚNÍ / CHOICE OF LAW IN DISTANCE INSURANCE CONTRACTS WITH FOCUS ON TRAVEL INSURANCE 181

Petr Pospíšil
SYSTÉM INVESTIČNÍCH SOUDŮ NAVRŽENÝ EVROPSKOU KOMISÍ
INVESTMENT COURT SYSTEM PROPOSED BY THE EUROPEAN COMMISSION 191

4. PRÁVO IT A PRÁVO NOVÝCH TECHNOLOGIÍ
IT LAW AND LAW OF NEW TECHNOLOGIES **201**

Martin Boháček
DIGITÁLNÍ VÝUKA PODLE AUTORSKÉHO PRÁVA ČESKÉ REPUBLIKY NA JEDNOTNÉM DIGITÁLNÍM TRHU EU / DIGITAL LEARNING ACCORDING TO COPYRIGHT LAW OF THE CZECH REPUBLIC AND IN THE EU DIGITAL SINGLE MARKET 202

Jan Hořeňovský
REGULACE SOCIÁLNÍCH SÍTÍ SKRZE ČLÁNEK 102 SFEU
REGULATION OF SOCIAL MEDIA NETWORKS THROUGH THE ARTICLE 102 TFEU 214

Radim Polčák
REGULATORNÍ LOGIKA DIGITÁLNÍCH SLUŽEB A NOVÝ REŽIM OMEZENÍ ODPOVĚDNOSTI ISP / THE REGULATORY LOGIC OF DIGITAL SERVICES AND THE NEW GERIME OF ISP LIABILITY LIMITATIONS 223

Jana Soukupová, Martin Samek
VYBRANÉ PRÁVNÍ ASPEKTY TECHNOLOGIE ROZPOZNÁVÁNÍ OBLIČEJŮ A JEJÍ VYUŽITÍ V PRAXI / SELECTED LEGAL ASPECTS OF FACE RECOGNITION TECHNOLOGY AND ITS USE IN PRACTICE 233

Jak Klouda
PRÁVNÍ TRANSFORMACE VLIVEM NOVÝCH TECHNOLOGIÍ
LEGAL TRANSFORMATION INFLUENCED BY NEW TECHNOLOGIES 242

Regina Yusupova
ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTIKY UMĚLÉ INTELIGENCE A BUDOUCÍ VÝZVY PRO ZÁKONODÁRCE / BASIC CHARACTERISTICS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND FUTURE CHALLENGIES FOR LAWMAKERS 253

5. INSOLVENČNÍ PRÁVO / INSOLVENCY LAW **263**

Klára Vítková, Ondřej Zezulka
FLEXIBILITA REGULATORNÍCH PŘÍSTUPŮ K ODMĚŇOVÁNÍ INSOLVENČNÍCH SPRÁVCŮ Z ČESKÉHO A NEMECKÉHO POHLED
THE FLEXIBILITY OF REGULATORY APPROACHES TO REMUNERATION OF INSOLVENCY PRACTITIONERS FROM THE CZECH AND GERMAN PERSPECTIVE 264

Petr Smolík
SVĚŘENSKÉ FONDY A INSOLVENCE – MEZE A MOŽNOSTI
TRUSTS AND INSOLVENCY – BORDERS AND POSSIBILITIES 262

Milan Ďurica
VERITEĽ VERSUS DLŽNÍK (SÚMRAK NAD VERITEĽOM)
CREDITOR VERSUS DEBTOR(TWILIGHT OVER THE CREDITOR) 272

Andrea Bilas Ševčiková, Jakub Dzimko
ODDLŽENIE FYZICKEJ OSOBY SPLÁTKOVÝM KALENDÁROM V PODMIENKACH SLOVENSKEJ REPUBLIKY / DEBT ELIMINATION OF A NATURAL PERSON BY PAYMENT CALENDAR IN THE CONDITIONS OF THE SLOVAK REPUBLIC 288

Michaela Kútiková, Matúš Mendrej
POSTAVENIE SPRÁVCU V ODDLŽENÍ FYZICKEJ OSOBY PROSTREDNÍCTVOM KONKURZU / CHANGES IN THE LEGISLATION OF THE LIMITED LIABILITY COMPANY PRO FUTURE 297

Monika Némethová, Andrea Bilas Ševčiková
K PRÁVNEJ ÚPRAVE DODATOČNEJ LIKVIDÁCIE V SLOVENSKEJ REPUBLIKE
ON THE LEGAL REGULATION OF ADDITIONAL LIQUIDATION IN THE SLOVAK REPUBLIC 305

Mária Veterníková
NEPOCTIVÝ ZÁMER V ODDLŽENÍ
DISHONEST INTENTION IN DEBT RELIEF 313

6. VLIV COVID-19 NA PRÁVO / THE IMPACT OF COVID-19 ON THE LEGAL REGULATION 322

Svetlana Ficová, Marek Ivančo
VPLYV COVIDU-19 NA NÁJOMNÉ VZŤAHY
THE IMPACT OF COVID-19 ON THE LEASE RELATIONSHIPS 323

Ondřej Dlouhý, Lukáš Grodl
DOPADY COVID-19 NA MEZINÁRODNÍ PŘÍSLUŠNOST INSOLVENČNÍHO ŘÍZENÍ – OHROŽENÍ LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ?
COVID-19 INFLUENCES ON INSOLVENCY PROCEEDING OPENINGS – THREAT TO LEGITIMATE EXPECTATION OF INTERNATIONAL JURISDICTION? 332

Tomáš Moravec
INSOLVEČNÍ PRÁVO V DOBĚ PANDEMIE
INSOLVENCY LAW IN TIMES OF PANDEMIC 342

Miroslava Dolíhalová
ODKLAD SPLÁTOK POČAS TRVANIA PANDÉMIE – CESTA K NÁSLEDNÉMU POSILNENIU ZABEZPEČOVACÍCH INŠTITÚTOV?
DEFERRING PAYMENTS DURING THE PANDEMIC – THE WAY TO FOLLOW-UP STRENGTHENING SECURITY INSTITUTIONS? 349

Jana Odehnalová
NÁHRADA ŠKODY PODNIKATELŮM V DŮSLEDKU OPATŘENÍ PROTI KORONAVIRU / COMPENSATION FOR DAMAGES TO ENTREPRENEURS INCURRED BY MEASURES AGAINST CORONAVIRUS 356

Rastislav Funta
JE NÚDZOVÝ PANDEMICKÝ PROGRAM NÁKUPU AKTÍV ECB V SÚLADE S PRÁVOM EÚ? / IS THE ECB'S PANDEMIC EMERGENCY PURCHASE PROGRAMME (PEPP) IN LINE WITH EU LAW? 365

Michal Úradník
ZVYŠOVANIE ÚVEROVÝCH KAPACÍT BÁNK – OPATRENIE NA PODPORU EKONOMIKY ALEBO OPATRENIE NARUŠUJÚCE FINANČNÚ STABILITU PRO FUTURO
INCREASING THE LENDING CAPACITY OF BANKS – A MEASURE TO SUPPORT THE ECONOMY OR A MEASURE UNDERMINING FINANCIAL STABILITY FOR THE FUTURE 375

ÚVODEM

XII. ročník mezinárodní vědecké konference „Právo v podnikání vybraných členských států EU“, uspořádaný za finanční podpory Interní grantové agentury VŠE v rámci projektu č. IG207010 (65/2020) 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 poznatků o vývoji právní úpravy týkající se oblasti podnikání ve vybraných státech EU, dále prezentací výsledků výzkumné práce nejen studentů doktorského studia ale i akademických pracovníků a v neposlední řadě i cenných poznatků z praxe. Konference tedy navázala na předešlé ročníky organizované Katedrou podnikového a evropského práva FMV VŠE v Praze 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 6. 11. 2020 netradičně v online formě v prostředí MS Teams, neboť epidemiologická situace a s ní související vládní nařízení konání konference v tradiční prezenční podobě neumožnila. Na konferenci se přihlásilo celkem 75 účastníků, z toho 32 ze zahraničí. Zapojili se účastníci z mnoha předních vysokých škol i neakademických institucí. Program konference byl nově rozšířeným 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. Stejně jako v loňském roce byla vyčleněna i samostatná sekce pro příspěvky v angličtině. Úvodní příspěvky od nejvýznamnějších vědeckých kapacit z řad účastníků konference byly předneseny v dopoledním plénu. Velmi si ceníme také navázání, resp. pokračování spolupráce s univerzitami v Polsku 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 recenzenty. Příspěvky s kladnými posudky byly předány k publikaci v tomto sborníku. Tento postup garantuje kvalitu jejich zpracování a rovněž i jejich aktuálnost. Lze proto vyjádřit přesvědčení, že příspěvky se stanou nejen východiskem pro další vědeckou práci autorů, ale i zdrojem inspirace a polemiky pro jejich čtenáře.

Děkujeme za vaši věrnost této konferenci a těšíme se na setkání v rámci XIII. ročníku.

Za mezinárodní vědecký a organizační výbor konference
Ing. Lukáš Vacuška
Katedra podnikového a evropského práva FMV VŠE v Praze
kpep.vse.cz www.facebook.com/KPEPFMV

PRÁVO V PODNIKÁNÍ
LAW IN BUSINESS

1.

Jiří Bálek 60463750@o365.cuni.cz

KONTROLA PROSAZOVÁNÍ KONCERNOVÝCH ZÁJMŮ ZE STRANY ORGÁNŮ ŘÍDÍCÍ OSOBY

CONTROL OF CONCERN INTERESTS ASSERTION BY THE BODIES OF THE DOMINANT ENTITY

Abstrakt: Příspěvek má za cíl analyzovat koncernový zájem jako klíčový znak soudržnosti koncernu, a jeho vliv na kontrolní působnost orgánů řídící osoby. Druhým cílem příspěvku je analytický rozbor kontrolních nástrojů, které zákon *de lege lata* svěřuje řídící osobě pro účely zajištění řádného prosazování koncernového zájmu a fixace koncernové kvality vzájemných vztahů členů koncernu.

Abstract: The paper aims to analyze the concern's interest, as a key feature of the concern's cohesion, and its impact on the control powers of the dominant entity. The second aim of the paper is an analysis of the control tools that the law *de lege lata* entrusts to the dominant entity for the purpose of ensuring a proper assertion of the concern interest and fixing the concern quality of concern members mutual relations.

Klíčová slova: *kontrola, koncern, řízení, zájem, řídící, osoba, korporace, obchodní, pokyn.*

Key words: *control, concern, management, interest, dominant, entity, corporation, business, instruction.*

Úvod

Viktor Knapp kdysi řekl, že *„právo směřuje k zachování společenského stavu a tím směřuje i k zachování sebe sama."*[1] Z této teze jistě vychází i regulatorní základ pro nastavení pravidel řádné správy obchodní korporace (tzv. corporate governance), a to zejména s ohledem na řádné a účelné využívání jejího majetku.[2] Knappovo tvrzení lze bez pochyby aplikovat i jako podpůrný argument pro širokou aplikaci kontrolních mechanismů koncernového práva, tedy vztahů, jež vznikají v důsledku podrobení se jednotnému řízení ze strany řídící osoby.

Cílem tohoto příspěvku je provést analýzu kontrolních nástrojů, resp. oprávnění, náležejících do dispozice orgánů řídící osoby, které řídící osobě slouží pro účely kontroly prosazování koncernových zájmů uvnitř koncernu. Dlouhodobé prosazování koncerno-

1 KNAPP, V.: *Teorie práva.* 1. vyd. Praha: Beck, 1995. Právnické učebnice, s 34.

2 Srov. ŠTENGLOVÁ, I. HAVEL, B. KUHN, P.: § 44. in: ŠTENGLOVÁ, I. [et al.]. *Zákon o obchodních korporacích.* 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 121.

vého zájmu ve smyslu ust. § 79 odst. 2. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích) (dále jen „**z.o.k.**“), představuje ve spojení s jednotným řízením podstatu koncernu jako takového. Podrobení se jednotnému řízení (§79 odst. 1 z.o.k.) však jistě klade zákonné požadavky nejen na osobu řídící, ale současně i osobu řízenou. Abychom byli schopni kvalifikovaně odpovědět na otázku, jaká práva svěřuje zákon řídící osobě, resp. jejím orgánům, ke kontrole prosazování koncernových zájmů na úrovni řízených osob, musíme nejprve zodpovědět následující dílčí otázky, tj.: (i) co se rozumí koncernovým zájmem?; (ii) jak dochází k jeho prosazování v rámci koncernu?; a (iii) který orgán řídící osoby je pověřen kontrolou prosazování koncernového zájmu?

1. Koncernový zájem

Pojem koncernového zájmu (§ 79 odst. 2 z.o.k.) je funkčně spojen s jednotným řízením koncernu, tedy vlivem řídící osoby na činnost osoby řízené. Účelem řídícího vlivu je dlouhodobé prosazování koncernových zájmů v rámci jednotné politiky koncernu, čímž má být dosaženo synergie v oblasti koordinace a koncepčního řízení alespoň jedné z významných složek nebo činností v rámci podnikání koncernu. Koncernový zájem lze dle dikce zákona systematicky zařadit jako podmnožinu jednotné politiky koncernu. Takový koncernový zájem však zpravidla nebude uvnitř koncernu existovat izolovaně, ale bude se střetávat s dílčími zájmy napříč skupinou. Souhlasím s ČERNOU, že *„zájem koncernu není prostou sumou zájmů členů koncernu. Ty se ostatně mohou lišit a protiřečit si. Stejně tak jej nelze ztotožňovat se zájmem řídící osoby, a to ani kdyby byla jediným společníkem řízených obchodních korporací.“*[3] Pohlížíme-li tedy na koncernový zájem jako na souhrn zájmů řídící a řízené osoby, pravděpodobně ke kvalifikaci koncernového zájmu nedospějeme. Zájem koncernu musí být nepochybně výsledkem souhrnu a vzájemného vyvažování dílčích zájmů a hodnot: (i) řídící osoby, (ii) řízené osoby, a (iii) koncernu jako celku. Souhrn výše uvedených znaků koncernového zájmu označují např. ČECH a ŠUK pojmem „zájmová jednota“[4].

Mám za to, že koncernový zájem lze určit za pomoci tzv. zájmového roztříštění, tedy (i) vyčleněním dílčích aspektů individuálního zájmu každého člena koncernu v rozsahu, v jakém jsou tyto dílčí aspekty sobě navzájem podobné a shodují se, a dále (ii) funkčním provázáním těchto dílčích aspektů individuálních zájmů členů koncernu. Zájmovou separací v důsledku roztříštění individuálních zájmů členů koncernu dojde k formaci koncernového zájmu, který představuje jednotný zájem seskupení. V tomto ohledu lze hovořit o zájmové jednotě, tedy koncernovém zájmu oproštěném o individuální zájmy členů koncernu (tj. řídící i řízené osoby).[5] Takový zájem by měl odrážet komplexní cíl, za kterým byl koncern vytvořen,[6] tedy zájem související s prosazením podnikatelského záměru.[7]

---

3 ČERNÁ, S.: O koncernu, koncernovém řízení a vyrovnání újmy. *Obchodněprávní revue.* 2014, č. 2, s. 33–41.

4 ČECH, P. ŠUK, P.: *Právo obchodních společností: v praxi a pro praxi (nejen soudní)*. 1. vyd. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polygon, 2016, s. 223.

5 Srov. shodně ČERNÁ, S. op. cit. sub 3.; ČECH, P. ŠUK, P. op. cit. sub 4, s. 223.

6 Srov. Tamtéž.

7 Viz. DOLEŽIL, T.: §79 in. LASÁK, J. [et al.]: *Zákon o obchodních korporacích: komentář.* Praha: Wolters Kluwer, 2014. Komentáře Wolters Kluwer. Kodex, s. 629–637.

2. Typy koncernových struktur

Vliv na účinné nastavení mechanismů kontroly, resp. případné rozšíření hranic kontrolní působnosti orgánů na úrovni řídící osoby (či koncernu *per se*), bude mít bezpochyby i typ vlastnické struktury koncernu. Ukazatelem kontrolních oprávnění v koncernu bude jistě i určení: (i) kdo je řídící osobou, (ii) kolik má koncern řídících osob, (iii) prostřednictvím jakých nástrojů realizuje řídící osoba / řídící osoby jednotné řízení, (iv) jaká je funkce řídící osoby/řídících osob, (v) jakou funkci plní jednotlivé řízené osoby, a (vi) jaké je nastavení vztahů mezi jednotlivými členy koncernu.

Seskupení obchodních korporací, jejichž vzájemné vztahy se zákonodárce pokouší regulovat v ust. § 71 až 91 z.o.k., představují typicky vysokou úroveň různorodosti. Právní rámec označený v předmětné části z.o.k. dílem podnikatelská seskupení umožňuje vytvořit jednoduché seskupení obchodních korporací[8] až po složité vlastnické struktury o tisících členech.[9] Ideální příklad pro účelné prosazování jednotného řízení koncernu představuje tzv. pyramidová vlastnická struktura,[10] kdy na vrcholu stojí konečný a jediný vlastník koncernu jako osoba řídící, jež v přímé řadě drží 100 % vlastnických podílů v osobách řízených. Setkáváme se ale i s roztříštěnými vlastnickými strukturami, kdy např. řídící osoba drží většinový podíl v řízené osobě A, která drží většinový podíl v řízené osobě B, která dále drží většinový podíl v řízené osobě C. Absence 100 % majetkové účasti napříč koncernem jednoznačně vede k přímo úměrnému snížení efektivity jednotného řízení, a tedy i možnosti účelně prosadit koncernový zájem napříč seskupením.

2. 1 Příklad

Akciová společnost (řídící osoba) drží 75 % akcií v řízené společnosti A, společnost A drží 60% podíl ve společnosti B, společnost B drží 80% podíl ve společnosti C. Tato vlastnická struktura umožňuje řídící osobě realizovat jednotné řízení na úrovni společnosti C pouze s efektivitou 36 % (= 70 % × 60 % × 80 %).[11]

Byť je koncern typem vertikálního podnikatelského seskupení, nevylučuje právní úprava distribuci dílčích prvků jednotného řízení mezi více než jednou osobou řídící. Lze se proto setkat s horizontálním seskupením řídících osob, kdy každá z nich realizuje jednotné řízení koncernu prostřednictvím dílčí významné složky, která jí byla pro účely zajištění řádného fungování seskupení v rámci podnikání koncernu svěřena.

---

8 Srov. DEMAN, R. JORISSEN, A. LAVEREN, E.: Board Monitoring in a Privately Held Firm: When Does CEO Duality Matter? The Moderating Effect of Ownership. [online 11.11.2019]. *Journal of Small Business Management.* Dostupné z: https://doi.org/10.1111/jsbm.12251 [cit. 27.10.2020].

9 Viz. YASUI, T.: Corporate Governance of Financial Groups. [online 28.7.2016]. *OECD Corporate Governance Working Papers.* Dostupné z: https://doi.org/10.1787/5jlv1m6zq3nx-en [cit. 27.10.2020].

10 Viz. DAMASCENO, A.KALATZIS, P. ALDRIGHI, D.: Family Control, Pyramidal Ownership and Investment-Cash Flow Sensitivity: Evidence from an Emerging Economy. [online 19.8.2019]. *Emerging Markets Finance and Trade.* Dostupné z: https://doi.org/10.1080/1540496X.2019.1648249 [cit. 27.10.2020].

11 Tamtéž.

3. Prosazování koncernového zájmu

3. 1 Jednotná politika a koordinace

Koordinaci a koncepční řízení alespoň jedné z významných složek nebo činností v rámci podnikání koncernu realizuje řídící osoba prostřednictvím jednotné politiky koncernu. Jednotná politika v rukách řídící osoby představuje rámec a prostředek pro dosažení koncernových zájmů.[12] Dlouhodobá strategie prosazování koncernových zájmů však musí naplňovat již uvedený požadavek dlouhodobosti a účelnosti (§ 79 odst. 2 z.o.k.). Nelze hovořit o jednotném řízení koncernu za předpokladu, že řídící osoba vykonává vliv nahodile, nesystematicky a bez toho, aby prostřednictvím takového vlivu naplňovala požadavky pro dosažení podnikatelských cílů seskupení.[13]

Kvalifikačním předpokladem jednotné koncernové politiky je dále koordinace a koncepční řízení alespoň jedné z významných složek nebo činností v rámci koncernu. Z.o.k. v tomto ohledu pracuje pouze s podmínkou jedné významné složky/činnosti koncernu, která je dostatečná pro naplnění požadavků existence koncernu, a představuje tudíž cíl jednotného řízení seskupení. Souhlasím s ČERNOU, že *„tuto podmínku nepochybně splňuje společné financování toků, které ovlivňuje i ostatní složky činnosti členů koncernu.“*[14] Dle DOLEŽILA mezi významné složky nebo činnosti náleží zejména *„nákup, odbyt, marketing, finance (např. řízení cash-flow a likvidity), investiční či personální politika.“*[15]

3. 2 Pokyny v rámci koncernu

Řídící osoba je v rámci zákonné výjimky oprávněna udělovat orgánům řízené osoby tzv. řídící pokyn. Oprávnění k udělení řídícího pokynu je privilegiem řídící osoby spadající do rámce jejího podnikatelského uvážení – tedy není povinna tohoto privilegia využít. *„Na druhé straně, pokud by řízené osobě nedávala žádné pokyny, ani nenastavila jiné ovlivňující nástroje svého koordinačního působení, mohlo by to vést ke ztrátě koncernové kvality vzájemného vztahu. Koncern totiž není seskupením vzniklým jednou provždy a koncernová kvalita vztahů mezi jeho členy je něco, co – řečeno s mírnou nadsázkou – musí řídící osoba stále obhajovat.“*[16]

3. 3 Kontrolní orgány řídící osoby

Kontrolním orgánem se dle ust. § 44 odst. 2 z.o.k. rozumí dozorčí rada, kontrolní komise nebo jiný obdobný orgán. S ohledem na diverzifikaci kontrolních orgánů napříč z.o.k. budeme pro účely tohoto příspěvku pracovat s právní úpravou kontrolního orgánu v kapitálových společnostech (srov. § 1 odst. 2 z.o.k.), a to zejména s působností dozorčí rady jako fakultativního orgánu společnosti s ručením omezeným (§ 201 z.o.k.), obligatorního kontrolního orgánu v dualistickém systému vnitřní struktury akciové společnosti (§ 396 odst. 1 a § 446 a násl. z.o.k.), a správní rady v monistickém systému vnitřní struktury

12 Viz. ČERNÁ, S. op. cit. sub 3.

13 Srov. DOLEŽIL, T. op. cit. sub 7.

14 ČERNÁ, S. op. cit. sub 3.

15 DOLEŽIL, T. op. cit. sub 7.

16 ČERNÁ, S. op. cit. sub 3.

akciové společnosti (§ 396 odst. 2 a § 456 odst. 2 a násl. z.o.k.).

3. 4 Požadavek kontroly prosazování koncernového zájmu

K efektivnímu a účelnému prosazování koncernového zájmu je nezbytné, aby řídící osoba, popř. její orgány disponovaly oprávněními, na jejichž základě bude možné průběžně ověřovat řádné prosazování koncernových zájmů na úrovni řízených osob. V případech, kdy nebude řídící osoba považovat výslovná zákonná oprávnění pro realizaci kontrolních oprávnění za dostatečná, lze zvážit zavedení mechanismů kontrolní činnosti nad rámec interní či externí kontroly přímo do zakladatelských dokumentů členů koncernu.

Pochybení, zanedbání či nereflektování požadavků řídící osoby realizovaných v rámci jednotného řízení na úrovni řízené osoby může zapříčinit negativní dopad na komplexní prosazování koncernového zájmu skupiny, a to např. v podobě finanční ztráty, reputace koncernu na trhu či ztráty konkurenceschopnosti vůči ostatním soutěžitelům.[17] Pokud v důsledku aktivity řízených osob dochází nebo může dojít k ohrožení či zmaření koncernového zájmu, musí být řídící osoba oprávněna takovému jednání zamezit a předně se o jeho existenci v předstihu dovědět.

4. Prostředky kontroly prosazování koncernového zájmu

4. 1 Vnitřní kontrola ze strany obligatorních orgánů

Domnívám se, že aby bylo možné považovat prosazování jednotného řízení (§ 79 odst. 2 z.o.k.) za účelné, bude nutné v určité fázi jeho realizace podrobit dílčí aspekty řídícího vlivu kontrole ze strany řídící osoby. Taková kontrola může být z hlediska časové struktury: (i) **předběžná** [např. v případech, kdy je vyžadován předchozí souhlas kontrolního orgánu k určitým právním jednáním statutárního orgánu, u nichž to vyžaduje zákon nebo společenská smlouva (§ 49 z.o.k.)]; (ii) **průběžná** (vázaná na projevy řídícího vlivu s dlouhodobějším charakterem realizace, např. strategie jednotné politiky koncernu přijaté ve formě usnesení valné hromady na úrovni každého člena skupiny);[18] nebo **následná** [prováděná opakovaně po završení určitého období či mezníku, který je rozhodující pro realizaci jednotného řízení – jako např. přezkum konsolidované účetní závěrky (§ 447 odst. 3 z.o.k.) sestavené představenstvem akciové společnosti (§ 435 odst. 4 z.o.k.), nebo uzavření smlouvy o prodeji nemovitosti na základě pokynu řídící osoby.[19] Není však vyloučeno, že orgán provádějící kontrolu prosazování jednotného řízení bude kontrolní činnost s ohledem na dílčí aspekty řídícího vlivu kombinovat.

Byť jsou otázky vnitřní organizační struktury kapitálových společností funkčně provázány s působností jednotlivých orgánů, nelze s odkazem na kontrolní působnost automaticky přiřadit kontrolní působnost ve vztahu k prosazování koncernového zájmu či jednotného řízení *per se* kontrolnímu orgánu řídící osoby. Jako příklad může sloužit kontrola prosazování strategie jednotné politiky koncernu. Výše jsem již uvedl, že jednotná politika koncernu představuje rámec pro realizaci koncernového zájmu, kdy: (i) strategii koncernové politiky schválily nejvyšší orgány členů koncernu (tedy valné hromady či jediný

17 Srov. YASUI, T. op. cit. sub.8, s. 13.

18 ČERNÁ, S. op. cit. sub 3.

19 Shodně ŠTENGLOVÁ, I. HAVEL, B.: § 51 in. ŠTENGLOVÁ, I. [et al.]. *Zákon o obchodních korporacích.* 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 150.

společník/akcionář při výkonu působnosti valné hromady), a nebo (ii) je jednotná politika koncernu dostatečně čitelná bez nutnosti jejího formálního zachycení v písemné podobě (jelikož zákon písemnou formu nevyžaduje).[20] Domnívám se, že v obou zmíněných případech bude kontrola prosazování jednotné politiky koncernu náležet řídící osobě jako osobě pověřené tuto politiku ve skupině účinně prosazovat (§ 79 odst. 2 z.o.k.). Z.o.k. však prostředky kontroly prosazování jednotné koncernové politiky výslovně neuvádí. Byla-li řídící osoba prostřednictvím řídícího vlivu schopna efektivně zajistit ukotvení strategie jednotné koncernové politiky, měla by provádět kontrolní činnost obdobnými nástroji řídícího vlivu. Naplňování schválené strategie jednotné koncernové politiky lze na úrovni valné hromady regulovat prostřednictvím výslovné či nevýslovné hrozby odvolatelnosti členů statutárního orgánu [§ 190 odst. 2, písm. c) z.o.k., a § 421 odst. 2, písm. e) z.o.k.].[21] Prostředkem odvolatelnosti však může řídící osoba disponovat pouze za předpokladu, že může sama v rámci působnosti valné hromady členy statutárního orgánu řízené osoby odvolat nebo za použití řídícího vlivu rozhodnutí valné hromady řízené společnosti ovlivnit. Kontrolu jednotné politiky koncernu v uvedeném případě vykonává řídící osoba prostřednictvím svého statutárního orgánu, a to z pozice společníka či akcionáře řízené osoby, případně užitím řídícího vlivu, kdy v obou případech kontrolní působnost není svěřena kontrolnímu orgánu.

4. 2 Vnitřní kontrola ze strany obligatorních orgánů

Pokyny řídící osoby v rámci koncernu představují zákonnou výjimku ze zákazu zásahu do obchodního vedení, která je zákonem obecně stanovena pro členy statutárního orgánu společnosti s ručením omezeným (§ 195 odst. 2 z.o.k.) a akciové společnosti (§ 435 odst. 3 z.o.k.).[22] Pokyny v rámci koncernu nejsou pouze nástrojem jednotného řízení, ale zároveň jeho projevem. I přesto, že z.o.k. výslovně udělování řídících pokynů umožňuje, nehovoří o způsobu a prostředcích kontroly jejich realizace.

Doktrína považuje řídící pokyny za závazné.[23] Řízená osoba je tedy pokyn řídící osoby ve smyslu ust. § 81 odst. 1 z.o.k. povinna vykonat, ledaže by byly naplněny podmínky ust. § 81 odst. 2 z.o.k. a člen orgánu řízené osoby by splněním řídícího pokynu k obchodnímu vedení porušil svou povinnost jednat s péčí řádného hospodáře (§ 52 odst. 1 z.o.k.). Zákon hovoří o udělování řídících pokynů k obchodnímu vedení[24] (§ 81 odst. 2 z.o.k.) orgánem řídící osoby orgánům osoby řízené. Nositelem působnosti k udělení řídícího pokynu k obchodnímu vedení tak musíme rozumět řídící osobu. Zákonodárce pouze označil osoby, které jsou za řídící osobu oprávněny pokyny v rámci koncernu udělit (§ 81 odst. 2 z.o.k.). Řídícím vlivem disponuje řídící osoba, nikoli její orgán jako zprostředkovatel její vůle (srov.

20 ŠTENGLOVÁ, I. HAVEL, B. op. cit. sub 19.

21 Shodně. Tamtéž.

22 Viz. ČECH, P. ŠUK, P. op. cit. sub 4, s. 227.

23 Viz. ČECH, P. ŠUK, P. op. cit. sub 4, s. 228; konzultace s prof. JUDr. Stanislavou Černou, CSc. ze dne 12.10.2020; ŠTENGLOVÁ, I.: Pokyny týkající se obchodního vedení kapitálových obchodních společností. *Sborník Karlovarské právnické dny*. 2014, č. 22, s. 37–47; ZVÁRA, M. Udílení pokynů jednatelům společnosti s ručením omezeným ve vztahu k obchodnímu vedení společnosti v českém a rakouském právu. *Obchodněprávní revue*. 2019, č. 4, s. 85–90.

24 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 8. 2004, sp. zn. 29 Odo 479/2003, publikovaný ve sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod číslem: 80/2005, v němž Nejvyšší soud poznamenal, že obchodním vedením *„je řízení společnosti, tj. zejména organizování a řízení její podnikatelské činnosti, včetně rozhodování o podnikatelských záměrech."*

§ 151 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů).[25] Na straně řízené osoby však bude adresátem řídícího pokynu orgán statutární, resp. orgán, do jehož působnosti náleží obchodní vedení.

Hledáme-li pravidlo, které opravňuje řídící osobu provést kontrolu uděleného řídícího pokynu na straně orgánu řízené osoby, v z.o.k. jej nenajdeme. Jedná se o mezeru v zákoně, kterou lze překlenout výkladem. Kontrolu řídícího pokynu zákon řídící osobě výslovně nezakazuje (srov. § 1 odst. 2 o.z.). *„Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího."*[26] Aplikací logického argumentu a maiori ad minus se domnívám, že pokud ust. § 81 odst. 1 z.o.k. opravňuje řídící osobu k udělení řídícího pokynu k obchodnímu vedení a tímto způsobem zákonodárce legalizuje zásah do obchodního vedení, tím spíše by měla být řídící osoba následně oprávněna realizaci řídícího pokynu kontrolovat.

Otázkou však zůstává, zdali je řídící osoba zmíněnou kontrolní působností nadána ex lege, popř. kterému z orgánů řídící osoby kontrolní působnost v rámci realizace řídících pokynů náleží. S odkazem na vnitřní organizační strukturu kapitálových společností je kontrolní působnost primárně svěřena obligatornímu kontrolnímu orgánu. Např. dozorčí rada akciové společnosti v rámci své působnosti dohlíží na výkon působnosti představenstva a na činnost společnosti (§ 446 odst. 1 z.o.k.). Nikdo však není oprávněn udělovat dozorčí radě pokyny týkající se její zákonné povinnosti kontrolovat působnost představenstva (§ 446 odst. 3 z.o.k.). Řídící osoba by tudíž nemohla prostřednictvím svého kontrolního orgánu udělit dozorčí radě řízené osoby pokyn k provedení kontroly působnosti představenstva řízené osoby za účelem prověření realizace uděleného řídícího pokynu. Zákon udělení kontrolního pokynu dozorčí radě akciové společnosti neumožňuje, a dokonce to výslovně vylučuje.

Řídící osobě se nabízí možnost využít v případě: (i) společnosti s ručením omezeným práva na informace (§ 155 a násl. z.o.k.), a (ii) akciové společnosti právo na vysvětlení (§ 357 a násl. z.o.k.); nachází-li se sama v pozici společníka či akcionáře jako adresát uvedených informačních práv. Právo na informace (§ 155 z.o.k) představuje širší kontrolní nástroj společníka k získání informací o společnosti, nahlížení do dokladů společnosti či kontrole údajů obsažených v předložených dokladech, než má k dispozici akcionář v rámci práva na vysvětlení (§ 357 z.o.k.). Společníci jsou nad to ze zákona výslovně oprávněni informační povinnost jednatele, resp. společníkům náležející právo na informace, ve společenské smlouvě rozšířit. Právo na vysvětlení v akciové společnosti (§ 357 z.o.k.) však akcionáře omezuje co do potřebnosti vysvětlení pro posouzení záležitostí zařazených na valnou hromadu nebo pro výkon jeho akcionářských práv. Nad rámec uvedeného nutno zmínit, že *„akcionář jej vykonává ve svém vlastním zájmu, a nikoli v zájmu valné hromady jako orgánu společnosti."*[27]

---

25 ČECH, P. ŠUK, P. op. cit. sub 4, s. 227; ČERNÁ, S. op. cit. sub 3.

26 § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Nelze v tomto ohledu chápat jako výkladovou kreativitu *contra legem*, jak ji popisuje PELIKÁNOVÁ, I. PELIKÁN, R.: § 10 ŠVESTKA, Jiří… [et al.]: *Občanský zákoník: komentář*. Svazek 1, Obecná část (§ 1 až 654). 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020. Komentáře Wolters Kluwer. 1563 s.; a dále též LAVICKÝ, P.: § 10 in: LAVICKÝ, P. HANDRLICA, J… [et al.]: *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1–654). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 99.

27 FILIP, V. LASÁK, J.: §357 in. LASÁK, J… [et al.]: *Zákon o obchodních korporacích: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014. Komentáře Wolters Kluwer. Kodex, s. 1615 – 1643.

Domnívám se tedy, že řídící osoba je za účelem zajištění existenční kontinuity koncernu (v koncernovém zájmu) oprávněna požádat o informace či vysvětlení týkající se plnění řídících pokynů.[28] Toto kontrolní oprávnění společníka či akcionáře (prostřednictvím práva na informace či vysvětlení) však považuji za neefektivní, jelikož jej lze uplatnit pouze ve vztahu mezi statutárním orgánem a orgánem nejvyšším, kterým nemusí být vždy současně obsazen řídící osobou. Právní úprava akciové společnosti podmiňuje uplatnění práva na vysvětlení existencí potřeby: (i) posouzení obsahu záležitostí zařazených na valné hromadě, či (ii) výkonu akcionářských práv na valné hromadě. Uvedená informační oprávnění nemusí být vždy vzhledem k potenciální časové urgentnosti řídících pokynů dostatečná. Lze si představit, že bude-li napříč koncernem pro naplnění požadavků koncernového zájmu nutno uzavřít smlouvu o spolupráci s konkrétním dodavatelem služeb a řídící osoba řízeným osobám pokyn k uzavření smlouvy v souladu s ust. § 81 odst. 1 z.o.k. udělí, nemůže být považováno za přiměřené, aby řídící osoba byla oprávněna realizaci řídícího pokynu zkontrolovat až při výkonu svých práv na valné hromadě společnosti. Kontrola řídícího pokynu řídící osobou, která není v postavení společníka či akcionáře řízené společnosti, tak nebude s ohledem na určení oprávněných osob vůbec přicházet v úvahu.

Mám však za to, že řídící osoba je oprávněna kontrolu uděleného řídícího pokynu provést prostředky, které jí zákon svěřuje pro samotné udělení tohoto řídícího pokynu (§ 81 odst. 1 z.o.k.). Takový postup je obhajitelný s ohledem na prosazování koncernových zájmů a zajišťování kontinuity koncernu.[29] S ohledem na otázku působnosti orgánů řídící osoby se domnívám, že iniciátorem kontroly realizace řídícího pokynu (§ 81 odst. 1 z.o.k.)[30] může být jak kontrolní orgán řídící osoby, tak její statutární orgán, jako přímý zprostředkovatel vůle řídící osoby prosazující koncernový zájem.[31] Prosazování koncernového zájmu náleží do obchodního vedení,[32] jež na úrovni řízené osoby ovlivňuje *„průběžnou pravidelnou správu záležitostí společnosti a jejího podniku."*[33] Kontrolu prosazování koncernového zájmu lze proto chápat jako jistou výseč obchodního vedení[34], kdy kontrola uděleného řídícího pokynu může být esenciální pro účely prosazení koncernového zájmu (ve formě vyvození důsledků z dosavadní nečinnosti v rámci realizace řídícího pokynu či udělením sekundárního řídícího pokynu za účelem reparace nedostatků pokynu primárního). Panuje-li doktrinální shoda v otázce závaznosti uděleného pokynu k obchodnímu vedení, musí být kontrola realizace řídícího pokynu nutně provedena formou pokynu k obchodnímu vedení. V takovém případě bude orgán řízené osoby „kontrolním" pokynem k poskytnutí informací o prosazování koncernového zájmu vázán, a bude tedy nucen

28 Srov. DEWAELHEYNS, N. VAN HULLE, C.: Capital structure adjustments in private business group companies. [online 26.3.2012]. *Applied Financial Economics*. Dostupné z: https://doi.org/10.1080/09603107.2012.654912 [cit. 27.10.2020].

29 Viz. Report on the recognition of the interest of the group. *The Informal Company Law Expert Group* (ICLEG) [online 25.10.2016]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg_recommendations_interest_group_final_en_0.pdf [cit. 27.10.2020].

30 PUFFENDORF, S.: On the Duty of Man and Citizen according to Natural Law (Cambridge Texts in the History of Political Thought) (J. Tully, Ed.; M. Silverthorne, Trans.). *Cambridge: Cambridge University Press.* s. 110.

31 Obdobně např. ELIÁŠ, K.: Hodnotový výklad zákona a inspirace ze starých textů. *Bulletin advokacie*. 2010, č. 9, s. 25–31.

32 Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 5. 4. 2006, sp. zn. 5 Tdo 94/2006; a HAVEL, B. Quo vadis obchodní vedení. *Obchodněprávní revue*. 2010, č. 3, s. 70–74.

33 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 3. 2005, č. j. 4 Afs 24/2003-81.

34 Viz. „pojmem obchodní vedení je tedy třeba rozumět tvorbu vůle uvnitř společnosti" in ŘEHÁČEK, O. Jednání členů představenstva akciové společnosti a obchodní vedení akciové společnosti. *Bulletin advokacie*. 2008, č. 5, s. 22–27.

požadované informace řídící osobě poskytnout. Pokud bychom ale dovodili, že mechanismus kontrolního řídícího pokynu nelze aplikovat, bylo by nutné na pokyn pohlížet optikou koncernových příkazů, doporučení, rad, nebo interních směrnic[35] jako projevů řídícího vlivu.[36] Lze si představit, že kontrolní mechanismus prosazování koncernového zájmu bude v rámci skupiny zakotven přímo v zakladatelském právním jednání členů koncernu.

Závěr

Absence výslovného oprávnění řídící osoby k provádění kontroly prosazování koncernového zájmu na úrovni osoby řízené je jistě zákonnou mezerou. Smyslem a účelem zákona však musíme dospět k názoru, že řídící osoba kontrolu prosazování koncernového zájmu zakázanou nemá. Stěžejním kritériem pro hodnocení jednotlivých nástrojů, které zákon řídící osobě ke kontrole prosazování koncernového zájmu svěřuje, je jejich efektivita. Řídící osoba disponuje nejrůznějšími prostředky kontroly, jejichž účinnost však bude závislá zejména na struktuře koncernu, míře uplatnění řídícího vlivu, odlišení důležitosti dílčího koncernového zájmu vůči jinému koncernovému zájmu, nastavení kontrolních mechanismů v rámci skupiny atd. Řídící osoba bude však v mnoha případech jednat promptně a efektivně, aby nedošlo ke zmaření koncernového zájmu nebo dokonce ztrátě koncernové kvality vztahů osoby řídící a řízené. Impuls k fixaci koncernové vazby mezi členy koncernu může na úrovni řídící osoby vzejít z popudu kontrolního orgánu ve vztahu kontroly působnosti orgánu statutárního (dozorčí rada v s.r.o. – § 201 odst. 2 písm. a) z.o.k.; dozorčí rada v dualistickém systému akciové společnosti – § 446 odst. 1 z.o.k., a správní rada v monistickém systému akciové společnosti – § 460 odst. 1 z.o.k.). Kontrolní orgán se však za účelem realizace kontrolního pokynu bude nucen obrátit na orgán statutární, který tento pokyn za řídící osobu vůči osobě řízené provede.[37] Nelze však vyloučit, že řídící osoba přistoupí ke kontrole napřímo prostřednictvím statutárního orgánu za pomoci nástrojů obchodního vedení. V tomto případě nehovoříme o kontrole *per se*, ale pouze o prostředku, jakým lze řádně realizovat obchodní vedení a naplňovat tak napříč koncernem požadavek prosazování koncernového zájmu.

35 ČERNÁ, S. op. cit. sub 3.

36 Obdobně řeší i HAVEL ve vztahu k atrahování obchodního vedení a závaznosti zásahů do něj (tedy pokud není zásah závazný a zákon jej nezakazuje, má pouze doporučující charakter): HAVEL, B. Chiméra neproniknutelnosti obchodního vedení ve společnosti s ručením omezeným (?). *Obchodněprávní revue*. 2019, č. 6, s. 151–155; a dále KRECHT, J. K normativní imperfekci. *Právní rozhledy*. 2014, č. 19, s. 676–678.

37 Tento případ směřuje konkrétně na pokyn v rámci koncernu dle § 81 odst. 1 z.o.k. Kontrolní nástroje řídící osoby však nebude vždy možné využít za pomoci mechanismu, kdy iniciátorem kontroly bude kontrolní orgán. Tento postup se uplatní pouze za předpokladu, že kontrolní působnost bude svěřena kontrolnímu orgánu, resp. bude moci být i sekundárně realizována za pomoci orgánu statutárního.

LITERATURA

[1] ČECH, P. ŠUK, P.: *Právo obchodních společností: v praxi a pro praxi (nejen soudní).* 1. vyd. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polygon, 2016. 373 s. ISBN 978-80-7273-177-0.

[2] ČERNÁ, S.: O koncernu, koncernovém řízení a vyrovnání újmy. *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 2, s. 33–41. ISSN 1803-6554.

[3] DAMASCENO, A.KALATZIS, P. ALDRIGHI, D.: Family Control, Pyramidal Ownership and Investment-Cash Flow Sensitivity: Evidence from an Emerging Economy. [online 19.8.2019]. *Emerging Markets Finance and Trade.* Dostupné z: https://doi.org/10.1080/1540496X.2019.1648249 [cit. 27.10.2020].

[4] DEMAN, R. JORISSEN, A. LAVEREN, E.: Board Monitoring in a Privately Held Firm: When Does CEO Duality Matter? The Moderating Effect of Ownership. [online 11.11.2019]. *Journal of Small Business Management.* Dostupné z: https://doi.org/10.1111/jsbm.12251 [cit. 27.10.2020].

[5] DEWAELHEYNS, N. VAN HULLE, C.: Capital structure adjustments in private business group companies. [online 26.3.2012]. *Applied Financial Economics.* Dostupné z: https://doi.org/10.1080/09603107.2012.654912 [cit. 27.10.2020].

[6] ELIÁŠ, K.: Hodnotový výklad zákona a inspirace ze starých textů. *Bulletin advokacie.* 2010, č. 9, s. 25-31. ISSN 1210-6348.

[7] HAVEL, B.: Quo vadis obchodní vedení. *Obchodněprávní revue*. 2010, č. 3, s. 70-74. ISSN 1803-6554.

[8] HAVEL, B.: Chiméra neproniknutelnosti obchodního vedení ve společnosti s ručením omezeným (?). *Obchodněprávní revue*. 2019, č. 6, s. 151-155. ISSN 1803-6554.

[9] KNAPP, V.: *Teorie práva.* 1. vyd. Praha: Beck, 1995. Právnické učebnice. 247 s. ISBN 80-7179-028-1.

[10] KRECHT, J.: K normativní imperfekci. *Právní rozhledy.* 2014, č. 19, s. 676-678.

[11] LASÁK, J. [et al.]: *Zákon o obchodních korporacích: komentář.* Praha: Wolters Kluwer, 2014. Komentáře Wolters Kluwer. Kodex. 1576 s. ISBN 978-80-7478-537-5.

[12] LAVICKÝ, P. HANDRLICA, J. [et al.]: *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, 2046 s. ISBN 978-80-7400-529-9.

[13] PUFFENDORF, S.: On the Duty of Man and Citizen according to Natural Law (Cambridge Texts in the History of Political Thought) (J. Tully, Ed.; M. Silverthorne, Trans.). *Cambridge: Cambridge University Press.* 236 s. ISBN 9781316160800.

[14] ŘEHÁČEK, O.: Jednání členů představenstva akciové společnosti a obchodní vedení akciové společnosti. *Bulletin advokacie*. 2008, č. 5, s. 22-27. ISSN 1210-6348.

[15] ŠTENGLOVÁ, I. [et al.]: *Zákon o obchodních korporacích*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1128 s. ISBN 978-80-7400-540-4.

[16] ŠTENGLOVÁ, I.: *Pokyny týkající se obchodního vedení kapitálových obchodních společností*. Sborník Karlovarské právnické dny. 2014, č. 22, s. 37-47.

[17] ŠVESTKA, J. [et al.]: *Občanský zákoník: komentář.* Svazek 1, Obecná část (§ 1 až 654). 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020. Komentáře Wolters Kluwer. 1563 s. ISBN 978-80-7598-656-6.

[18] YASUI, T.: *Corporate Governance of Financial Groups.* [online 28.7.2016]. OECD Corporate Governance Working Papers. Dostupné z: https://doi.org/10.1787/5jlv1m6zq3nx-en [cit. 27.10.2020].

[19] ZVÁRA, M.: Udílení pokynů jednatelům společnosti s ručením omezeným ve vztahu k obchodnímu vedení společnosti v českém a rakouském právu. Obchodněprávní revue. 2019, č. 4, s. 85-90. ISSN 1803-6554.

[20] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 8. 2004, sp. zn. 29 Odo 479/2003, publikovaný ve sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod číslem: 80/2005.

[21] Report on the recognition of the interest of the group. *The Informal Company Law Expert Group (ICLEG)* [online 25. 10. 2016]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg_recommendations_interest_group_final_en_0.pdf [cit. 27. 10. 2020].

[22] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 3. 2005, č. j. 4 Afs 24/2003-81.

[23] Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 5. 4. 2006, sp. zn. 5 Tdo 94/2006.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Jiří Bálek
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
nám. Curieových 901/7
116 40 Praha
E-mail: 60463750@o365.cuni.cz

Bystrík Vidašič bvidasic@gmail.com

SYSTÉM PRÁVNEJ ÚPRAVY EURÓPSKEJ SPOLOČNOSTI

THE SYSTEM OF LEGAL REGULATION OF THE EUROPEAN COMPANY

Abstrakt: Predmetom spracovania príspevku je systém právnej úpravy európskej spoločnosti a jej charakteristika. V prvej časti príspevku sa venujeme analýze právnych aspektov európskej spoločnosti, prostredníctvom charakterizovania základných prameňov jej právnej úpravy a jej vzťahu k národnej právnej úprave v rámci Slovenskej republiky. V druhej časti sa príspevok zaoberá jednotlivými spôsobmi založenia európskej spoločnosti, štruktúre, správe a riadeniu európskej spoločnosti. V závere sa príspevok zaoberá zhodnotením aktuálnej situácie európskych spoločností, poukázaním na problémové oblasti súvisiace so zakladaním a fungovaním európskych spoločností.

Abstract: The subject of the processing of this contribution is the system of legal regulation of the European company and its characteristics. The first part of the contribution is dedicated to the analysis of the legal aspects European company, through the characterization of the fundamental sources of its legal regulation and its relation to the national legal regulation within the Slovak republic. In the second part the contribution approaches the various ways of establishing the European company, the structure, governance and management of the European company. The conclusion of the contribution deals with the assessment of the current situation of European companies, in drawing attention to the problem areas associated with setting up and functioning of the European companies.

Kľúčové slová: *európska spoločnosť, akciová spoločnosť, fúzia.*

Key words: *European company, joint stock company, merger.*

1. Právna úprava európskej spoločnosti a jej charakteristika

Európska spoločnosť (latinský názov Societas Europaea) predstavuje jednu z nadnárodných foriem obchodných spoločností a tiež jeden z nástrojov, ktorý má potenciál napomôcť realizácii jednotného vnútorného trhu na území Európskej únie, uľahčiť rozvoj základných slobôd (predovšetkým slobody pohybu kapitálu, tovaru a osôb), odstrániť obchodné prekážky, ale aj prispôsobiť výrobné štruktúry novým trendom nadnárodných spoločností.

Európska spoločnosť je výsledkom niekoľko desiatok rokov trvajúceho úsilia o vytvorenie nadnárodnej európskej obdoby akciovej spoločnosti, ktorá by zodpovedala požiadavkám ekonomických subjektov pôsobiacich na území Európskej únie a ich potrebám v rámci svetovej ekonomiky. Európska spoločnosť je považovaná za symbol zjednotenej

Európy. Prvé impulzy k vytvoreniu nadnárodnej formy obchodnej spoločnosti s vlastným právnym režimom, ktorú by nezväzovali a neobmedzovali hranice jednotlivých štátov, sa v západnej Európe objavili ešte pred samotným založením Európskeho hospodárskeho spoločenstva v roku 1957. Prvý konkrétny legislatívny návrh nariadenia je z roku 1970. Po mnohých rokoch diskusií, prepracovávania pôvodného návrhu a postupného okliešťovania právnej úpravy bola definitívna koncepcia právnej úpravy európskej spoločnosti členskými štátmi schválená až na summite v Nice v roku 2000.

Myšlienka európskej spoločnosti ako nadnárodnej európskej obdoby akciovej spoločnosti dostala reálnu podobu prijatím Nariadenia Rady (ES) č. 2157/2001 z 8. októbra 2001 o stanovách európskej spoločnosti (SE) (ďalej aj ako Nariadenie) a nadväzujúcej Smernice Rady č. 2001/86/ES o účasti zamestnancov na riadení, ktoré vytvorili základný právny rámec pre to, aby obchodné spoločnosti z rôznych členských štátov Európskej únie mali možnosť naplánovať a uskutočniť reorganizáciu svojho podnikania v rámci hospodárskeho priestoru celej Európskej únie.[1]

Táto nová forma právnickej osoby bola následne postupne implementovaná do právnych poriadkov všetkých členských štátov Európskej únie, ktoré sa museli vysporiadať s jej špecifickým postavením i úpravou.

Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti bolo prijaté 8. októbra 2001 po viac ako 30 rokoch od prvého návrhu Komisie. Stanovy európskej spoločnosti umožnili vytvoriť novú právnu formu s názvom Európska spoločnosť. Podľa odôvodnení Nariadenia bolo jeho cieľom, okrem iného, odstrániť prekážky pri vytváraní skupín spoločností z rôznych členských štátov, umožniť spoločnostiam s európskou dimenziou kombinovať, plánovať a vykonávať reorganizáciu svojej podnikateľskej činnosti v rozsahu Spoločenstva a preložiť svoje sídlo do iného členského štátu, pritom zaistiť zodpovedajúcu ochranu záujmov menšinových akcionárov a tretích strán, zaistiť tak, ako je to možné, aby sa hospodárska jednotka s právnou jednotkou obchodnej činnosti v Spoločenstve zhodovali.[2]

Nariadenie dopĺňa Smernica Rady 2001/86/ES o účasti zamestnancov na riadení európskej spoločnosti. Konečný termín prispôsobenia vnútroštátnych právnych predpisov európskym právnym predpisom o európskej spoločnosti bol 8. október 2004, no dodržalo ho iba 8 členských štátov. Smernicu Rady 2001/86/ES o účasti zamestnancov na riadení európskej spoločnosti transponovali všetky členské štáty až na začiatku roka 2007.

Základné východiská a ciele úpravy európskej spoločnosti sa nachádzajú v Preambule Nariadenia v jej dvadsiatich deviatich úvodných bodoch. Nariadenie tiež v Preambule (bod 9) a v Článku 9 upravuje svojím znením hierarchiu jednotlivých prameňov práva pri ich aplikácii v statusových záležitostiach.

Podľa hierarchie je Nariadenie ako prameň sekundárneho práva Európskej únie a súčasť komunitárneho práva prednostne aplikovateľné pred národnými právnymi normami. Nariadenie má zásadne kogentný charakter, tzn. odchýlenie je možné, iba ak to samo výslovne dovoľuje a spôsobom, ktorý nariaďuje. V prípade vecnej zhodnosti národ-

1 Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti sa na základe rozhodnutia Spoločného výboru Európskeho hospodárskeho priestoru č. 95/2002 zo dňa 25.6.2002 aplikuje aj v Lichtenštajnsku, Nórsku a na Islande (t. j. v členských štátoch Európskeho združenia voľného obchodu).

2 Odôvodnenia č. 1, 2, 4, 6, 7, 14 a 21 Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti.

nej úpravy s úpravou v Nariadení sa aplikuje vždy Nariadenie. Nakoľko Nariadenie obsahuje len základné otázky právnej úpravy akciovej spoločnosti (otázky vzniku európskej spoločnosti, základné otázky postavenia európskej spoločnosti, štruktúru jednotlivých orgánov a niekoľko ustanovení týkajúcich sa vedenia účtovníctva, zrušenia, likvidácie a zániku európskej spoločnosti), v niektorých miestach dokonca samo odkazuje na národnú akciovú úpravu konkrétnych záležitostí.[3] Národným právom sa pritom myslí právo členského štátu sídla európskej spoločnosti. Medzery v úprave Nariadenia, resp. otázky vôbec neupravené, sa riadia na základe odkazov právom členských štátov. V prípadoch, ktoré neupravuje Nariadenie vôbec, resp. upravuje ich len čiastočne, sa použijú ustanovenia národnej právnej úpravy, v Slovenskej republike ustanovenia zákona č. 562/2004 Z. z. o európskej spoločnosti.

Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti bolo doteraz trikrát upravené z dôvodu pristúpenia nových členských štátov.

1.2 Právna úprava európskej spoločnosti v rámci Slovenskej republiky

Za východiskový právny predpis v Slovenskej republiky (SR), ktorý upravuje európsku spoločnosť, možno považovať zákon č. 562/2004 Z. z. o európskej spoločnosti (zákon o európskej spoločnosti), ktorý bol prijatý 9. septembra 2004 s účinnosťou od 1. novembra 2004. Od roku 2004 bol novelizovaný len jedenkrát, a to v roku 2009 zákonom č. 487/2009 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník. V prípadoch, ktoré nie sú upravené Nariadením Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti a ani zákonom o európskej spoločnosti, sa aplikujú ustanovenia upravujúce slovenskú akciovú spoločnosť podľa zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník.

Zákon o európskej spoločnosti sa skladá z dvoch hlavných častí. V prvej časti upravuje najmä premiestnenie sídla európskej spoločnosti, založenie európskej spoločnosti splynutím alebo zlúčením, založenie holdingovej európskej spoločnosti, správu a riadenie európskej spoločnosti. Druhá časť je venovaná účasti zamestnancov na riadení európskej spoločnosti. V druhej časti je prebratá Smernica Rady 2001/86/ES o účasti zamestnancov na riadení európskej spoločnosti, ktorou sa dopĺňajú stanovy európskej spoločnosti v súvislosti s účasťou zamestnancov na riadení.

Zákon o európskej spoločnosti definuje európsku spoločnosť v § 4 ako právnickú osobu, ktorá sa zapisuje do obchodného registra podľa § 27 ods. 2 Obchodného zákonníka.[4]

Európska spoločnosť sa všeobecne zapisuje do obchodného registra v štáte svojho sídla, pričom sa jej zápis a výmaz povinne zverejňuje v Úradnom vestníku Európskej únie.

3 Napríklad Článok 5, 15, 47, 61, 62 Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti.

4 Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník.

2. Založenie európskej spoločnosti

Založenie európskej spoločnosti sa riadi všeobecne právom vzťahujúcim sa na akciové spoločnosti v členskom štáte, v ktorom európska spoločnosť zriaďuje sídlo.[5] Zakladajúcim dokumentom európskej spoločnosti sú stanovy. Nariadenie Rady o stanovách európskej spoločnosti ustanovuje, že spoločnosť má povinnosť umiestniť svoje ústredie do rovnakého členského štátu, kde má európska spoločnosť svoje registrované sídlo.[6] Zásadne platí, že európsku spoločnosť možno založiť len v rámci reorganizácie existujúcich foriem podnikania, pričom sa vyžaduje, aby ich pôsobenie vykazovalo určitý nadnárodný prvok. Tu je potrebné zdôrazniť, že európsku spoločnosť nemožno založiť sukcesívnym spôsobom a až na výnimku ju nemožno založiť ani simultánnym spôsobom, t. j. nemožno ju založiť tzv. na zelenej lúke (upísaním akcií, nakoľko ide o právnu formu pre veľké podniky).[7]

Európska spoločnosť je zriadená z najmenej dvoch spoločností, ktoré pochádzajú z rôznych členských štátov EÚ, z čoho predovšetkým vyplýva, že ju nemožno vytvoriť bez existujúceho základu. Jej základné imanie musí byť najmenej 120 000 EUR. Európska spoločnosť musí mať formu spoločnosti s upísaným podielovým kapitálom, ktorej základné imanie je rozdelené na akcie. Zatiaľ čo spoločnosť ručí za svoje záväzky celým svojím majetkom, akcionári zodpovedajú za záväzky spoločnosti len do výšky svojich podielov.

Európska spoločnosť je povinná uvádzať svoj obchodný dodatok v uniformnej podobe „SE“ pred alebo za obchodným menom, pričom iná forma dodatku nie je dovolená.

Jednotlivé spôsoby založenia európskej spoločnosti:

1) Založenie európskej spoločnosti fúziou – zlúčením alebo splynutím.

Pôjde o fúziu aspoň dvoch akciových spoločností, ktoré podliehajú právu rôznych členských štátov EÚ a majú sídlo a ústredie na území EÚ. Fúziou vzniknutá spoločnosť môže mať sídlo aj na území tretieho členského štátu. Založenie európskej spoločnosti fúziou predstavuje výnimočnú možnosť presunúť sídlo doterajšej spoločnosti do zvoleného štátu Európskej únie a patrí k pomerne frekventovaným variantom jej založenia. Proces zlúčenia alebo splynutia sa riadi zmluvne dohodnutými podmienkami.[8]

2) Založenie holdingovej európskej spoločnosti.

Založenie holdingovej spoločnosti aspoň dvomi kapitálovými spoločnosťami v prípade, ak sa spravujú právom iného členského štátu alebo majú najmenej dva roky dcérsku spoločnosť alebo pobočku, umiestnenú v inom členskom štáte, spravujúcu sa právom iného členského štátu. Zakladajúce spoločnosti sa týmto stávajú dcérskymi spoločnosťami novovzniknutej európskej spoločnosti.

3) Založenie dcérskej európskej spoločnosti.

SE môže byť zložená aj ako dcérska spoločnosť. V tomto prípade pôjde o založenie dcérskej spoločnosti úpisom akcií spoločnosťami, ktoré sa riadia právom rôznych členských

5 Článok 15 Nariadenia Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti.

6 § 2 písm. a) Zákona č. 562/2004 Z. z. o európskej spoločnosti.

7 DVOŘÁK, T.: *Akciova společnost a Evropska společnost*. Praha: ASPI, 2005. s. 102.

8 Bližšie pozri Článok 29 ods. 1, 2 Nariadenia Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti.

štátov alebo majú aspoň dva roky dcérsku spoločnosť riadiacu sa právom iného členského štátu alebo pobočku nachádzajúcu sa v inom členskom štáte.

4) Prevod existujúcej akciovej spoločnosti na európsku spoločnosť.

Akciová spoločnosť, založená podľa práva členského štátu so sídlom na území členského štátu EÚ, môže byť transformovaná na európsku spoločnosť v tom prípade, ak mala aspoň 2 roky dcérsku spoločnosť, ktorá sa spravovala právom iného členského štátu. Tento variant neumožňuje súčasnú zmenu sídla spoločnosti.

5) Založenie dcérskej spoločnosti inej európskej spoločnosti. Európska spoločnosť môže bez obmedzení založiť v iných štátoch EÚ ďalšie dcérske európske spoločnosti. Pre tento variant založenia sa neustanovujú žiadne osobitné podmienky.

Európska spoločnosť sa zapisuje do obchodného registra príslušného členského štátu, v ktorom vznikla,[9] a súčasne sa jej vznik oznamuje aj v Úradnom vestníku EÚ.

V súčasnosti azda najľahším spôsobom je kúpa európskej spoločnosti vo forme ready-made (predzaložená spoločnosť), a to pre zdĺhavý a komplikovaný proces založenia európskej obchodnej spoločnosti. Rozhodujúcou výhodou predzaložených spoločností je teda rýchlosť a dostupnosť v prípade, keď potrebujete začať rýchlo a bezstarostne podnikať. Ďalšou výhodou týchto spoločností je to, že nikdy nepodnikali, sú bez záväzkov, pohľadávok a právnych vád a majú úplne splatené základné imanie.[10] Vysoký počet predzaložených európskych spoločností (shelf SE) v určitých členských štátoch, najmä v Českej republike a Nemecku, takisto prispieva k vysvetleniu vysokého počtu európskych spoločností v týchto dvoch členských štátoch.[11] Vytváranie predzaložených spoločností profesionálnymi poskytovateľmi takýchto služieb v týchto krajinách by sa dalo údajne vysvetliť tým, že systém predaja predzaložených spoločností v nich nie je ničím novým[12] a uspokojuje špecifické podnikateľské potreby. Spoločnosti nakupujú predzaložené európske spoločnosti hlavne preto, aby ušetrili čas a náklady a aby sa vyhli zložitému a neistému postupu ich zakladania. Predzaložené európske spoločnosti takisto umožňujú zakladanie spoločnosti bez potreby splnenia náročného cezhraničného prvku[13] alebo bez toho, aby sa muselo rokovať o účasti zamestnancov na riadení. Možnosť vyhnúť sa náročným požiadavkám je dôležitá predovšetkým pre menšie spoločnosti. Na druhej strane zamestnanecké organizácie vyjadrujú obavy, že predzaložené európske spoločnosti by sa mohli využívať na obchádzanie pravidiel Smernice Rady 2001/86/ES o účasti zamestnancov na riadení európskej spoločnosti, týkajúcich sa účasti pracovníkov na riadení. V tejto súvislosti by sa malo uviesť, že o mnohých predzaložených spoločnostiach nie sú po ich aktivácii k dispozícii dostatočné informácie.[14]

---

9 V Slovenskej republike je to Obchodný register.

10 OLEXOVÁ, Z. – VASILIŠIN, M. a kol.: *Niektoré výhody a nevýhody Európskej akciovej spoločnosti.* [online] https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Pracoviska/Katedry/KOPHP/prednasky/Niektore_vyhody_a_nevyhody_ES.pdf [cit. 02. 10. 2020].

11 V týchto dvoch krajinách je však aj najvyšší počet fungujúcich európskych spoločností.

12 Na rozdiel od Francúzska a Talianska, kde podľa opýtaných v rámci verejnej konzultácie predzaložené spoločnosti nie sú skutočne známe alebo využívané.

13 Napr. vyhnúť sa potrebe splnenia cezhraničnej požiadavky kladenej na každú dcérsku spoločnosť v rámci skupiny, ktorá sa transformuje na európsku spoločnosť.

14 Správa Komisie Európskemu parlamentu a Rade. Uplatňovanie nariadenia Rady 2157/2001 z 8. októbra 2001 o stanovách európskej spoločnosti (SE). [online] Dostupné na: https:.//eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=celex:52010DC0676 [cit. 10. 10. 2020].

Európska spoločnosť zaniká podľa ustanovení právneho poriadku členského štátu EÚ, v ktorom má sídlo. Ak by európska spoločnosť mala sídlo v SR, jej zrušenie a zánik by sa spravoval predovšetkým Obchodným zákonníkom a na jeho ustanovenia nadväzujúcimi právnymi predpismi o zrušení a zániku slovenských akciových spoločností. Špeciálne je však zverejňovanie dokumentov, napr. v prípade likvidácie spoločnosti, aj v Úradnom vestníku EÚ.

3. Štruktúra a riadenie európskej spoločnosti

Medzi ďalšie prínosy Nariadenia Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti, patrí možnosť voľby medzi jednostupňovým alebo dvojstupňovým systémom riadenia európskej spoločnosti. Podľa Článku 38 Nariadenia, orgány európskej spoločnosti tvorí valné zhromaždenie akcionárov, dozorný orgán a riadiaci orgán (dvojstupňový systém) alebo správny orgán (jednostupňový systém) v závislosti na forme prijatej stanovami.

Každá európska spoločnosť má možnosť voľby, ktorým z uvedených systémov sa bude spravovať. Uvedené rozhodnutie je výlučne na zakladateľoch, ktorí si zvolia formu najmä z toho hľadiska, ktoré je pre nich výhodnejšie. Dualistický systém orgánov sa uplatňuje napr. v Nemecku, Rakúsku, Holandsku, Poľsku, Slovenskej republike. Monistický systém sústavy orgánov európskej spoločnosti sa uplatňuje v talianskom, francúzskom, španielskom a v anglosaskom právnom systéme.[15]

Dvojstupňový systém rozoznáva riadiaci orgán a dozorný orgán ako dva samostatné orgány spoločnosti. Riadiaci orgán zodpovedá za riadenie európskej spoločnosti. Členský štát môže stanoviť, aby riaditeľ alebo riaditelia zodpovedali za súčasné riadenie na základe rovnakých podmienok ako v prípade akciových spoločností so sídlom na území členského štátu. Člena alebo členov riadiaceho orgánu menuje a odvoláva dozorný orgán. Súčasné členstvo v riadiacom orgáne a dozornom orgáne v tej istej európskej spoločnosti je vylúčené. Počet členov riadiaceho orgánu alebo pravidlá, ktorými sa určí, upravia stanovy európskej spoločnosti. Členský štát však môže určiť minimálny a/alebo maximálny počet.

Dozorný orgán dohliada na činnosť riadiaceho orgánu. Nemá právomoc samostatne riadiť európsku spoločnosť. Členovia dozorného orgánu sú volení valným zhromaždením. Členovia prvého dozorného orgánu však môžu byť určení stanovami. Počet členov dozorného orgánu alebo pravidlá, ktorými sa určí, upravia stanovy. Členský štát však môže stanoviť počet členov dozorného orgánu pre európsku spoločnosť, ktoré sú zapísané na jeho území, alebo minimálny a/alebo maximálny počet.[16]

Zákon č. 562/2004 Z. z. o európskej spoločnosti neustanovuje minimálny počet členov predstavenstva európskej spoločnosti ani dozornej rady. V Slovenskej republike je však analogicky potrebné vychádzať z ustanovení zákona č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka v znení neskorších predpisov pre akciovú spoločnosť.

Výhodou duálneho systému je oddelenie riadenia a kontroly, kedy sa dozorná rada stáva dobrým zástupcom akcionárov spoločnosti.

---

15 MIHÁLIK, M.: *Európska spoločnosť.* [online] Dostupné na: https://www.epi.sk/odborny-clanok/Europska-spolocnost.htm [cit. 05. 10. 2020].

16 Článok 39 až 42 Nariadenia Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti.

V prípade **jednostupňového systému** riadenia a správy je štatutárnym orgánom európskej spoločnosti správna rada, ktorá riadi jej činnosť, určuje zásadné zámery podnikateľskej činnosti, dohliada na ich uskutočňovanie a koná v mene európskej spoločnosti. Správna rada má pritom najmenej troch členov. Stanovy môžu určiť aj vyšší počet členov. Členom správnej rady môže byť len fyzická osoba. Správna rada môže poveriť konaním v mene európskej spoločnosti jedného alebo viacerých výkonných riaditeľov, ktorí môžu ale nemusia byť členmi správnej rady. Výkonní riaditelia vykonávajú pôsobnosť obchodného vedenia európskej spoločnosti. V prípade, ak európska spoločnosť nemá zvoleného výkonného riaditeľa, vykonáva túto pôsobnosť správna rada.[17] Najväčšou výhodou tohto systému je zrýchlenie rozhodovacích procesov, nižšie náklady na správu európskej spoločnosti a zjednodušenie riadenia predovšetkým pre menšie európske spoločnosti.

4. Výhody a nevýhody súvisiace so zakladaním a fungovaním európskych spoločností

Európsky imidž spoločnosti sa uvádza ako jeden z najdôležitejších pozitívnych motívov. To je príťažlivé najmä pre spoločnosti, ktorým ide o zdôraznenie európskej príslušnosti alebo ktoré chcú využiť európsku právnu formu, ktorá je známejšia ako ich vnútroštátne právne formy, na preniknutie na trhy ostatných členských štátov bez toho, aby museli zakladať zahraničné dcérske spoločnosti.[18]

Možnosť preložiť sídlo do iného členského štátu sa považuje za základnú hnaciu silu a skutočnú porovnateľnú výhodu európskej spoločnosti oproti vnútroštátnym spoločnostiam.

Možnosti európskej spoločnosti pri reorganizácii a zjednodušení štruktúry sú pozitívnym motívom. Výhody takejto reštrukturalizácie na európsku spoločnosť však nie sú zrejmé (pretože by bolo možné použiť aj vnútroštátnu spoločnosť), ak nie sú skombinované s ďalšími výhodami, napr. európskym imidžom, nadnárodným charakterom európskej spoločnosti alebo možnosťou preloženia sídla.

Náklady na zriaďovanie, časová náročnosť, zložité postupy a právna neistota postupu vytvárania európskej spoločnosti sa uvádzajú ako najdôležitejšie demotivačné faktory pri zakladaní európskej spoločnosti. Priemerné náklady na založenie európskej spoločnosti, ktoré zisťovala externá štúdia, boli približne 784 000 EUR (vrátane daní a poplatkov za právne poradenstvo, preklad a registráciu). Celkové náklady na založenie európskej spoločnosti sa pohybovali od približne 100 000 EUR do 2 až 4 miliónov EUR.[19]

Nedostatočná informovanosť podnikateľských kruhov v EÚ a mimo nej o európskej spoločnosti sa uvádza ako najvýznamnejší problém fungovania európskej spoločnosti. Pri oznamovaní transformácie na európsku spoločnosť sa musí vedenie spoločnosti

17 Článok 43 až 45 Nariadenia Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti.

18 Správa Komisie Európskemu parlamentu a Rade. Uplatňovanie nariadenia Rady 2157/2001 z 8. októbra 2001 o stanovách európskej spoločnosti (SE). [online] Dostupné na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=celex:52010DC0676 [cit. 10. 10. 2020].

19 Správa Komisie Európskemu parlamentu a Rade. Uplatňovanie nariadenia Rady 2157/2001 z 8. októbra 2001 o stanovách európskej spoločnosti (SE). [online] Dostupné na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=celex:52010DC0676 [cit. 10. 10. 2020].

často venovať vysvetľovaniu povahy európskej spoločnosti svojim obchodným partnerom (zákazníkom, dodávateľom, bankám atď.) a zamestnancom.

Viaceré spoločnosti, právni poradcovia a združenia podnikateľov považujú pravidlá účasti zamestnancov na riadení za demotivujúce, pretože podľa nich sú zložité a časovo náročné. Požiadavka týkajúca sa toho, že európsku spoločnosť nemožno zaregistrovať pred ukončením rokovaní o účasti zamestnancov na riadení sa takisto niekedy uvádza ako demotivačný faktor.

Pôvodným cieľom stanov európskej spoločnosti bolo poskytnúť európsku právnu formu už existujúcim cezhraničným podnikom s primeranou veľkosťou bez toho, aby mali malé a stredné podniky s vytvorením európskej spoločnosti problémy. Malé a stredné podniky ale považujú súčasné podmienky zakladania za veľmi náročné.

Záver

Európska spoločnosť je možnosťou pre spoločnosti s európskou dimenziou na preloženie svojho sídla do iných členských štátov, lepšiu reorganizáciu a reštrukturalizáciu a výber z rôznych štruktúr predstavenstva. Európsky imidž a nadnárodný charakter európskej spoločnosti sú ďalšími pozitívnymi stránkami európskej spoločnosti.

Z doterajších skúseností s Nariadením Rady (ES) č. 2157/2001 o stanovách európskej spoločnosti však vyplýva, že uplatňovanie stanov spôsobuje mnohé problémy v praxi. Stanovy európskej spoločnosti nezabezpečujú jednotnú formu európskej spoločnosti v celej Európskej únii. Stanovy obsahujú mnoho odkazov na vnútroštátne právne predpisy a existuje neistota v súvislosti s vplyvom priamo uplatniteľných právnych predpisov a ich súladom s vnútroštátnymi právnymi predpismi. Okrem toho z nerovnomerného zakladania európskej spoločnosti v Európskej únii vyplýva, že stanovy nie sú prispôsobené situácii spoločností vo všetkých členských štátoch.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] DVOŘÁK, T.: *Akciová společnost a Evropská společnost.* Praha: ASPI, 2009, 886 s. ISBN 978-80-7357-430-7.

[2] HODÁL, P. – ALEXANDER, J.: *Evropské právo obchodních společností.* Praha: Linde, 2005, 268 s. ISBN 80-7201-520-6.

[3] MIHÁLIK, M.: *Európska spoločnosť.* [online] Dostupné z: https://www.epi.sk/odborny-clanok/Europska-spolocnost.htm [cit. 05. 10. 2020].

[4] Nariadenie Rady (ES) č. 2157/2001 z 8. októbra 2001 o stanovách európskej spoločnosti.

[5] OLEXOVÁ, Z. – VASILIŠIN, M. a kol.: *Niektoré výhody a nevýhody Európskej akciovej spoločnosti.* [online] Dostupné z: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/

Pracoviska/Katedry/KOPHP/prednasky/Niektore_vyhody_a_nevyhody_ES.pdf [cit. 02. 10. 2020].

[6] OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár.* 2 zväzky. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, 3192 s. ISBN 978-80- 8168-573-6.

[7] Smernica Rady č. 68/151/EHS z 9. marca 1968 o koordinácii ochranných opatrení.

[8] Smernica Rady 2001/86/ES o účasti zamestnancov na riadení SE.

[9] Správa Komisie Európskemu parlamentu a Rade. Uplatňovanie nariadenia Rady 2157/2001 z 8. októbra 2001 o stanovách európskej spoločnosti (SE). [online] Dostupné na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=celex:52010DC0676 [cit. 10. 10. 2020].

[10] Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov.

[11] Zákon č. 562/2004 Z.z. o európskej spoločnosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. PhDr. Ing. Mgr. Bystrík Vidašič
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20
974 01 Banská Bystrica
E-mail: bvidasic@gmail.com

Marian Ďurana marian.durana@umb.sk

PRÁVNA ÚPRAVA LIKVIDÁCIE PRÁVNICKÝCH OSÔB

LEGAL REGULATION OF LIQUIDATION OF LEGAL ENTITIES

Abstrakt: Článok sa zaoberá likvidáciou právnickej osoby v rámci novej právnej úpravy v Obchodnom zákonníku. Primárne vymedzuje podstatu a pojem likvidácie v kontexte novej právnej úpravy a vymedzenia jej cieľa. Následne sa zaoberá právnymi účinkami vstupu právnickej osoby do likvidácie na jej právny status, a to z hľadiska tak aktívneho ako i pasívneho statusu. Nakoniec sa zaoberá otázkou fakultatívnosti, resp. obligatórnosti procesu likvidácie pred zánikom právnickej osoby.

Abstract: The article deals with the essence of liquidation within the new legislation in the Commercial Code. It primarily defines the essence and concept of liquidation within the new legislation and the definition of its purpose. Subsequently, it deals with the legal effects of the entry into liquidation on a legal entity and its legal status in its component active and passive status. Finally, it deals with the issue if liquidation is a optional or obligatory process.

Kľúčové slová: *likvidácia, zrušenie spoločnosti, právny status, likvidátor.*

Key words: *liquidation, dissolution of the company, liquidator, legal status.*

1. Likvidácia pojem – všeobecne

Rozsiahla novela Obchodného zákonníka z 22. októbra 2019 (zákon č. 390/2020 Z. z.) účinná od 01. 10. 2020 priniesla popri iných zmenách v oblasti korporačného práva aj novú a rozšírenú úpravu likvidácie obchodných spoločností. Cieľom zákonodarcu bolo zjednodušiť a zefektívniť inštitút likvidácie, zvýšiť právnu ochranu veriteľov ako i iných osôb a zabezpečiť tak čistejšie právne prostredie v rámci zrušenia právnických osôb. Uvedený cieľ bol daný predovšetkým tým, že súčasný stav dlhodobých a nepostupujúcich likvidácií bol z dlhodobého hľadiska neudržateľný a neprospieval čistote podnikateľského prostredia.

So zrušením a zánikom právnickej osoby je spojený inštitút likvidácie. Právnická osoba sa zrušuje na základe právnej skutočnosti, ktorej dôsledky sa prejavujú v tom, že právna skutočnosť, ktorá pôsobila na vznik a trvanie právnickej osoby, nemôže obstáť. V dôsledku zrušenia dochádza k následnému zániku právnickej osoby. Zánik nastáva spravidla výmazom z obchodného, resp. iného príslušného registra. Spravidla skutočnosť, ktorá pôsobí na zrušenie právnickej osoby, pramení z právneho aktu oprávneného orgánu právnickej osoby alebo oprávneného orgánu verejnej moci. K zrušeniu právnickej osoby môže dôjsť i na základe iných skutočností, s ktorými zákon uvedené dôsledky spája, ako napr. uplynutie času,

naplnením účelu apod. Zánik právnickej osoby, t. j. ukončenie jej existencie a tým i zánik jej právnej subjektivity nastáva, pokiaľ zákon neustanovuje inak, pri právnických osobách zapísaných v príslušných registroch až momentom jej výmazu z príslušného registra. Ak právne predpisy neustanovujú inak, spravidla v čase medzi zrušením právnickej osoby a zánikom prebieha proces vysporiadania sa s majetkovými právami a povinnosťami právnickej osoby, a to tak vo vzťahu k tretím osobám ako i medzi členmi právnickej osoby navzájom. Uvedená fáza sa nazýva ako likvidácia spoločnosti. Uvedená premisa vyplýva z § 20a ods. 3 Občianskeho zákonníka zákon č. 40/1964 Zb. v znení neskorších predpisov (ďalej len „OZ").

Aj keď je možné vo všeobecnosti konštatovať, že v podmienkach Slovenskej republiky je OZ pre oblasť súkromného práva tzv. predpisom lex generalis, napriek tomu neobsahuje úpravu likvidácie právnických osôb. Pri likvidácií odkazuje na primerané použitie ustanovení Obchodného zákonníka (zákon č. 513/1991 Zb. v znení neskorších predpisov; ďalej len „ObZ"). Právna úprava likvidácie spoločností upravená v ObZ preto predstavuje všeobecnú hmotnoprávnu úpravu likvidácie právnickej osoby. Na uvedenú hmotnoprávnu úpravu nadväzuje Civilný mimosporový poriadok (ďalej len „CMP") upravujúcu súdne konanie v niektorých veciach právnických osôb, medzi ktoré, o. i., radíme jednak konania týkajúce sa likvidátora (konanie o ustanovení likvidátora, jeho odvolaní a nahradení inou osobou, ako aj rozhodovanie o odmene likvidátora v prípadoch, keď bol ustanovený súdom), a jednak konania o nariadení dodatočnej likvidácie majetku právnickej osoby. Uvedená úprava obsahuje riešenie procesnoprávnych otázok v súvislosti s likvidáciou právnických osôb.

Základné zákonné vymedzenie pojmu likvidácie nachádzame v ustanovení § 70 ods. 1 ObZ, ktorý ho definuje cez jeho účel. Dané ustanovenie zakotvuje že likvidácia smeruje k uspokojeniu nárokov veriteľov a iných osôb, ktorým prislúcha právo na likvidačný zostatok. Pri vymedzení pojmu likvidácie však definovanie len cez účel je nedostatočné. Niektorí autori, napr. Cach, uvádzajú, že ide o fázu medzi zrušením a zánikom právnickej osoby, kedy sa právnická osoba majetkovo vyporiada s jej dlžníkmi a veriteľmi, vrátane tzv. reziduálnych veriteľov, t. j. osôb ktoré majú nárok na majetkový zostatok po uspokojení všetkých ostatných veriteľov.[1] Ďalší autori chápu likvidáciu spoločnosti ako zákonom ustanovený postup, pri ktorom dochádza k mimosúdnemu vyrovnaniu majetkových vzťahov zanikajúcej právnickej osoby, resp. iného spoločenského útvaru[2] a predstavuje špecifický úsek pred zánikom právnickej osoby (ktorý je viazaný na výmaz spoločnosti z registra), počas ktorého je zachovaná jej právna subjektivita, hoci len v obmedzenom rozsahu.[3]

Spoločným menovateľom definícií pojmu likvidácie je účel likvidácie, ktorým je usporiadanie majetkových a iných pomerov právnickej osoby, a čas, kedy k likvidácií dochádza. Z hľadiska účelu likvidácie však ide o vyporiadanie na jednej strane voči tretím osobám (veriteľom, zákazníkom, obchodným partnerom a štátu), čo predstavuje usporiadanie právnych vzťahov v súvislosti s vyrovnaním obchodného imania spoločnosti,[4] ale aj o vyporiadanie dovnútra právnickej osoby prípadným rozdelením majetkového zostatku, ktorý vyplynul z likvidácie medzi tých, ktorí majú právo na likvidačný zostatok (reziduálnych veriteľov), pokiaľ takýto nárok vznikol. V tomto smere je teda vymedzenie účelu likvidácie

1 ŠTEVČEK , M. – DULÁK, A. – BAJANKOVÁ, J. – FEČÍK, M. – SEDLAČKO F. – TOMAŠOVIČ, M. a kol.: *Občiansky zákonník I., § 1– 450, Komentár*, Praha, C.H.Beck, 2015, s. 124.

2 PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Zmena, zrušenie a zánik firmy bez rizika a strát*, SEPI, s.r.o. Žilina, 2000.

3 pozri napr.: PELIKÁNOVÁ, I.: *Komentář k obchodnému zákonníku, II. Diel*, Linde, Praha, 1996.

4 MAMOJKA, M. a kol.: *Obchodný zákonník, I. zväzok § 1 – 260, Veľký komentár,* Eurokodex, Žilina, 2016, s. 333.

v ustanovení § 70 nie celkom presné, keďže nárok na rozdelenie likvidačného zostatku vzniká až pri skončení likvidácie a v závislosti od jej priebehu. Do uvedenej doby existuje len v latentnej podobe.

Ďalším menovateľom definícií likvidácie je čas, kedy k nej dochádza. Je zrejmé, že uvedená fáza právneho statusu právnickej osoby nastáva v medziobdobí medzi zrušením právnickej osoby a jej zánikom.

1. 1 Právny status

V zásade je možné konštatovať, že rozhodnutím o zrušením právnickej osoby nedochádza k zániku spôsobilosti byť subjektom práva a táto zložka právneho statusu sa vo svojej podstate nemení. K zmene dochádza až zánikom. Zrušenie spoločnosti ani vstup do likvidácie teda nemá vplyv na pasívnu zložku právneho statusu, t. j. na spôsobilosť mať práva a povinnosti. Zrušenie spoločnosti a ani samotný vstup do likvidácie nemá vplyv na rozsah spôsobilosti právnickej osoby byť nositeľom subjektívnych práv a povinností. Právna skutočnosť spôsobujúca zrušenie právnickej osoby nespôsobuje právne následky spočívajúce najmä vo zmene alebo zániku existujúcich práv alebo povinností právnickej osoby. Účinky vstupu do likvidácie vymedzené v § 75b ObZ takéto následky nemajú. Vstupom do likvidácie zásadne teda nedochádza k zmene alebo zániku práv a povinností, ktoré vznikli do momentu zrušenia právnickej osoby a jej následnom vstupe do likvidácie. Právny poriadok v súvislosti so vstupom do likvidácie zotrváva na princípe kontinuity. Preto vstupom do likvidácie nezanikajú ani prípadne obmedzenia nakladania s majetkom vyplývajúce či už z individuálnych právnych aktov verejnoprávnej povahy, alebo jej súkromnoprávnych záväzkov. Určitou výnimkou sú jednostranné právne úkony najmä príkazy, poverenia, splnomocnenia a prokúry okrem splnomocnení udelených na zastupovanie v súdnych konaniach. Tieto jednostranné právne úkony *ex lege* zanikajú.

Nezodpovedanou a nastolenou otázkou v súvislosti s uvedenou novou právnou úpravou zániku jednostranných právnych úkonov je, či uvedený zánik nastáva i v prípade návrhov na uzatvorenie zmluvy, ktoré spoločnosť vykonala ešte pred vstupom do likvidácie, resp. jednostranných právnych úkonov, ktoré pred vstupom do likvidácie nadobudli perfektnosť, resp. platnosť, len ešte nenadobudli účinnosť ako napr. výpoveď zo zmluvy, odstúpenie od zmluvy, jednostranné započítanie apod. Tieto úkony patria do kategórie jednostranných právnych úkonov. Pri analýze § 75b ods. 2 ObZ je nevyhnutné poznamenať, že dané ustanovenie má svoju inšpiráciu v § 52 ods. 1 ZKR. Uvedené ustanovenie je však odlišné. Odlišnosť vychádza z toho, že dopadá len na jednostranné právne úkony, týkajúce sa majetku podliehajúceho konkurzu a súčasne v súlade s 52 ods. 2 ZKR sa pri návrhoch na uzatvorenie zmluvy rozlišuje štádium kontraktačného mechanizmu a teda dopadá na celkom odlišné situácie. Z dôvodovej správy k zákonu je zrejmé, že ustanovenie má slúžiť k vyriešeniu otázky konania v mene spoločnosti, a teda *ex lege* majú zaniknúť všetky splnomocnenia konať za spoločnosť, okrem procesných plnomocenstiev. Z čisto gramatického hľadiska § 75b ods. 2 ObZ je možné dovodiť zánik jednostranných právnych úkonov v širšom rozsahu ako to zákonodarca mienil a dopadá na všetky jednostranné úkony, čo je zrejmé z následného len tzv. enumeratívneho výpočtu. Výpočet jednostranných právnych úkonov použitý v § 75b ods. 2 ObZ nie je teda upresňujúci, ale len príkladný. Súdy teda budú musieť pristúpiť k zužujúcemu výkladu uvedeného usta-

novenia v súlade s jeho účelom a v súlade so zásadou právnej istoty. Pri aplikácií zásady právnej istoty je nevyhnutné prihliadnuť na to, že vstup do likvidácie v zásade nemá vplyv na zmenu alebo zánik existujúcich práv a povinností.

Vo vzťahu k aktívnemu statusu, a to spôsobilosti na právne úkony vstupom do likvidácie právnická osoba nie je v zásade vylúčená z vykonávania určitých právnych úkonov. Avšak v uvedenej zložke právneho statusu nastávajú určité zmeny. Primárne zrušením spoločnosti (t.j. ešte pred vstupom spoločnosti do likvidácie) sa účinnosťou novely zavádza pri aktívnom právnom statuse tzv. status „stand still". Právny režim uvedeného statusu je inšpirovaný režimom ustanovení o transakciách s konfliktom záujmov. V zmysle uvedeného statusu, od zrušenia spoločnosti do jej vstupu do likvidácie podlieha nakladanie s majetkom spoločnosti, ktorého hodnota presahuje 10 % hodnoty základného imania spoločnosti oceneniu znaleckým posudkom a schváleniu najvyšším orgánom spoločnosti. Majetkovoprávne úkony nemôžu nadobudnúť účinnosť skôr, ako bude uložený spolu so znaleckým posudkom v zbierke listín. Dochádza pri majetkoprávnych úkonoch k zakotveniu ďalších podmienok na výkon tzv. špecifickej štatutárnej pôsobnosti štatutárneho orgánu.

Keďže koncepcia aktívneho právneho statusu právnických osôb vychádza z tzv. štatutárnej pôsobnosti ich orgánov, tak z právneho postavenia likvidátora a vymedzenia osôb konajúcich menom právnickej osoby je *mutatis mutandis* možné vyvodiť zmenu aktívneho právneho statusu právnickej osoby. Táto zmena je spôsobená prechodom oprávnenia konať v mene právnickej osoby na likvidátora a skutočnosti, že právomoci štatutárnych orgánov nadobúdajú tzv. latentnú, resp. reziduálnu podobu. Pôsobnosť likvidátora je vyjadrená rovnako ako doposiaľ. Zahŕňa možnosť likvidátora vykonávať len úkony smerujúce k likvidácií. Zahŕňa najmä povinnosť plniť záväzky spoločnosti a uplatňovať jej nároky, povinnosť prijímať plnenie v prospech spoločnosti, povinnosť zastupovať spoločnosť pred súdmi a inými orgánmi, povinnosť uzavierať zmiery a dohody o zmene a zániku práv a záväzkov. Ako uvádza Kubinec kostrbato vyjadrené postavenie likvidátora počas likvidácie je pri uplatňovaní práv a povinností v mene spoločnosti obdobné postaveniu štatutárneho orgánu spoločnosti a spoločnosť koná likvidátorom.[5]

Rozsah aktívneho statusu a pôsobnosti likvidátora je však ex lege vecne obmedzený. Právne úkony právnickej osoby vykonávané likvidátorom musia napĺňať účel a cieľ likvidácie. Týmto cieľom je vysporiadanie majetkových práv navonok a dovnútra právnickej osoby a právne úkony musia byť tak zamerané na dosiahnutie jeho cieľa. Posúdenie napĺňania uvedeného cieľa bude závisieť od okolností konkrétneho prípadu. Pokiaľ by v právnych úkonoch právnickej osoby vykonaných likvidátorom absentovalo uvedené zameranie, nemali by právnickú osobu zaväzovať. Uvedené je zrejmé z ustanovenia § 13 ods. 3 ObZ, v zmysle ktorého právnickú osobu nezaväzuje konanie štatutárneho orgánu za predpokladu, že došlo k prekročeniu jeho pôsobnosti, ktorú tomuto orgánu zákon zveruje alebo zákon umožňuje zveriť. Tým však nie je vylúčená prípadná zodpovednosť za vzniknutú škodu spôsobenú likvidátorom.

Z hľadiska postavenia doterajších štatutárnych orgánov sa spresňuje, v čom spočíva oslabenie ich pôsobnosti, a to tak, že v rozsahu, v akom pôsobnosť prešla na likvidátora, štatutárne orgány svoju pôsobnosť strácajú. Ich pôsobenie je len reziduálne a v rámci svojej reziduálnej právomoci sú oprávnené výlučne zvolávať len najvyššie orgány spoločnosti.

5 MAMOJKA, M. a kol.: *Obchodný zákonník, I. zväzok § 1 – 260, Veľký komentár*, Eurokodex, Žilina, 2016, s. 333.

1. 2 Obligatórnosť – fakultatívnosť?

Patakyová za účinnosti starej právnej úpravy vymedzovala likvidáciu ako zákonom ustanovený postup, ktorý nastupuje obligatórne, pokiaľ zákon neurčuje, že likvidácia nie je potrebná. Zjednodušene povedané vychádzalo sa z toho, že likvidácia sa vykonala vždy za účelom vyrovnania tzv. kladného rozdielu medzi obchodným majetkom a záväzkami spoločnosti, ak obchodné imanie neprešlo na jej právneho nástupcu alebo ak zákon neustanovoval inak (pôvodne v § 68 ods. 2 ObZ). Spoločnosť, ktorej celé základné imanie neprešlo na právneho nástupcu a ktorá v čase svojho zrušenia disponovala kladným rozdielom medzi obchodným majetkom a záväzkami, bola povinná vstúpiť do likvidácie *ex lege* dňom jej zrušenia.

Nová právna úprava oddelila moment zrušenia spoločnosti a moment vstupu spoločnosti do likvidácie. V zmysle § 70 ods. 3 ObZ spoločnosť vstupuje do likvidácie zápisom likvidátora do obchodného registra, ak osobitný zákon neustanovuje inak. Konštitutívnou skutočnosťou, ktorou dochádza k vstupu spoločnosti do likvidácie, je moment zápisu prvého ustanoveného likvidátora do obchodného registra, resp. iného príslušného registra. K ustanoveniu likvidátora dochádza postupom podľa § 71 ObZ, § 68 ods. 5 ObZ, resp. § 71 ods. 2 ObZ v spojitosti s § 72 ods. 3 ObZ. V zásade rozlišujeme dobrovoľné a nedobrovoľné ustanovenie (vymenovanie) likvidátora.

K dobrovoľnému vymenovaniu likvidátora do funkcie dochádza rozhodnutím príslušného orgánu spoločnosti (spoločníkov alebo iného príslušného orgánu). Možnosť uvedeného rozhodnutia je daná v súvislosti s:

a) rozhodnutím príslušného orgánu o dobrovoľnom zrušení spoločnosti podľa § 68 ods. 3 písm. b) ObZ. K ustanoveniu do funkcie musí dôjsť v deň rozhodnutia o zrušení spoločnosti, najneskôr však do 60 dní od zrušenia spoločnosti. Spoločnosť sa pritom zrušuje dňom uvedeným v rozhodnutí spoločníkov alebo príslušného orgánu spoločnosti o zrušení spoločnosti a o ustanovení likvidátora alebo ak takýto deň nie je určený, potom dňom, keď bolo toto rozhodnutie prijaté. Obligatórnou náležitosťou dobrovoľného rozhodnutia o zrušení spoločnosti je ustanovenie likvidátora. Je otázne, čo v prípade ak nedôjde k ustanoveniu likvidátora najmä vo vzťahu k tomu, či je daná právomoc súdu vymenovať likvidátora podľa § 71 ods. 2 ObZ alebo či je rozhodnutie o zrušení spoločnosti ničotné a k zrušeniu spoločnosti nedochádza súd uvedenú zmenu nezapíše do obchodného registra. Podľa § 71 ods. 2 ObZ, ak spoločníci alebo príslušný orgán spoločnosti neustanovili likvidátora v lehote podľa odseku 1, ustanoví likvidátora, ak je zložený preddavok na likvidáciu, v konaní podľa Civilného mimosporového poriadku súd. I samotná dôvodová správa je protirečiaca, keďže pri ustanovení § 71 ObZ uvádza, že „Ak spoločníci rozhodnú o zrušení spoločnosti, zároveň sú povinní ustanoviť likvidátora. V iných prípadoch zrušenia spoločnosti majú spoločníci povinnosť ustanoviť likvidátora do 60 dní.“. Pri ustanovení § 309i CMP o aplikácií domnienky úpadku zas hovorí, že ak došlo k zrušeniu spoločnosti rozhodnutím príslušného orgánu spoločnosti, alebo ak táto skutočnosť vyplýva z verejnej listiny (napr. úmrtný list v prípade smrti jedného zo spoločníkov verejnej obchodnej spoločnosti, pokiaľ spoločenská zmluva neustanovuje inak) a spoločnosť napriek tomu nevstúpila včas do likvidácie, navrhuje sa upraviť domnienku úpadku takejto spoločnosti. Možno sa len domnievať, že z povinnej obsahovej náležitosti dobrovoľného rozhodnutia o zrušení spoločnosti, ktoré viaže účinnosť

rozhodnutia o zrušení spoločnosti na obe skutočnosti (rozhodnutia súd by nemal mať danú právomoc na ustanovenie likvidátora a táto právomoc je daná výlučne spoločníkom, resp. príslušnému orgánu spoločnosti;

b) dobrovoľným zrušením spoločnosti, ktoré je spôsobené právnou udalosťou – uplynutím času, na ktorú bola spoločnosť zriadená podľa § 68 ods. 3 písm. a) ObZ V danom prípade sú spoločníci, resp. príslušný orgán spoločnosti povinný ustanoviť likvidátora spoločnosti alebo zložiť preddavok na jeho ustanovenie súdom, a to do 60 dní od momentu, kedy uvedená skutočnosť nastala. Ak zákon neustanoví inak, márnym uplynutím tejto lehoty dochádza k založeniu fikcie, že spoločnosť bola založená na dobu neurčitú (§ 68 ods. 5 ObZ);

c) nedobrovoľným zrušením spoločnosti, kedy môžu spoločníci alebo príslušný orgán spoločnosti ustanoviť likvidátora v lehote 60 dní odo dňa zrušenia spoločnosti. Pri nedobrovoľnom zrušení spoločnosti je moment zrušenia spoločnosti závislý od právnej skutočnosti, ktorá uvedenú skutočnosť spôsobila a tento čas vymedzuje § 68 ods. 4 ObZ.

Okrem toho je možné poukázať na určitú nedôslednosť zákonodarcu, kde síce zmenil všeobecné ustanovenia o likvidácií, avšak nezmenil, resp. len minimálne pozmenil osobitné ustanovenia o likvidácií napr. § 153 ObZ.

Likvidátorom môže byť pri dobrovoľnom vymenovaní osoba, ktorá je zapísaná do zoznamu správcov vedeného podľa osobitného zákona (ďalej len „správca konkurznej podstaty“), alebo iná fyzická osoba, ktorá s ustanovením za likvidátora súhlasí a mohla by byť inak ustanovená za člena štatutárneho orgánu spoločnosti.

K nedobrovoľnému vymenovaniu likvidátora dochádza prostredníctvom súdu v konaní podľa Civilného mimosporového poriadku. Podľa hmotného práva súd môže ustanoviť likvidátora právnickej osobe:

a) pri tzv. dobrovoľnom zrušení spoločnosti spôsobeného uplynutím, na ktorý bola zriadená (určujúca právna udalosť), kedy súd ustanoví likvidátora v prípade, ak bol v lehote 60 dní odo dňa zrušenia spoločnosti zložený preddavok na likvidáciu spoločnosť a zároveň likvidátora neustanovili sami spoločníci, resp. príslušný orgán. Právomoc súdu na konanie je z hmotného práva podmienená dvomi právnymi skutočnosťami;

b) pri nedobrovoľnom zrušení, kedy je vznik právomoci súdu z pohľadu hmotného práva podmienený tým, že v lehote 60 dní od zrušenia spoločnosti nedošlo k ustanoveniu likvidátora spoločníkmi, resp. príslušným orgánom spoločnosti a súčasne, že bol zložený preddavok na likvidáciu spoločnosti;

c) ak došlo k zániku funkcie likvidátora, pričom nového likvidátora nie je možné ustanoviť spôsobom, ktorým bol ustanovený jeho predchodca. Ustanovenie likvidátora súdom v danom prípade už nie je podmienené zložením preddavku na likvidáciu;

d) ak došlo k zrušeniu spoločnosti z iných dôvodov ustanovených zákonom (napr. § 88 ObZ).

Aj keď z ustanovenia § 306 CMP vyplýva, že konanie o ustanovení likvidátora môže začať aj bez návrhu (*ex offo*), z ustanovenia 309h ods. 2 CMP ako aj z príslušnej hmotnoprávnej úpravy vyplýva, že začatie konania o ustanovení tzv. prvého likvidátora je esenciálne podmienené podaním návrhu oprávnenou osobou. Túto podmienku je možné vyvodiť predovšetkým z povinnosti zloženia preddavku na vykonanie likvidácie (odmeny a úhrady

nákladov na jej vykonanie). Bez toho, aby bola splnená uvedená podmienka, súd konanie o vymenovaní likvidátora neuskutoční. K začatiu konania o vymenovaní prvého likvidátora teda dôjde spravidla na návrh osôb oprávnených navrhnúť ustanovenie prvého likvidátora. Týmito osobami sú:

i. veritelia spoločnosti,
ii. osoby, ktoré majú právo na likvidačný zostatok,
iii. orgán štátnej správy v oblasti daní, poplatkov a colníctva podľa osobitného zákona, alebo
iv. ktokoľvek, kto je dotknutý zrušením spoločnosti (osvedčí právny záujem).

Súd ustanoví likvidátora náhodným výberom z osôb, ktoré by mohli byť pre prípad vyhlásenia konkurzu na majetok spoločnosti ustanovené za správcu konkurznej podstaty. Súhlas osoby, ktorá má byť takto ustanovená zo zoznamu správcov konkurznej podstaty, nie je potrebný a súd takúto osobu ustanoví aj bez jej súhlasu.

Pri nedobrovoľnom zrušení spoločnosti teda rozhodnutie o zrušení spoločnosti nemusí nevyhnutne viesť k likvidácií spoločnosti. Uvedené je možné vyvodiť z ustanovenia § 68 ods. 2 ObZ druhá veta druhá aliena, v zmysle ktorého sa spoločnosť zrušuje bez likvidácie, ak po jej zrušení súdom nebol zložený preddavok na úhradu odmeny a výdavkov likvidátora. Ak po nedobrovoľnom zrušení právnickej osoby nedôjde k vstupu do likvidácie v lehote do 90 dní od zverejnenia oznámenia o zrušení spoločnosti v Obchodnom vestníku, predpokladá sa, že je v úpadku. Vznik domnienky úpadku spoločnosti zakladá právnu možnosť vydania rozhodnutia o výmaze spoločnosti bez likvidácie, čím dôjde k zániku spoločnosti. Zabrániť jeho vydaniu môže len niektorá zo skutočností vymedzených v §§ 309 h a nasl CMP.

V zmysle § 309i CMP sa vznik vyvrátiteľnej domnienky existencie úpadku s následnou možnosťou rozhodnutia súdu o výmaze spoločností uplatní aj v prípade, ak došlo k zrušeniu spoločnosti inak ako rozhodnutím súdu, táto okolnosť vyplýva z verejnej listiny a spoločnosť nevstúpila do likvidácie v lehote ustanovenej osobitným predpisom.

Likvidácia ako proces vysporiadania obchodného imania spoločnosti po jej zrušení súdom, resp. v prípadoch tzv. nedobrovoľného zrušenia nie je nevyhnutnou podmienkou jej zániku. Vstup spoločnosti do likvidácie při nedobrovoľnom zrušení závisí od aktivity osôb, ktoré majú na likvidácií spoločnosti právny záujem. Primárne môžu byť týmito osobami jej spoločníci, resp. osoby, ktoré majú nároky na likvidačný zostatok a majú v rámci výkonu svojich práv orgánoch spoločnosti možnosť ustanoviť likvidátora alebo môžu využiť právo na ustanovenie likvidátora súdom za splnenia povinnosti zložiť preddavok na trovy likvidácie. Sekundárne týmito osobami môžu byť veritelia spoločnosti, a to či už verejnoprávnej alebo súkromnoprávnej povahy. Aktivita týchto sekundárnych osôb (veriteľov) sa v zásade predpokladá v prípade existencie majetku spoločnosti, ktorý je možné „uchopiť v rámci likvidácie“ a použiť na uspokojenie ich nárokov. Naopak, ak pôjde o tzv. evidenčný alebo putatívny majetok, tak sa uvedená aktivita veriteľov nepredpokladá a k ukončenie právneho života právnickej osoby dôjde bez likvidácie, čiže prostredníctvom vzniku domnienky o úpadku spoločnosti.

Iná situácia bude v prípade tzv. dobrovoľného zrušenia spoločnosti. Pri dobrovoľnom zrušení, pokiaľ zákon neustanovuje iný spôsob vyporiadania obchodného imania, je likvidácia obligatórny proces usporiadania kladného obchodného imania spoločnosti a teda

usporiadania majetkových vzťahov navonok a dovnútra spoločnosti. V súlade s § 68 ods. 2 ObZ k likvidácií nedôjde jedine v prípade, ak celé jej imanie prešlo na právneho nástupcu, alebo ako vyplýva z osobitného predpisu, k likvidácií by nemalo dôjsť, ak vznikla povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu, to neplatí v súlade s § 75h ObZ ak konkurzné konanie alebo konkurz voči spoločnosti už boli ukončené pre nedostatok majetku. Ak tieto podmienky nie sú splnené, k zániku spoločnosti nemôže dôjsť nakoľko možnosť nevykonania likvidácie pri kladnom obchodnom imaní je možná len pri zrušení spoločnosti súdom (§ 68 ods. 2) a súčasne ustanovenie § 309i CMP možnosť aplikácie ustanovení o predpoklade úpadku viaže výlučne len na prípad zrušenia spoločnosti na základe skutočnosti vyplývajúcej z verejnej listiny.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] ĎURICA, M.: *Zrušenie, likvidácia a zánik obchodných spoločností*, 2004 Justičná revue Roč. 56, č. 1, ISSN 1335-6461.

[2] LAMAČKA, J.: *Postavenie prokuristu verzus postavenie likvidátora počas likvidácie spoločnosti*, 2010 Bulletin slovenskej advokácie Roč. 16, č. 7–8, ISSN 1335-1079.

[3] KALETOVÁ, V.: *Likvidácia obchodnej spoločnosti*, Dane a účtovníctvo roč. 2010, č. 5, ISSN 1335-0897.

[4] KUBINEC, M.: *Právne postavenie likvidátora obchodných spoločností*, 2004, Obchodné právo roč. 5, č. 10, ISSN 1335-6674.

[5] MAMOJKA, M. a kol.: *Obchodný zákonník, I. zväzok § 1 – 260, Veľký komentár*, Eurokodex, Žilina, 2016.

[6] PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Zmena, zrušenie a zánik firmy bez rizika a strát*, SEPI, s.r.o. Žilina, 2000.

[7] PELIKÁNOVÁ, I.: *Komentár k obchodnému zákonníku, II. Diel*, Linde, Praha, 1996

[8] OVEČKOVÁ O.: *Likvidácia spoločnosti a predaj podniku*, Právny obzor, roč. 88/2005, č. 6, ISSN 0032-6984.

[9] ŠTEVČEK , M. – DULÁK, A. – BAJANKOVÁ, J. – FEČÍK, M. – SEDLAČKO F. – TOMAŠOVIČ, M a kol.: *Občiansky zákonník I., § 1- 450, Komentár*, Praha, C.H.Beck, 2015.

[10] VAJDOVÁ I.: *Postavenie likvidátora obchodnej spoločnosti*, 2000 Dane a právo roč. 5, č. 14, ISSN 1335-2539.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Marian Ďurana, Ph.D.
Katedra občianskeho a pracovného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20
974 01 Banská Bystrica
E-mail: marian.durana@umb.sk

Lenka Ušiaková lenka.usiakova@umb.sk

LOJALITA ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU KAPITÁLOVEJ OBCHODNEJ SPOLOČNOSTI A JEJ OSOBITOSTI Z HĽADISKA PRÁVNEJ ÚPRAVY SPOLOČNOSTI V KRÍZE

LOYALTY OF THE STATUTORY BODY OF A CORPORATION AND ITS SPECIFICS FROM THE POINT OF THE VIEW OF LEGISLATION OF CORPORATION IN CRISIS

Abstrakt: Príspevok sa zaoberá povinnosťou lojality štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti, ktorá tvorí obsah jeho fiduciárneho záväzku voči spoločnosti. Cieľom príspevku je poukázať na osobitný význam zásad lojality štatutárneho orgánu počas krízy spoločnosti a ich možný vplyv na efektívnosť využitia zákonných nástrojov zameraných na ochranu veriteľov.

Abstract: The article deals with the duty of loyalty of the statutory body of a corporation, which forms the content of its fiduciary obligation to the corporation. The purpose of the article is to point out the particular importance of the principles of statutory body loyalty during the crisis of a corporation and their possible impact on the effectiveness of the use of legal instruments aimed at aimed at protecting creditors.

Kľúčové slová: *štatutárny orgán, lojalita, fiduciárny vzťah, spoločnosť v kríze.*

Key words: *statutory body, loyalty, fiduciary relationship, corporation in crisis.*

1. Lojalita štatutárneho orgánu kapitálovej spoločnosti

Právny základ fiduciárneho vzťahu medzi obchodnou spoločnosťou a jej správcom (štatutárnym orgánom) tvoria povinnosti štatutárneho orgánu s charakterom fiduciárnych povinností. Platná právna úprava je založená na dvoch základných prvkoch náležitej starostlivosti tvoriacej právny rámec fiduciárneho vzťahu, a to požadovaný štandard starostlivosti (náležitá, resp. odborná starostlivosť) a povinnosť lojality. Obe prvky náležitej starostlivosti sú pritom v zmysle pozitívnoprávnej úpravy rovnocenné a nevyhnutne doplnené o povinnosť konať a postupovať v súlade so zákonnom (§ 135a ods. 1 a § 194 ods. 5 Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov; ďalej len „Obchodný zákonník“ alebo „ObZ“).[1]

1 K prvkom náležitej starostlivosti štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti pozri tiež: BARTALSKÁ, K.: Konateľ v spleti insolvenčného konania v právnej teórii obchodného práva a v aplikačnej praxi konkurzných súdov. In: *Právo v podnikání vybraných členských státu Evropské unie. Sborník recenzovaných příspěvku k X. ročníku mezinárodní vědecké konference* Praha 9.11.2018. 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2018, s. 26–33. [online]. Dostupné z: https://kpep.vse.cz/wp-content/uploads/page/1940/KPEP_Sborn%C3%ADk-2018_fv.pdf [cit. 2. 11. 2020].

Povinnosť lojality zodpovedá povinnosti štatutárneho orgánu hájiť a presadzovať pri správe a riadení obchodnej spoločnosti zákonom vymedzené záujmy, resp. zameranie činnosti správcu na ochranu a presadenie týchto záujmov. Orientácia záujmu sledovaného pri výkone správy obchodnej spoločnosti je rôznorodá, podstatná právna otázka smeruje k určeniu preferovaného objektu záujmu v rámci správy, tj. k určeniu, na koho sa správca pri správe a riadení spoločnosti orientuje a komu „slúži". Je nepochybné, že základnou požiadavkou na výkon správy je nepresadzovanie vlastných záujmov správcu, príp. záujmov, ktoré správca preferuje z určitých subjektívnych pohnútok, a to so zreteľom na úlohu a postavenie správcu realizujúceho správu a riadenie spoločnosti na základe rozhodnutia jej spoločníkov ako jej faktických vlastníkov za účelom naplnenia účelového určenia spoločnosti, ktorý spoločnosť sleduje od svojho založenia. Práve orientácia správcu na seba samého a jeho subjektívne záujmy predstavuje podstatný problém správy a riadenia spoločností spôsobujúci potenciálne, v praxi obvyklé konflikty medzi správcom a spoločníkmi spoločnosti a v širších súvislostiach medzi správcom, spoločníkmi spoločnosti a tretími osobami.

2. Rozhodujúci záujem pri správe spoločnosti

Vychádzajúc zo slovenskej pozitívnoprávnej úpravy lojality štatutárneho orgánu kapitálovej spoločnosti v nadväznosti na postavenie štatutárneho orgánu v rámci organizačnej štruktúry spoločnosti sa správa a riadenie spoločnosti majú primárne sústrediť na záujem spoločnosti a všetkých jej spoločníkov. Zákonodarcom predpokladaný koncept je vo svojej podstate logický, správca vstupuje do spoločnosti na podnet spoločníkov na zmluvnom základe, spoločníci určia správcu v dobrej viere tak, aby správca v súlade s poctivým obchodným stykom a potrebnou mierou jeho profesionality vykonával správu a riadenie spoločnosti za účelom dosiahnutia záujmu spoločníkov, ktorý spoločníci sledujú svojou účasťou na spoločnosti. Preto v rámci myšlienkovej a aktívnej činnosti správcu pri správe a riadení spoločnosti je jeho primárnou úlohou sledovať, hájiť a presadzovať záujem spoločníkov so zámerom dosiahnutia a naplnenia účelového určenia spoločnosti. Pri identifikácii právnych vzťahov je zrejmé, že niet spoločnosti bez spoločníkov a niet správcu bez spoločnosti, preto medzi spoločníkmi a správcom nachádzame pre spoločnosť zásadný vzťah vzájomnej závislosti a účelovosti charakterizujúci postavenie správcu v rámci kapitálovej spoločnosti ako takej, ako aj navonok voči tretím osobám, s ktorými pri výkone správy a riadení spoločnosti prichádza do kontaktu.[2] Takto vnímaná orientácia správy spoločnosti je charakteristická skôr pre anglo-americké právo, v ktorom bol vytvorený model správy spoločnosti orientovaný na tvorbu hodnôt pre spoločníkov, tzv. *shareholder value*.[3]

Na druhej strane, v záujme komparácie je potrebné poukázať na koncept, v zmysle ktorého z dôvodu nevyhnutného kontaktu správcu s tretími osobami a nevyhnutného dopadu dôsledkov správy a riadenia spoločnosti na tretie osoby, je potrebné zdôrazniť akceptáciu a zohľadňovanie ich záujmov pri správe a riadení spoločnosti, čo zodpovedá širšej spolo-

2 Pozri tiež B. Havel; HAVEL, B.: *Obchodní korporace ve světle proměn. Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací.* Praha: Auditorium, 2010, s. 109.

3 PETROV, J.: *Obecná odpovědnost členu představenstva akciových společností v česko-americko-německém srovnání.* Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2007, s. 58.

čenskej funkcii správy spoločností. Tretie osoby pritom vykladáme v ich najširšom vnímaní, zahŕňajúc najmä obchodných partnerov spoločnosti, zamestnancov a veriteľov spoločnosti. Zameranie správy a riadenia spoločnosti na tretie osoby vytvára model správy spoločnosti orientovaný na tvorbu hodnoty pre zainteresované osoby, tzv. *stakeholder value*,[4] ktorý predstavuje koncepciu správy spoločnosti aplikovanú v nemeckom práve. Orientácia správy a riadenia spoločnosti na jej veriteľov znamená všeobecný odklon od zamerania spoločnosti na seba samú a zdôraznenie jej pozitívnej spoločenskej funkcie.[5]

Domnievam sa, že postavenie záujmov tretích osôb nad záujmy spoločnosti a jej spoločníkov, nie je so zreteľom na účelové určenie spoločnosti celkom vhodným riešením charakteru fiduciárneho záväzku správcu. Považujem za spoločensky prospešné a zodpovedajúce sociálnej funkcii obchodných spoločností dosiahnutie určitého konsenzu medzi záujmami spoločníkov a tretích osôb pri správe a riadení obchodných spoločností s dôrazom na záujmy spoločnosti a jej spoločníkov. V modernom ponímaní však, napriek špecifickému vzťahu medzi spoločnosťou a jej štatutárnym orgánom (správcom), nie je možné ochranu spoločnosti a v nej premietnutých záujmov spoločníkov absolutizovať, je potrebné prihliadnuť na oprávnenosť a legitímnosť záujmu spoločnosti a správa a riadenie spoločností by mala brať na zreteľ širší okruh spoločenských vzťahov, o ktorých súlad by sa mal štatutárny orgán pri správe a riadení spoločnosti usilovať. Cieľom pozitívnoprávnej úpravy by podľa môjho názoru malo byť popri širšej špecifikácii záujmov zohľadňovaných pri správe a riadení kapitálových obchodných spoločností, vymedzenie určitých spoločensky požadovaných priorít, na ktoré musí štatutárny orgán prihliadať a akceptovať ich pri rozhodovaní ohľadom správy a riadenia spoločnosti, predovšetkým v prípade konfliktu chránených záujmov, a ktoré nemôže vedome poškodzovať, ukracovať alebo len jednoducho opomínať za účelom presadzovania jednostranných záujmov spoločnosti a jej spoločníkov.

Je zaujímavé, že anglický právny poriadok ako jeden z právnych poriadkov tradične presadzujúcich model *shareholder value* sa do určitej miery od jeho absolútnej aplikácie odkláňa vytváraním osobitných konceptov presadzujúcich dobrú správu spoločnosti akceptujúcu širšie záujmy, ktoré koncipujú a dotvárajú záujmy spoločnosti. Je možné poukázať napr. na princíp *Cadburyho rovnováhy*, podľa ktorej spoločnosť je povinná a zodpovedná za plnenie materiálnych povinností voči svojim spoločníkom a tretím osobám (zamestnancom, zákazníkom, dodávateľom, veriteľom), riadne a účelné využívanie zdrojov a ochranu, resp. nepoškodzovanie životného prostredia a zaisťovanie interakcie medzi podnikaním a spoločnosťou v širšom slova zmysle.[6]

Rovnako prijatím *Companies Act (2006)* došlo k zákonnej modifikácii princípu *shareholder value*. V súvislosti s povinnosťou lojality štatutárneho orgánu je primárne povinnosťou riaditeľa spoločnosti zabezpečovať úspech spoločnosti *(Duty to promote the success of the company)* (čl. 172 ods. 1 *Companies Act*)[7], zároveň však *Companies Act* určuje okruh záujmov,

4 PETROV, J.: *Obecná odpovědnost členu představenstva akciových společností v česko-americko-německém srovnání*. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2007, s. 58.

5 Pozri tiež: ČERNÁ, S.: K vázanosti představenstva nevhodnými a nezákonnými pokyny. In *Acta Universitatis Carolinae. Pocta Zdeňku Kučerovi k 80. narozeninám*. č. 1/2008, s. 127–136.

6 CADBURY, A.: *The Company Chairman*. Hemel Hempstead: Director Publishing, 1995. Citované podľa: HAVEL, B. Jsou korporace morální? In LASÁK, J. – HAVEL, B.: *Kompendium korporačního práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 29.

7 *Companies Act 2006. Chapter 46*. [online]. Dostupné z: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf, s. 79, [cit. 2. 11. 2020].

na ktoré je riaditeľ povinný pri svojom konaní prihliadať, pričom týmito záujmami sú: *„(i) pravdepodobné dlhodobé následky všetkých rozhodnutí, (ii) záujmy zamestnancov spoločnosti, (iii) potreba upevňovať obchodné vzťahy spoločnosti s dodávateľmi, odberateľmi a inými osobami, (iv) vplyv činnosti spoločnosti na spoločnosť a životné prostredie, (v) udržanie povesti spoločnosti, podľa ktorej sa spoločnosť riadi vysokými štandardmi obchodného správania, a (vi) potreba poctivého konania medzi spoločníkmi.“* (čl. 172 ods. 1 *Companies Act*)[8]

3. Záujem spoločnosti vs. záujem veriteľa počas krízy spoločnosti

Ako bolo uvedené vyššie, povinnosť lojality štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti je v Obchodnom zákonníku veľmi stabilne vyjadrená záujmom spoločnosti a všetkých jej spoločníkov. Rešpektovanie záujmov spoločnosti pri správe spoločnosti a pri tvorbe a realizácii vôle spoločnosti je *„imperatívnym zákonným príkazom.“*[9] Striktnou aplikáciou uvedenej zásady sa akceleruje rizikovosť vzťahu tretej osoby so spoločnosťou a vzhľadom na možné oportunistické jednanie štatutárneho orgánu v záujme spoločnosti a spoločníkov, ktorí stoja v jej pozadí, poskytuje tretím osobám len slabé garancie ich oprávnených nárokov.

Uvedený systém záujmov sa do značnej miery odzrkadľuje na postavení štatutárneho orgánu v stave krízy spoločnosti,[10] kedy spravidla dochádza ku kolízii záujmov spoločnosti a všetkých jej spoločníkov so záujmami veriteľov, a často aj k priamemu konfliktu s požiadavkou zákonnosti. Keď vychádzame z premisy, že lojalita štatutárneho orgánu je daná záujmom spoločnosti a jej spoločníkov, sú to práve osobitné zákonné inštitúty a nástroje, ktoré majú garantovať ochranu a čo najefektívnejšie zabezpečenie práv, nárokov a záujmov veriteľov. Efektívnosť zákonodarcom zvolených nástrojov, jednak z hľadiska ich charakteru, ako aj z hľadiska spôsobu ich uplatnenia, je možné vnímať ako problémovú a to aj v súvislosti s logickým a principiálnym nesúladom charakteru týchto nástrojov so všeobecnou povahou fiduciárneho záväzku štatutárneho orgánu voči spoločnosti.

Základný právny rámec nástrojov na ochranu veriteľov v súvislosti s úpadkom či hroziacim úpadkom spoločnosti vytvára na jednej strane inštitút zodpovednosti štatutárneho orgánu za tzv. *wrongful trading*, ktoré je v slovenskej pozitívnoprávnej úprave premietnutý do povinností a následnej zodpovednosti štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti v kríze (§ 67b ObZ), a na strane druhej povinnosť štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu v mene spoločnosti riadne a včas (§ 11 ods. 2 zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov). Štatutárny orgán pri plnení týchto povinností musí nevyhnutne zachovávať požadovaný štandard starostlivosti, vrátane obligatórnej lojality k záujmom spoločnosti a všetkých jej spoločníkov.

---

8 *Companies Act 2006. Chapter 46.* [online]. Dostupné z: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf, s. 79, [cit. 2. 11. 2020].

9 PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Komentár*. 5. vydanie. Bratislava: C. H. BECK 2016, s. 788.

10 Ku kríze spoločnosti pozri tiež: KUBINEC, M.: Niekoľko poznámok k novej právnej úprave spoločnosti v kríze. In: *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Belii Neosolii*. Roč. 20. 1. vydanie. Banská Bystrica: Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela – Belianum, 2016, s. 197–210.

V tejto súvislosti je možné poukázať na to, že práve kríza spoločnosti odôvodňuje aspoň čiastočný presun zamerania štatutárneho orgánu zo zákona koncentrovaného na záujem spoločnosti, a to navonok, vo vzťahu k veriteľom spoločnosti, príp. jeho extenzívnu kvalifikáciu umožňujúcu precizovať a bližšie charakterizovať samotný záujem spoločnosti a všetkých jej spoločníkov cez širšie spoločenské a podnikateľské záujmy. Dôvodov pre takto vymedzenú precizáciu povinnej lojality štatutárneho orgánu je viacero.

Primárne považujem za potrebné poukázať na to, že inštitút zodpovednosti za *wrongful trading*, ktorého prvky sa zákonodarca usiluje zaviesť do právneho poriadku, má svoj pôvod a je do slovenského právneho poriadku zavádzaný pod vplyvom britskej právnej úpravy,[11] v ktorej je lojalita štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti už tradične postavená na zásade, v zmysle ktorej predpokladom zachovania záujmu spoločnosti je o.i. zohľadňovanie širšie vymedzených spoločenských záujmov, ktoré dopĺňajú a špecifikujú záujem spoločnosti a vymedzujú jeho širšie spoločenské súvislosti. V zmysle britskej právnej úpravy je pritom v súvislosti s úpadkom spoločnosti či hroziacim úpadkom spoločnosti základnou povinnosťou štatutárnych orgánov (Directors, Shadow Directors) zachovanie kontinuity podnikateľskej činnosti spoločnosti. Ako uvádza O. Buhala: *„V takom prípade by mala primárna snaha direktorov smerovať k prekonaniu finančných problémov korporácie cestou aktívnej podnikateľskej činnosti, pričom je vhodné zdôrazniť, že právny poriadok Spojeného kráľovstva vôbec neobsahuje explicitne formulovanú povinnosť direktorov podať návrh na vyhlásenie formálnej platobnej neschopnosti obchodnej spoločnosti, spojenej s konaním o jej insolvenčnej likvidácii.“*[12]

Koncept vychádzajúci zo širšej formulácie korporačnej lojality štatutárneho orgánu orientovaný na zachovanie podnikateľskej činnosti poskytuje širšie možnosti interpretácie postupu štatutárnych orgánov zo strany všeobecných súdov, a to tak v konaniach, v rámci ktorých sa samotná spoločnosť usiluje chrániť svoje záujmy, ako aj pri uplatňovaní nárokov veriteľmi a ochrane ich práv.

Právna úprava povinností štatutárneho orgánu pri odvracaní krízy obchodnej spoločnosti do istej miery predpokladá nevyhnutné rozšírenie základnej koncepcie lojality štatutárneho orgánu k záujmom spoločnosti a jej spoločníkov. Štatutárny orgán, ktorý objektívne mohol zistiť, že spoločnosť je v kríze, je povinný urobiť všetko, čo by v obdobnej situácii urobila iná rozumne starostlivá osoba v jemu podobnom postavení na jej prekonanie, a to v súlade s požiadavkou potrebnej odbornej alebo náležitej starostlivosti (§ 67b ObZ). Citované ustanovenie zakladá všeobecnú povinnosť štatutárneho orgánu spoločnosti v kríze, ktorú možno zahrnúť do obsahu jeho fiduciárneho záväzku vo vzťahu k spoločnosti. Na strane štatutárneho orgánu pritom dochádza k čiastočnej modifikácii fiduciárnej povinnosti formulovaním požiadavky potrebnej odbornej alebo náležitej starostlivosti, uvedené kritérium však nie je konkretizované, vo svojej podstate je prebraté zo všeobecnej právnej úpravy bez hlbšej precizácie jeho charakteru.

Uvedeným ustanovením je pritom možné prijať extenzívny pohľad na lojalitu štatutárneho orgánu a rozsah ním zohľadňovaných záujmov, avšak len nepriamo bez výslovnej právnej úpravy, a tým do značnej miery neefektívne vo vzťahu k realizácii uvedenej po-

11 Koncept zodpovednosti za *wrongful trading* je v britskom právním poriadku založený v rámci Insolvency Act (1986), Companies Act (2006) a Companny Directors Disqualification Act (1968).

12 BUHALA, O.: Krízové povinnosti členov štatutárnych orgánov obchodných spoločností. *Justičná revue*, č. 11/2009, s. 1080.

vinnosti, a osobitne vo vzťahu k zodpovednosti v prípade jej porušenia, ktorá nastupuje štandardne podľa všeobecných zásad zodpovednosti štatutárneho orgánu za škodu spôsobenú pri výkone funkcie (§ 135a, § 194 ods. 5 a nasl. ObZ).[13]

V rámci odborných polemík sa môžeme stretnúť s názormi poukazujúcimi na možný extenzívny výklad korporačnej lojality štatutárneho orgánu. L. Žitňanská uvádza, že *„ak vnímame korporačnú lojalitu štatutárneho orgánu vyplývajúcu z jeho fiduciárneho vzťahu k spoločnosti ako lojalitu ku korporácii, ktorá kladie na prvé miesto spoločnosť a udržanie prevádzky podniku v dlhodobom pláne, tak povinnosť, aby štatutárny orgán venoval náležitú pozornosť záujmom veriteľov, spoločníkov a iných zainteresovaných osôb, je súčasťou požadovanej starostlivosti štatutárneho orgánu vo vzťahu k spoločnosti.“*[14]

Napriek tomuto logickému záveru, vychádzajúc z povinnosti lojality štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti k záujmom spoločnosti a všetkých jej spoločníkov, považujem za vhodné legislatívne precizovať charakter záujmu sledovaného štatutárnym orgánom, a to osobitne pre prípad krízy spoločnosti, nie len v rovine úvah, ale aj v samotnom texte právnej normy. Z právneho ako aj faktického hľadiska je žiadúce exaktnejšie špecifikovať osobitné prvky záujmu spoločnosti, ktoré sú principiálne súčasťou tohto záujmu vo všeobecnosti, avšak v prípade krízy spoločnosti je potrebné ich uprednostniť pred ďalšími jeho špecifickými prvkami. Ide predovšetkým o záujem na ďalšom zachovaní podnikateľskej činnosti spoločnosti za predpokladu, že je udržateľná. Vychádzam pritom zo zrejmého zmyslu právnej úpravy spoločnosti v kríze, ktorým je jednoznačne odvrátenie tohto pre spoločnosť nepriaznivého stavu, pokiaľ je vzhľadom na okolnosti možné, naňho nadväzujúce zachovanie obchodnej spoločnosti a v konečnom dôsledku zabezpečenie ochrany záujmov veriteľov. Je možné stotožniť sa s názorom, že *„veritelia vždy preferujú, aby na majetok obchodnej spoločnosti nebol vyhlásený konkurz.“*[15]

V neposlednom rade je potrebné poukázať na to, že kritérium životaschopnosti podniku a širšieho záujmu na zachovaní prevádzky a existencie životaschopného podniku je formulované a priamo vyplýva pre prípady tzv. preventívnej reštrukturalizácie zo Smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 2019/1023 o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddlžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddlžovacích konaní[16], ktorá má byť v blízkom období transponovaná do slovenského právneho poriadku a rovnako je predpokladané princípmi dočasnej ochrany podnikateľov vyplývajúcimi z vládneho návrhu zákona o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.[17]

---

13 Pre odchýlky od štandardného režimu zodpovednosti štatutárneho orgánu za spôsobenú škodu pozri tiež LUKÁČKA, P.: *Kategória zodpovednosti a zodpovedné podnikanie v právnom prostredí Slovenskej republiky v kontexte výkonu funkcie štatutárneho orgánu spoločnosti s ručením obmedzeným.* Bratislava: Wolters Kluwer, s.r.o., 2019, s. 68–69.

14 ŽITŇANSKÁ, L..: Zodpovednosť členov štatutárneho orgánu pri hroziacom úpadku podľa smernice o reštrukturalizácii a insolvencii. *Súkromné právo*, č. 2/2020, s. 60–66.

15 ROZEHNAL, A.: *Teorie korporátního práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2018, s. 148.

16 Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 zo dňa 20. júna 2019 o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddlžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddlžovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132 (Smernica o reštrukturalizácii a insolvencii). [online]. Dostupné z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=CS [cit. 31. 10. 2020]; pozri tiež ŽITŇANSKÁ, L..: Zodpovednosť členov štatutárneho orgánu pri hroziacom úpadku podľa smernice o reštrukturalizácii a insolvencii. *Súkromné právo*, č. 2/2020, s. 60-66.

17 LP/2020/320 Zákon o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov. [online]. Dostupné z: https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/-/SK/dokumenty/LP-2020-320 [cit. 31. 10. 2020].

Záver

Z legislatívnych zmien v oblasti postavenia štatutárneho orgánu kapitálových spoločností v slovenskom právnom poriadku je možné odvodiť úsilie zákonodarcu o zefektívnenie právnej ochrany veriteľov a tretích osôb tak počas pôsobenia obchodnej spoločnosti, ako aj, a to v zásadnejšom rozsahu, v štádiu krízy a konkurzu na majetok spoločnosti. Do právneho poriadku bolo postupne zavedených viacero inštitútov do značnej miery preberaných zo zahraničných právnych poriadkov, ktoré majú tieto ciele zabezpečiť. V súvislosti s postavením štatutárneho orgánu by bolo vhodné upriamiť pozornosť na samotnú povahu a obsah jeho fiduciárneho záväzku voči kapitálovej obchodnej spoločnosti, v ktorej svoju funkciu vykonáva, ktorý by mal v zásadnej miere ovplyvňovať jeho konkrétne správanie voči samotnej spoločnosti ako aj voči tretím osobám. Aj keď z jednotlivých špecifických inštitútov, ktoré riešia konkrétne otázky, povinnosti štatutárneho orgánu a následky ich neplnenia, a to tak inštitútov preventívneho ako aj represívneho charakteru, vyplýva zrejmá snaha o rozšírenie okruhu záujmov, na ktoré je potrebné prihliadať v právnych vzťahoch, do ktorých vstupuje kapitálová obchodná spoločnosť, právna úprava kvality fiduciárneho záväzku predovšetkým v rozsahu korporačnej lojality štatutárneho orgánu nebola dosiaľ špecifikovaná. Bez zreteľa na charakter a dôslednosť právnej úpravy konkrétnych inštitútov ich vnútorný nesúlad so všeobecnou a zákonom vynútiteľnou fiduciárnou povinnosťou štatutárneho orgánu do istej miery znižuje efektívnosť uplatňovania a vymáhania konkrétnych nárokov pred orgánmi aplikácie práva.

Ako bolo poukázané v rámci príspevku vzhľadom na zameranie právnej úpravy lojality štatutárneho orgánu na model *shareholder value*, je potrebné hľadať súlad a prienik medzi záujmom spoločnosti a všetkých jej spoločníkov, so širšími záujmami s akcentom na záujem veriteľov. Priamy odklon od zákonom upravenej koncepcie lojality nepovažujem za vhodný. Samotný prienik medzi záujmom spoločnosti (všetkých jej spoločníkov) a záujmom tretích osôb (predovšetkým veriteľov) je možné nájsť v záujme na zachovaní podnikateľskej činnosti spoločnosti za predpokladu, že je udržateľná. Na uvedený záujem v súčasnosti priamo či nepriamo odkazujú viaceré vyššie zmieňované právne normy, považujem však za vhodnú priamu úpravu a rozšírenie povinnej lojality štatutárneho orgánu kapitálovej spoločnosti v tomto smere minimálne pre prípad krízy a následného konkurzu na majetok spoločnosti, a to o.i. so zreteľom na aplikáciu príslušných právnych noriem súdmi, ktoré pri posudzovaní nárokov zo zodpovednosti štatutárneho orgánu kapitálovej spoločnosti primárne vychádzajú z kvality jeho fiduciárneho záväzku.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] BARTALSKÁ, K.: Konateľ v spleti insolvenčného konania v právnej teórii obchodného práva a v aplikačnej praxi konkurzných súdov. In: *Právo v podnikání vybraných členských státu Evropské unie. Sborník recenzovaných příspěvku k X. ročníku mezinárodní vědecké konference Praha 9.11.2018.* 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2018, s. 26-33. ISBN 978-80-88055-04-4. [online]. Dostupné z: https://kpep.vse.cz/wp-content/uploads/page/1940/KPEP_Sborn%C3%ADk-2018_fv.pdf [cit. 2. 11. 2020].

[2] BUHALA, O.: Krízové povinnosti členov štatutárnych orgánov obchodných spoločností. *Justičná revue*, č. 11/2009. ISSN 1335-6461, s. 1077–1089.

[3] CADBURY, A.: *The Company Chairman.* Hemel Hempstead: Director Publishing, 1995, 225 s. ISBN 978-0134341507.

[4] *Companies Act 2006. Chapter 46.* [online]. Dostupné z: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf [cit. 2. 11. 2020].

[5] ČERNÁ, S.: K vázanosti představenstva nevhodnými a nezákonnými pokyny. *Acta Universitatis Carolinae. Pocta Zdeňku Kučerovi k 80. narozeninám*, č. 1/2008, ISSN 0323-0619, s. 127–136.

[6] HAVEL, B.: Jsou korporace morální? In LASÁK, J. – HAVEL, B.: *Kompendium korporačního práva. 1. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2011. ISBN 978-80-7400-018-8, s. 28–29.

[7] HAVEL, B.: *Obchodní korporace ve světle proměn. Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací.* Praha: Auditorium, 2010, 196 s. ISBN 978-80-97284-11-7.

[8] KOVALOVA, E. FRAJTOVA-MICHALIKOVA, K.: The creative accounting in determining the bankruptcy of Business Corporation. In: *Conference: 19th International Scientific Conference Globalization and Its Socio- Economic Consequences - Sustainability in the Global-Knowledge Economy*. Rajecke Teplice: Univ Zilina, Fac Operat & Econ Transport & Commun, Dept Econ, Vol. 74, Article Number: 01017, DOI: 10.1051/shsconf/20207401017.

[9] KUBINEC, M.: Niekoľko poznámok k novej právnej úprave spoločnosti v kríze. In: *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Belii Neosolii*. Roč. 20. 1. vydanie. Banská Bystrica: Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela – Belianum, 2016. ISBN 978-80-557-1100-3, s. 197–210.

[10] LP/2020/320 Zákon o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov. [online]. Dostupné z: https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/-/SK/dokumenty/LP-2020-320 [cit. 31. 10. 2020].

[11] LUKÁČKA, P.: *Kategória zodpovednosti a zodpovedné podnikanie v právnom prostredí Slovenskej republiky v kontexte výkonu funkcie štatutárneho orgánu spoločnosti s ručením obmedzeným*. Bratislava: Wolters Kluwer, s.r.o., 2019, 116 s. ISBN 978-571-0080-5.

[12] PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Komentár.* 5. vydanie. Bratislava: C. H. BECK, 2016, 1666 s. ISBN 978-80-89603-46-6.

[13] PETROV, J.: *Obecná odpovědnost členu představenstva akciových společností v česko-americko-německém srovnání.* Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2007, 104 s. ISBN 978-80-210-4386-2.

[14] ROZEHNAL, A.: *Teorie korporátního práva.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2018, 199 s. ISBN 978-80-7380-723-8.

[15] Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 zo dňa 20. júna 2019 o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddlžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddlžovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132 (Smernica o reštrukturalizácii a insolvencii). [online]. Dostupné z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=CS [cit. 31. 10. 2020].

[16] ŽITŇANSKÁ, L..: Zodpovednosť členov štatutárneho orgánu pri hroziacom úpadku podľa smernice o reštrukturalizácii a insolvencii. *Súkromné právo*. č. 2/2020, ISSN 1339-8652, s. 60–66.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Lenka Ušiaková, Ph.D.
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20
974 01 Banská Bystrica
E-mail: lenka.usiakova@umb.sk

Radim Kříž rkriz@expandia.com

STATUSOVÉ OTÁZKY PRÁVNÍ ÚPRAVY AKCIOVÝCH SPOLEČNOSTÍ – HLEDÁNÍ HRANIC POKRAČUJE

STATUS ISSUES OF THE LEGISLATION OF PUBLIC LIMITED LIABILITY COMPANIES – THE SEARCH FOR LIMITS CONTINUES

Abstrakt: Předmětem příspěvku je zamyšlení se nad problematikou dispozitivnosti a kogentnosti norem právní úpravy akciových společností s ohledem na statusovou otázku s pokusem nalézt meze míry této kogentnosti, popř. zvážit, zda je možno tyto meze posunout. Problematika dispozitivnosti a kogentnosti právních norem obecně, včetně právní úpravy akciových společností, je totiž předmětem velkých teoretických diskuzí mj. o tom, kam právě až sahá míra dispozitivnosti těchto právních norem, a kde je již možno aktivní činností jednajícího upravit si danou problematiku od právních norem odchylně. Je třeba uvést, že od názoru, že právní úprava zejména akciových společností je především kogentního charakteru, se postupně upouští a hledají se meze, kde je nutností trvat na kogentnosti právních norem a kde je naopak možné ponechat prostor pro autonomii vůle. Zkoumání uvedené problematiky a hledání mezí této kogentnosti je právě cílem tohoto příspěvku, přičemž autor příspěvku po prozkoumání dané problematiky navrhuje ještě třetí možnost přístupu ke kogentnosti právních norem právní úpravy akciových společností, který vychází z užšího pojetí statusové otázky v režimu obchodních společností s tím, že by se kogentnost právní úpravy testovala nejen smyslem a účelem zákona, ale i explicitně principem ochrany třetích osob jako součásti veřejného pořádku. To by znamenalo, že by se za dispozitivní normu považovala nejen ta právní norma, kde účel a smysl této právní normy nevyžaduje její kogentnost, ale i ta, která není v rozporu s principem ochrany třetích osob jako součásti veřejného pořádku.

Abstract: The subject of the paper is to address the issue of the default rules and mandatory rules concerning public limited liability companies with regard to the status issue, attempting to find the boundaries of the mandatory ones, and to consider whether these boundaries can be pushed. The issue of the default rules and mandatory rules as legal norms in general, including the regulation of public limited liability companies, is the subject of numerous theoretical discussions about, among other things, how far the degree of the mandatory nature of these legal norms actually extends, and where it might be possible to make certain adjustments. Let me point out that viewing the legislation of public limited liability companies in particular as sticking strictly to mandatory rules is gradually being abandoned, and new boundaries are being sought as to decide where to insist on keeping the rules mandatory and where, on the contrary, it is possible to leave room for autonomy of the will. The research into this issue and the search for the limits of mandatory rules is the topic of this paper, and the author of the paper after examining the issue suggests there is a third approach to the mandatory nature of legal regulations of joint stock companies that is based on a less general interpretation of the status issue

within corporations. Then, the mandatory nature of the legislation would be subject to trial regarding both the purpose and objective of the law and, explicitly, the principle of protection of third parties as part of the public order. This would mean that not only the legal norm where the purpose and meaning of this legal norm does not require its mandatory nature would be considered a dispositive norm, but also the one that is not in conflict with the principle of protection of third parties as part of the public order.

Klíčová slova: *akciová společnost, dispozitivnost a kogentnost právní normy.*

Key words: *joint stock company, default rules , mandatory rules.*

Úvod

Předmětem tohoto příspěvku je zamyšlení se nad otázkou dispozitivnosti norem právní úpravy akciové společnosti obsažené především v zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích) [dále též „zákon o obchodních korporacích“ nebo „ZOK“] změněné naposled zákonem č. 33/2020 Sb. ve vztahu ke statusové otázce. Cílem tohoto příspěvku je zkoumání otázky dispozitivnosti a kogentnosti norem právní úpravy akciových společností s ohledem na statusovou otázku a následné zjištění mezí této dispozitivnosti či kogentnosti. Ukáže-li se to jako vhodné, je snahou nalézt jiná řešení přístupu k této problematice vymezením či nalezením jiných mezí přístupu k této problematice. Na otázku dispozitivnosti a kogentnosti či míry dispozitivnosti a kogentnosti celé řady jednotlivých ustanovení norem právní úpravy obchodních společností ve vztahu ke statusové otázce, akciovou společnost nevyjímaje, existují různé právní názory. To ani nemluvě o obecné otázce dispozitivnosti a kogentnosti zák. č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále též „občanský zákoník“ nebo „ObčZ“), která je rovněž předmětem odborných debat a četné odborné literatury.[1] Ambicí tohoto příspěvku tedy rozhodně není zabývat se do hloubky danou problematikou, ale přispět malým dílem do diskuze k tomuto tématu.

1. Úvod do otázky dispozitivnosti a kogentnosti právních norem

Úvodem považuji za vhodné se u některých teoretických otázek v nezbytné míře zastavit. Úvodem je třeba si vyjasnit, co se rozumí pojmy *dispozitivnosti* a *kogentnosti* norem právní úpravy. Velice stručně lze uvést, že od dispozitivních norem je možné se odchýlit, zatímco od kogentních norem to možné není,[2] byť Knapp považuje rozlišení dispozitivních a kogentních norem podle toho, zda je možno se od nich odchýlit, či dokonce jejich použití

1 Za všechny např. LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 – 654). Komentář.* 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 17–25, či MELZER, F., TÉGL, P. a kolektiv: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek – 1. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 49-66.

2 Např. MELZER, F., TÉGL, P. a kolektiv: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek – 1. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 46, dále rovněž s výhradou jisté povrchnosti tohoto O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). rozlišení i KNAPP, V.: *Právník*, č.1/1995, s. 4.

vyloučit, za velmi povrchní, i když přiznává tomuto rozlišení jistou instruktivnost. Knapp[3] sám spatřuje rozdíl mezi normou kogentní a dispozitivní v tom, cituji: „*…že obě sice z hlediska ústavněprávního platí a jsou účinné, kogentní norma však – aforisticky řečeno – svého adresáta v určité situaci k něčemu zavazuje, kdežto dispozitivní norma ve srovnatelné situaci nezavazuje nikoho k ničemu. Zavazuje ho teprve tehdy, kdy se jí v dané situaci sám podřídí, a teprve tehdy se jí (tj. k jejímu prosazení) dostane státního donucení.*“ Tento závěr je jistě správný a úplný, nicméně pro účely tohoto příspěvku postačuje obecný závěr, že dispozitivní norma je taková norma, od které se lze v důsledku autonomie subjektu odchýlit, zatímco kogentní norma je ta, kde možnost od normy dána není. Zde si dovoluji upozornit na teorii[4], která má ještě jemnější rozlišení kogentních norem, kdy rozlišuje mezi *absolutně kogentním právem* vůbec nepřipouštějícím jakoukoli autonomii vůle jednajícího subjektu a *relativně kogentním právem*, u kterého jde – jak uvádí Eliáš[5] - o kogentní právo, vylučující autonomii vůle zákazem odchylky. Toto rozlišení relativně a absolutně kogentních norem však zde nebude bráno v potaz.

Zajímavé je, že v teorii není úplná shoda v tom, co má být předmětem dispozitivnosti a kogentnosti. Tak Knapp[6] uvádí, *„… že kogentně nebo dispozitivně může být upraveno cokoli, co právo upravuje, tj. především lidské chování stricto sensu, ale i vlastnost subjektu (např. zletilost), předmět (např. věc v právním smyslu, věc movitá atd.), forma právního úkonu, lhůta atd.“* Tégl[7] naopak uvádí, že je třeba rozlišovat mezi právními normami a ustanoveními zákona, přičemž dovozuje, že povaha dispozitivnosti či kogentnosti jako její vlastnosti se váže k normě jako pravidlu chování. Tégl[8] si je současně vědom toho, že existují ustanovení zákona, která neobsahují pravidla chování, a uvádí, že např. u legálních definic vymezujících pojmy nemá vůbec smysl hovořit o jejich dispozitivnosti či kogentnosti. Celou diskuzi pak částečně shrnul Eliáš[9], když uvedl, že kategorické soudy o tom nutně selhávají, nicméně vyjevil názor, že ve směru problematiky právní regulace vázající se k otázce svobody člověka právně relevantně projevit vůli a tímto vyvolat chtěné právní následky „*mají význam i ta zákonná ustanovení, která se nedotýkají lidského chování stricto sensu, ale také jen nepřímo*“. Všechny tyto aspekty jasně ukazují, jak je otázka dispozitivnosti a kogentnosti právních norem komplikovaná. Osobně se domnívám, že sice považuji dispozitivnost a kogentnost za vlastnost právních norem, nicméně vidím hranici ve shodě s Eliášem[10] jako neostrou, neboť jsem přesvědčen o tom, že i definice pojmů v právní úpravě mají v principu kogentní povahu.

Z hlediska nedávné historie je třeba konstatovat, že zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále též „obchodní zákoník“ nebo „ObchZ“), neupravoval ve vztahu k právní úpravě

3 KNAPP, V.: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*, č.1/1995, s. 5.

4 ELIÁŠ, K.: K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Sborník mezinárodní konference XXIII. Karlovarské právnické dny.* Praha: Leges, 2015, s. 57.

5 ELIÁŠ, K.: K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Sborník mezinárodní konference XXIII. Karlovarské právnické dny*. Praha: Leges, 2015, s. 57.

6 KNAPP, V.: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*, č.1/1995, s. 5.

7 TÉGL, P. in MELZER, F., TÉGL, P. a kolektiv: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek – 1. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 50.

8 TÉGL, P. in MELZER, F., TÉGL, P. a kolektiv: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek – 1. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 50.

9 ELIÁŠ, K.: K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Sborník mezinárodní konference XXIII. Karlovarské právnické dny.* Praha: Leges, 2015, s. 56 a 57.

10 ELIÁŠ, K.: K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Sborník mezinárodní konference XXIII. Karlovarské právnické dny.* Praha: Leges, 2015, s. 56.

obchodních společností obecné pravidlo ohledně dispozitivnosti či kogentnosti těchto norem. Obecné pravidlo ve vztahu k dispozitivnosti či kogentnosti právních norem obsahoval pouze zák. č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále též „starý občanský zákoník“ nebo „OZ“), kdy ustanovení § 2 odst. 3 OZ normovalo, že „*(ú)častníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení*[11] *zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.*“ Tato úprava se pak použila i na obchodní zákoník. Tehdejší teorie vycházela z toho, že právní úprava obchodních společností je koncipována jako právní úprava víceméně kogentní, kde odchylky byly připuštěny, pokud to zákon stanovil výslovně. Tak konkrétně např. Plíva[12] uváděl, že „*(P)ro aplikaci ustanovení obchodního zákoníku má velký význam právní povaha jeho jednotlivých ustanovení. Jde o otázku, zda a v jakém rozsahu mohou osoby, na které se obchodní zákoník vztahuje, svými projevy vůle působnost jeho ustanovení vyloučit. Obecně taková možnost obchodním zákoníkem dána není.*“ Plíva[13] v této souvislosti konstatuje, že dispozitivním není část druhá obchodního zákoníku. Méně paušálně se ve vztahu k druhé části obchodního zákoníku k otázce kogentnosti vyjadřuje Dědič[14], když ten rovněž konstatuje absenci právní úpravy, která by vymezovala kogentní normy, a opět shodně uvádí, že je třeba vycházet z ustanovení § 2 odst. 3 OZ. To jej ale vede k závěru, že bude třeba posuzovat kogentnost a dispozitivnost právní úpravy mj. obchodních společností ve vztahu ke každé jednotlivé normě ve smyslu ustanovení § 2 odst. 3 OZ, neboť se tato právní úprava převážně dotýká i práv třetích osob. Názory o převažující kogentnosti norem právní úpravy obchodních společností v obchodním zákoníku pak vedly k tomu, že residua tohoto přístupu v praxi přetrvávají dodnes, viz např. diskuze nad možností ustavovat více statutárních ředitelů akciové společnosti[15].

Co se týká aktuální právní úpravy, je třeba uvést, že základní ústavní rámec dispozitivnosti dává čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, dle něhož každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Kromě tohoto ústavního rámce je zcela zásadním ustanovení § 1 odst. 2 ObčZ, jako tzv. generální klauzule[16], které normuje následující: „*Nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.*“ Výslovný zákaz blíže vysvětluje již důvodová zpráva k občanskému zákoníku[17], kdy ta uvádí, že byl opuštěn odkaz na povahu ustanovení obsažený v předchozí právní úpravě občanského zákoníku v ustanovení § 2 odst. 3 OZ, neboť ta vedla často k neodůvodněným závěrům o kogentnosti daného ustanovení. Ustanovení § 1 odst. 2 ObčZ normuje v důvodové zprávě nevyslovenou zásadu, že „*(t)am, kde není výslovný zákonný zákaz, je ujednání odchylky od zákona přípustné, ledaže se tím poruší dobré mravy, veřejný*

11 K pojmu "povaha ustanovení" viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17.3. 2005, sp. zn. 33 Odo 111/2003.

12 PLÍVA, S. in ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S. TOMSA, M. a kol.: *Obchodní zákoník. Komentář. 11. vydání.* Praha: C.H. Beck, 2006, s. 2.

13 PLÍVA, S. in ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. a kol.: *Obchodní zákoník. Komentář. 11. vydání.* Praha: C.H. Beck, 2006, s. 3.

14 DĚDIČ, J. in DĚDIČ, J. a kol.: *Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., § 1 – 92e.* Praha: Nakladatelství POLYGON, 2002, s. 25.

15 ŠUK, P. Kogentnost a dispozitivita korporátního práva – hledání hranic. *Ad Notam*, č. 3/2019, s. 8, publikovaný rovněž ve *Sborníku mezinárodní konference XXVII. Karlovarské právnické dny*. Praha: Leges, 2019, s. 512–531, připouští pluralitu statutárních ředitelů, opačného názoru jsou např. DĚDIČ, J., LASÁK, J. in DĚDIČ, J., LASÁK, J. Monistický systém řízení akciové společnosti: výkladové otazníky (2. část). *Obchodněprávní revue*, č. 4/2013, s. 97–105.

16 MELZER, F.: Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku. *Právní rozhledy*, č. 7/2013, s. 255.

17 Důvodová zpráva k občanskému zákoníku, Sněmovní tisk Parlamentu ČR č. 362, VI. volební období, 2011, s. 584.

pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti". Důvodová zpráva k občanskému zákoníku[18] uvádí způsoby vyjádření tohoto zákazu, a to buď výslovnou formulací slovy „*zakazuje se*", nebo výslovným stanovením důsledku odklonu od kogentního ustanovení poukazem na neplatnost ujednání nebo stanovením, že se k závadnému ujednání nepřihlíží. Byť uvedené ustanovení § 1 odst. 2 ObčZ za středníkem vyvolává dojem, že se jedná o vymezení dispozitivnosti a kogentnosti norem, není tomu tak, protože toto zákonné ustanovení nic o dispozitivnosti a kogentnosti norem neříká. Uvedené ustanovení za středníkem se pouze vztahuje k ujednáním osob a k tomu, zda od zákonných ustanovení odchylující se ujednání osob neporušuje veřejný pořádek, dobré mravy či právo týkající se postavení osob.

Inspirační zdroj ustanovení § 1 odst. 2 ObčZ je i ve švýcarské právní úpravě, jak ostatně uvádí i důvodová zpráva k občanskému zákoníku[19] i literatura[20]. Ustanovení čl. 19 odst. 2 švýcarského obligačního zákona (část pátá občanského zákoníku)[21] uvádí, že zákon vylučuje dohodu stran odchylující se od zákonných příkazů, pokud by odchylka od jejich textu byla v rozporu s morálkou (mravy), veřejným pořádkem nebo osobnostními právy (právy spojenými s osobností)[22], aniž by řešil následky uvedeného porušení. Uvedený čl. 19 odst. 2 švýcarského obligačního zákona dle Pelikánové a Pelikána[23] „…. *nehovoří o ustanoveních, která výslovně zakazují odchylku (jako věta před středníkem komentovaného ustanovení* – pozn: jde o odkaz na § 1 odst. 2 ObčZ), *ale o pravidlech (regle de droit strict, unabänderliche Vorschrift), od nichž se nelze odchýlit. Toto pravidlo tak kogentnost norem v originále nevymezuje, jen na ni odkazuje.*" Formulace úpravy ustanovení § 1 odst. 2 ObčZ je jiné než uvedená švýcarská úprava[24]. K tomu Pelikánová a Pelikán[25] uvádějí, že „*d(D)ůvodová zpráva ukazuje, že taková revoluční změna nebyla zamýšlena a jde skutečně jen o formulační chybu*." Jak uvádějí Havel s Ronovskou[26], na koncepci respektující širokou autonomii vůle navázal také zákon o obchodních korporacích.

18 Důvodová zpráva k občanskému zákoníku, Sněmovní tisk Parlamentu ČR č. 362, VI. volební období, 2011, s. 584.

19 Důvodová zpráva k občanskému zákoníku, Sněmovní tisk Parlamentu ČR č. 362, VI. volební období, 2011, s. 578.

20 Např. HAVEL, B.: Úvahy je statusovým limitům smluvní podstaty korporace. Právný obzor, č. 4/2014 s. 378 a 378, či ELIÁŠ, K.: K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Sborník mezinárodní konference XXIII. Karlovarské právnické dny*. Praha: Leges, 2015, s. 59.

21 Code des obligations ze dne 30.03. 1911.

22 Čl. 19 odst. 2 švýcarského obligačního zákona zní v originále takto: *„La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux moeurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité."*

23 PELIKÁNOVÁ, I., PELIKÁN, P. in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J.: *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I. (§ 1 až 654, obecná část)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 15.

24 HAVEL, B.: O kogentnosti, vypořádání újmy a ručení vlivné osoby ve světle nového soukromého práva. *Obchodněprávní revue*, č. 1/2013, s. 14.

25 PELIKÁNOVÁ, I., PELIKÁN, P. in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J.: *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I. (§ 1 až 654, obecná část)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 15.

26 RONOVSKÁ, K., HAVEL, B.: Kogentnost úpravy právnických osob a její autonomií vůle, nebo vice versa? *Obchodněprávní revue*, č. 2/2016, s. 38.

2. Statusové otázky, akciová společnost a její limity

K omezení vůle jednajících může dojít např. z důvodu ochrany právního postavení osob (tzv. statusu). Jak uvádějí Melzer a Tégl[27], normy, které upravují osobní status osob, jsou typicky právními normami, které chrání veřejný pořádek. Statusovou otázku vymezil i Nejvyšší soud ČR (dále též „NS")[28], když uvedl, že mezi statusové otázky patří např. vymezení jednotlivých orgánů obchodních korporací a jejich působnosti, rozhodování orgánů (tj. zejména svolání, usnášeníschopnosti, hlasovacích většin, osvědčování rozhodnutí veřejnou listinou). I po stanovisku Nejvyššího soudu diskuze nad statusovou otázkou nepolevila. Právní teorie nenašla shodu v tom, jak široké je vymezení této oblasti[29]. Eichlerová[30] má za to, že je třeba za statusovou otázku pokládat vše to, „*co souvisí se základní charakteristikou obchodní korporace a s její organizační strukturou*", na druhou stranu je třeba k ní řadit „*jen ty základní znaky obchodní korporace, které ji odlišují od ostatních forem a bez jejichž naplnění bychom již nemohli uvažovat o tom, že jde o konkrétní formu obchodní korporace.*"

V principu je shoda, že za statusovou otázku obchodních korporací se považuje i vymezení orgánů obchodních korporací, tak např. Pelikán[31] ve vztahu k vnitřnímu vymezení orgánů korporací uvádí, že zakladatelům nepřísluší modifikovat základní organizační strukturu obchodních korporací. Tento názor odůvodňuje veřejným pořádkem, neboť by mohly vzniknout právní formy, se kterými zákonodárce nepočítal, a jednak by mohlo dojít k porušení práv třetích osob, zejména věřitelů, ale i společníků, které jsou touto dělnou mocí v korporaci lépe chráněny. S těmito předestřenými závěry lze souhlasit, včetně argumentace uvedené v daném článku.

Melzer a Tégl[32] rovněž uvádějí, že mezi statusové věci týkající se právnických osob náleží vnitřní struktura orgánů právnických osob, jejich působnost a pravidla jednání. Stejně tak Pelikán a Pelikánová[33] za status považují „*zřejmě i ustanovení určující vnitřní právní uspořádání jednotlivých forem právnických osob*".

Mezi statusové otázky řadí Hurdík[34] s odkazem na Melzera a Tégla[35] u právnických osob zákonem stanovenou typovou vnitřní strukturu orgánů, která v sobě zahrnuje „*společné typové zákonné organizační znaky právnické osoby stanovící jejich minimální předpoklady existence organizační struktury jako samostatného subjektu práva*."

---

27 TÉGL, P. in MELZER, F., TÉGL, P. a kolektiv: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek – 1. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 161.

28 Stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyšší soud ČR ze dne 13.01. 2016, sp. zn. Cpjn 204/2015.

29 Např. HURYCHOVÁ, K.: Schvalování odměn členů řídících orgánů akciových společností. *Obchodněprávní revue*, č. 11–12/2016, s. 308, EICHLEROVÁ, K.: *Může být jednatel ustanoven do funkce jinak než valnou hromadou?* in BEJČEK, J., ŠILHÁN, J., VALDANS, J. (eds). Dny práva 2015 Část I. – Zákonná regulace vs. Smluvní úprava? Brno: AUB, s. 42, HAVEL, B.: Úvahy je statusovým limitům smluvní podstaty korporace. *Právný obzor*, č. 4/2014 s. 378, HURDÍK, J.: Kogentnost a dispozitivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech. *Právní rozhledy*, č.7/2014, s. 231.

30 EICHLEROVÁ, K.: *Může být jednatel ustanoven do funkce jinak než valnou hromadou?* in BEJČEK, J., ŠILHÁN, J., VALDANS, J. (eds). Dny práva 2015 Část I. – Zákonná regulace vs. Smluvní úprava? Brno: AUB, s. 42.

31 PELIKÁN, R.: Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue*, č. 9/2012, s. 248.

32 TÉGL, P. in MELZER, F., TÉGL, P. a kolektiv: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek – 1. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 63.

33 PELIKÁNOVÁ, I., PELIKÁN, P. in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J.: *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I. (§ 1 až 654, obecná část)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 16.

34 HURDÍK, J.: Kogentnost a dispozitivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech. *Právní rozhledy*, č.7/2014, s. 231.

35 TÉGL, P. in MELZER, F., TÉGL, P. a kolektiv: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek – 1. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 63.

Havel[36] ve vztahu k obchodním korporacím jako statusovou otázku vymezuje mj. minimální pravidla vnitřní organizace a zpravidla také základní působnost jejich orgánů. Havel pak spatřuje základ pro úvahu o kogentnosti pravidel pro právnické osoby poměřování principu autonomie vůle s veřejným zájmem na „*existenci pravidel vymezujících existenci a fungování právnických osob*".

Podstatně podrobněji se statusovými otázkami zabýval Eliáš[37], který vymezuje okruh statusových otázek právnických osob. Mimo jiné zařazuje mezi statusové otázky také určení, kdo je statutárním orgánem právnické osoby, a jak se vytváří, s výjimkou případů, kdy je toto určení ponecháno na autonomii vůle zakladatelů. Zdůrazňuje dále s odkazem na Štenglovou, Havla a Kuhna[38], že je třeba zohlednit při posuzování regulace vnitřní struktury obchodní korporace ochranu těch, kteří mají v konkrétních případech informační deficit.

Eichlerová[39] se přiklání k užšímu pojetí statusové otázky, tedy že mezi statusové otázky patří pouze základní otázky, které se týkají orgánů obchodních korporací, jejich působnosti a rozhodování.

Ronovská s Havlem[40] vytvořili dokonce „*matici kogentnosti*". V rámci této matice kogentnosti zařadili mezi kogentní ta ustanovení, která upravují „*stěžejní minimální kompetenční strukturu povinných orgánů právnické osoby s účelem zachování předpokládaného odlišení statutárních a jiných orgánů právnické osoby*". Současně se oba autoři domnívají, že tato matice musí projít testem funkcionality konkrétní právnické osoby a smyslem a účelem konkrétního pravidla.

Hurychová[41] vychází z užšího pojetí statusové otázky, který je postaven na autonomii vůle, a závěrem shrnuje, že s ohledem na princip autonomie vůle mohou akcionáři delegovat působnost ke schvalování smlouvy o výkonu funkce členů představenstva dle své vůle na jiný orgán společnosti.

Šuk[42] konstatuje, že vymezení orgánů, které musí právnická osoba zřizovat, spadá mezi statusové otázky. Současně upřesňuje, že vymezením orgánů rozumí „*nejen určení jejich názvu, ale také úpravu toho, jak a kým se tyto orgány obsazují, jak tyto orgány rozhodují a jaká je jejich působnost.*" Šuk pak upozorňuje, že to samozřejmě neznamená, že vše, o čem tyto orgány rozhodují, patří do působnosti práva upravujícího postavení osob. Naopak dospívá k závěru, že značná část působnosti orgánů není upravena tímto právem týkajícím se postavení osob, jako např. schvalování účetní závěrky. K tomu dodává, že i když vymezení obligatorně zřizovaných orgánů právnických osob považuje za součást statusové úpravy, připouští, že se od úpravy odchýlit lze, neboť ustanovení § 1 odst. 2 část věty za středníkem

36 HAVEL, B.: Úvahy je statusovým limitům smluvní podstaty korporace. *Právný obzor*, č. 4/2014 s. 379 a 380.

37 ELIÁŠ, K.: K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Sborník mezinárodní konference XXIII. Karlovarské právnické dny.* Praha: Leges, 2015, s. 79 a násl.

38 ŠTENGLOVÁ, I., HAVEL, B. a KUHN, P. in ŠTENGLOVÁ, I., HAVEL, B., CILEČEK, F., KUHN, P., ŠUK, P.: *Zákon o obchodních korporacích. Komentář.* 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2013, s. 4.

39 EICHLEROVÁ, K.: *Může být jednatel ustanoven do funkce jinak než valnou hromadou?* in BEJČEK, J., ŠILHÁN, J., VALDANS, J. (eds). Dny práva 2015 Část I. – Zákonná regulace vs. Smluvní úprava? Brno: AUB, s. 46.

40 RONOVSKÁ, K., HAVEL, B.: Kogentnost úpravy právnických osob a její autonomií vůle, nebo vice versa? *Obchodněprávní revue,* č. 2/2016, s. 38.

41 HURYCHOVÁ, K.: Schvalování odměn členů řídících orgánů akciových společností. *Obchodněprávní revue*, č. 11–12/2016, s. 310 a 311.

42 ŠUK, P.: Kogentnost a dispozitivita korporátního práva – hledání hranic. *Ad Notam*, č. 3/2019, s. 6 a 7.

ObčZ nezakazuje *„jakákoliv jednání odchylujících se od právních norem spadajících do práva týkajícího se postavení osob, ale pouze ujednání tyto právní normy porušující. Přitom platí, že ne každé odchýlení lze bez dalšího kvalifikovat jako porušení“*.

Jak vyplývá z předchozích předestřených názorů, lze tedy shrnout, že existuje shoda v široké odborné veřejnosti na tom, že existence a konstrukce orgánů právnických osob je statusovou otázkou, což lze vztáhnout na právní úpravu orgánů akciové společnosti. Jak plasticky ukázaly předchozí zde přednesené názory na to, zda právní úprava působnosti orgánů právnických osob, a to včetně obchodních korporací, je statusovou otázkou, která je kogentní, či nikoliv, existují dvě základní skupiny názorů. Zjednodušeně řečeno, první názor vychází z širšího pojetí statusové otázky, tedy z toho, že právní úprava působnosti orgánů obchodní korporace jako taková je celá statusovou otázkou, která je kogentní s výjimkou případů, kdy zákon výslovně umožňuje odchylku. Druhý názor – opět zjednodušeně – vychází z toho, že je třeba pojem statusu vykládat úžeji, neboť veškerá působnost orgánu právnické osoby (včetně obchodní korporace) není automaticky kogentní povahy ale je jí třeba testovat smyslem a účelem právní normy.

Po výše uvedených proběhlých teoretických diskuzích se nepřímo s ohledem na skutečnost, že statusové otázky jsou součástí veřejného pořádku, k této otázce vyjádřil i Nejvyšší soud ČR v rozsudku ze dne 10.06. 2020, sp. zn. 31 ICdo 36/2020 týkajícího se formy právních jednání. V tomto rozsudku, ve kterém v rozporu s dosavadní judikaturou[43] NS jinak interpretoval adjektivum *„zjevně“*[44], uvedl, že ne každé odchýlení se právní normy chránící veřejný pořádek lze bez dalšího kvalifikovat jako její porušení, resp. jako narušení veřejného pořádku. Za postižené absolutní neplatností pak soud považuje takové porušení veřejného pořádku, které je ve smyslu ustanovení § 588 věty první ObčZ nepochybné. Soud dále zdůraznil, že zakázaná jsou dle ustanovení § 1 odst. 2, části věty před středníkem ObčZ pouze taková ujednání, která odporují smyslu a účelu určité právní normy bez ohledu na to, zda tímto smyslem a účelem je ochrana veřejného pořádku, dobrých mravů či jiných – v § 1 odst. 2 ObčZ – výslovně neuvedených hodnot. Soud dále v konkrétním případě uvedl, že současně platí, že i v případě nedodržení požadavku na formu právního jednání uvedeného v ustanovení § 13 ZOK je nutné vždy posuzovat, zda s ohledem na okolnosti konkrétního případu nebyl naplněn smysl a účel právní normy.

Osobně mám za to, že je často z hlediska praktického obtížné interpretovat jasný účel a smysl právní normy, jakýsi dříve vyzývaný „úmysl zákonodárce“, neboť posouzení dané normy konkrétní osobou může vést k různým závěrům ohledně kogentnosti právní normy. Z uvedeného judikátu NS je však jasné, že vždy bude naplnění smyslu a účelu právní normy třeba testovat. Tento poněkud liberálnější přístup k právní normě ohledně testování smyslu a účelu právní normy je nepochybně posílením autonomie vůle jednajícího a je třeba ho přivítat. Jako slabinu v tomto přístupu však vidím oslabení principu právní jistoty, zejména v situaci, kdy převažuje první naznačený přístup, tedy „kogentnější“ přístup k právní úpravě orgánů obchodních společností, včetně akciové společnosti, byť judikát naznačuje požadavek na nepochybnost či jednoznačnost závěru, že k narušení veřejného pořádku došlo. Jakou mohu mít právní jistotu v tom směru, že úprava konkrétní působnosti valné hromady akciové

43 Např. usnesení NS ze dne 09.10.2018 sp. zn. 21 Cdo 2980/2018, ze dne 27.11.2018 sp. zn. 21 Cdo 2576/2018.

44 V uvedeném rozsudku soud nově interpretuje adjektivum *„zjevně“* jako jednoznačnost, nepochybnost závěru, že k narušení veřejného pořádku došlo, nikoliv jako vyšší míru intenzity takového porušení veřejného pořádku.

společnosti ve stanovách projde testem smyslu a účelu zákona a umožní mi projevit při tvorbě či úpravě stanov moji autonomii vůle? Názor opírající se o širší pojetí statusové otázky je z pohledu principu právní jistoty daleko prakticky přijatelnější a domnívám se, že je z tohoto důvodu veřejností více akceptován. Jeho nevýhodou, vztaženo k akciové společnosti, je to, že neumožňuje přizpůsobení se právních poměrů situaci v konkrétní akciové společnosti.

Přivítal bych rozšíření ještě třetí možnosti výkladu, vycházejícího z užšího pojetí statusové otázky v režimu obchodních společností s tím, že by se kogentnost právní úpravy testovala nejen smyslem a účelem zákona, ale i explicitně principem ochrany třetích osob jako součásti veřejného pořádku, tedy, že by se za dispozitivní normu považovala nejen ta právní norma, kde účel a smysl této právní normy nevyžaduje její kogentnost, ale i ta, která není v rozporu s principem ochrany třetích osob jako součásti veřejného pořádku. Jako příklad bych uvedl ustanovení § 421 odst. 1 písm. f) ZOK, dle něhož je v působnosti valné hromady volba a odvolání členů jiných orgánů společnosti určených stanovami. Budeme-li vycházet z užšího pojetí statusové otázky, stanovy by mohly určit, že členy jiných orgánů společnosti volí a odvolává jiný orgán než valná hromada, popř. že mohou být vydány akcie s vysílacím právem akcionáře umožňujícím mu vysílat do těchto fakultativních orgánů jejich člena či členy. Proč by však v tomto případě měla být omezena autonomie vůle akcionářů znemožňující konstruovat úpravou stanov tvorbu fakultativních orgánů dle jejich potřeby? Důvod omezení jejich autonomie vůle zde nenalézám, a ani to nevyžaduje ochrana třetích osob.

Závěr

Závěrem ke statusové otázce a její kogentnosti si dovoluji konstatovat, že by bylo vhodné při případných dalších změnách právní úpravy soukromého práva zvolit takové legislativní řešení, alespoň na úrovni právní úpravy obchodních korporací, které by jasně upravilo s ohledem na právní jistotu třetích osob princip, kterým by se měla statusová otázka obchodních korporací řídit, tedy zda je právní úprava statusové otázky akciových společností v zásadě kogentní, *„neurčí-li stanovy jinak“*, nebo kogentní pouze v případě, že to vyžaduje smysl a účel právní normy.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] BEJČEK, J. ŠILHÁN, J. VALDANS, J. (eds).: *Dny práva 2015 Část I. – Zákonná regulace vs. Smluvní úprava?* Brno: AUB, s. 42, 46, 47 a 49, ISBN: 978-80-210-8192-5.

[2] *Code des obligations* ze dne 30. 03. 1911.

[3] DĚDIČ, J. a kol.: *Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., § 1 – 92e.* Praha: Nakladatelství POLYGON, 2002, s. 25, ISBN: 80-7273-071-1.

[4] DĚDIČ, J. LASÁK, J.: Monistický systém řízení akciové společnosti: výkladové otazníky (2. část). *Obchodněprávní revue*, č. 4/2013, s. 97-105, ISSN: 1803-6554.

[5] Důvodová zpráva k občanskému zákoníku, Sněmovní tisk Parlamentu ČR č. 362, VI. volební období, 2011, s. 584.

[6] Důvodová zpráva k zákonu o obchodních korporacích.

[7] ELIÁŠ, K.: K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Sborník mezinárodní konference XXIII. Karlovarské právnické dny*. Praha: Leges, 2015, s. 57, ISBN: 978-80-7502-078-9.

[8] HAVEL, B.: O kogentnosti, vypořádání újmy a ručení vlivné osoby ve světle nového soukromého práva. *Obchodněprávní revue*, č. 1/2013, s. 14, ISSN: 1803-6554.

[9] HAVEL, B.: Úvahy je statusovým limitům smluvní podstaty korporace. *Právný obzor*, č. 4/2014, s. 378, ISSN: 0032-6984.

[10] HURDÍK, J.: Kogentnost a dispozitivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech. *Právní rozhledy*, č.7/2014, s. 231, ISSN: 1210-6410.

[11] HURYCHOVÁ, K.: Schvalování odměn členů řídících orgánů akciových společností. *Obchodněprávní revue*, č. 11–12/2016, s. 308, ISSN: 1803-6554.

[12] KNAPP, V.: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*, č.1/1995, s. 4, ISSN: 0231-6625.

[13] LAVICKÝ, P. a kol.: *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1 – 654). Komentář.* 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2014, ISBN: s. 17-25, 978-80-7400-529-9.

[14] MELZER, F. TÉGL, P. kol.: *Občanský zákoník – velký komentář.* svazek I. Praha: Leges, 2013, s. 49-66, ISBN: 978-80-87576-73-1.

[15] PELIKÁN, R.: Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích. *Obchodněprávní revue*, č. 9/2012, s. 248, 1803-6554.

[16] PLÍVA, S. in ŠTENGLOVÁ, I. PLÍVA, S. TOMSA, M. a kol.: *Obchodní zákoník. Komentář. 11. vydání.* Praha: C.H. Beck, 2006, s. 3, ISBN: 80-7179-487-2.

[17] RONOVSKÁ, K. HAVEL, B.: Kogentnost úpravy právnických osob a její autonomií vůle, nebo vice versa? *Obchodněprávní revue*, č. 2/2016, s. 33, 1803-6554.

[18] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17.3. 2005, sp. zn. 33 Odo 111/2003.

[19] Stanovisko občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyšší soud ČR ze dne 13.01. 2016, sp. zn. Cpjn 204/2015.

[20] ŠUK, P.: Kogentnost a dispozitivita korporátního práva – hledání hranic. *Ad Notam*, č. 3/2019, s. 8, publikovaný rovněž ve *Sborníku mezinárodní konference XXVII. Karlovarské právnické dny*. Praha: Leges, 2019, s. 512–531, ISSN: 1211-0558.

[21] ŠVESTKA, J. DVOŘÁK, J. FIALA, J.: *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I. (§ 1 – 654, obecná část).* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 15, ISBN: 978-80-7478-370-8.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Radim Kříž, Ph.D.
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
rkriz@expandia.com

Martin Kubinec martin.kubinec@umb.sk

OBCHODNÁ SPOLOČNOSŤ V KRÍZE (NIELEN) AKO PRÁVNY TRANSPLANTÁT V SLOVENSKOM PRÁVE

BUSINESS COMPANY IN CRISIS (NOT ONLY) AS A LEGAL TRANSPLANTATE IN SLOVAK LAW

Abstrakt: Príspevok je venovaný problematike obchodnej spoločnosti v kríze, ktorá bola do slovenského právneho poriadku zavedená zákonom č. 87/2015 Z. z. s účinnosťou od 1. januára 2016. Právnym dôsledkom krízy spoločnosti je dočasná rekvalifikácia cudzích zdrojov financovania spoločnosti, ktoré jej poskytli tzv. spriaznení veritelia počas krízy, na vlastné zdroje financovania, a to len na obdobie krízy spoločnosti. Obchodný zákonník zakazuje vrátenie týchto zdrojov financovania v prospech spriaznených veriteľov a pre prípad porušenia tohto zákonného zákazu zakotvuje zákonné ručenie členov štatutárnych orgánov spoločnosti.

Abstract: The subject matter of the paper is the problem of a business company in crisis, implemented into the Slovak law system by the Act no. 87/2015 Coll. with effect from 1 January 2016. The legal consequences of the company in crisis include the temporary reclassification of external financial resources of the company provided by the related creditors during the crisis to its internal financial resources, which is valid only for the period of the crisis. The restitution of the financial resources for the benefit of related creditors is prohibited by the Commercial Code, which further anchors the legal liability of members of the company's statutory bodies in the event of a breach of this statutory prohibition.

Kľúčové slová: *obchodná spoločnosť, kríza, úpadok, veriteľ, dlžník, vlastné imanie, konkurz, reštrukturalizácia.*

Key words: *business company, crisis, bankruptcy, creditor, debtor, equity, bankruptcy, restructuring.*

1. Právna úprava spoločnosti v kríze a jej ciele

Cieľom príspevku je poskytnúť základný (s ohľadom na jeho obmedzený rozsah) rozbor inštitútu obchodnej spoločnosti v kríze a poukázať na jeho pozitíva, no najmä zásadné nedostatky, ktoré si budú, pravdepodobne, výhľadovo vyžadovať koncepčné legislatívne zmeny v slovenskom Obchodnom zákonníku.

Ustanovenia o spoločnosti v kríze (§ 67a až 67j OBZ) sú súčasťou Obchodného zákonníka s účinnosťou od 1. januára 2016. Zákonodarca v tejto súvislosti vychádzal potreby

posilnenia zákonnej ochrany práv veriteľov obchodných spoločností v hmotno-právnom, ako aj v procesno-právnom ponímaní, s čím je potom spojená aj potreba sprísňovania zodpovednostných inštrumentov voči podnikateľom všeobecne, a v prípade kapitálových obchodných spoločností najmä voči ich štatutárnym orgánom, ktorí nesú kľúčovú zodpovednosť za obchodné vedenie a preto aj výkon ich podnikateľskej činnosti, pri rešpektovaní práv a právom chránených záujmov ostatných účastníkov právnych vzťahov.

Predovšetkým pri kapitálových právnych formách obchodných spoločností (ktorých sa, napokon, ustanovenia o kríze výlučne týkajú – § 67i ods. 1 OBZ)[1] sa totiž najvýraznejšie prejavuje zahalenie tzv. korporačným závojom *(corporate veil)*, ktorý oddeľuje právnu subjektivitu obchodnej spoločnosti od právnej subjektivity jej spoločníkov. K tomu pristupuje informačná asymetria medzi spoločnosťou, jej spoločníkmi a veriteľmi, ktorá spoločne s mnohými ďalšími faktormi obmedzuje, či nezriedka prakticky eliminuje uspokojenie pohľadávok predovšetkým tzv. nezabezpečených nespriaznených veriteľov, ktorým je potrebné poskytnúť širšiu zákonnú ochranu, zohľadniac pritom akceptovateľnú mieru podnikateľského rizika.

Inštitút krízy spoločnosti nie je obsahovo a ani pojmovo produktom slovenskej legislatívy, jeho vznik treba hľadať v nemeckej judikatúre[2] a v konkrétnom legislatívnom premietnutí v rakúskom Zákone o zachovaní vlastného kapitálu (EKEG); pričom práve EKEG sa stal inšpiráciou pre slovenskú normotvorbu pri spracovaní novely Obchodného zákonníka (zákona č. 87/2015 Z.z.), ktorá inštitút krízy do slovenského obchodného kódexu zakomponovala.

Východiskom pre prijatie ustanovení o spoločnosti v kríze tak bola snaha zákonodarcu posilniť právne postavenie tzv. externých (teda nespriaznených) veriteľov najmä kapitálových spoločností, pre ktoré platí doktrína oddelenia majetku spoločnosti od majetku spoločníkov, ktorá je dôsledkom oddelenej právnej subjektivity týchto právnych foriem obchodných spoločností a sprísniť zodpovednosť členov štatutárnych orgánov za výsledky obchodného vedenia týchto spoločností.

Ciele ustanovení o spoločnosti v kríze[3] možno formulovať[4] nasledovne:

- motivovať spoločníkov kapitálovej spoločnosti, aby počas krízy spoločnosti dali prednosť ekvitnému financovaniu spoločnosti pred externým financovaním cez cudzie zdroje financovania spoločnosti spriazneného charakteru;
- dočasne (na obdobie krízy spoločnosti) rekvalifikovať tzv. spriaznené cudzie zdroje financovania spoločnosti na vlastné zdroje financovania, ktoré počas krízy spoločnosti

1 Spoločnosťou v kríze podľa 67i ods. 1 OBZ môže byť len spoločnosť s ručením obmedzeným, akciová spoločnosť, jednoduchá spoločnosť na akcie a komanditná spoločnosť, ktorej komplementárom nie je žiadna fyzická osoba, čiže v zásade len kapitálové obchodné spoločnosti a čiastočne aj komanditná spoločnosť v prípade, že v nej nefiguruje žiadna fyzická osoba ako komplementár.

2 DOLNÝ, J.: Doktrína prekvalifikovania cudzích zdrojov na vlastné zdroje. Justičná revue. 2016, č. 10 v tejto súvislosti mapuje vývoj doktríny práva nahradzujúceho vlastné zdroje v Nemecku: *„Vývoj doktríny práva nahradzujúceho vlastné zdroje začal v Nemecku koncom tridsiatych rokov 19. storočia viacerými rozhodnutiami najvyššieho ...., a pokračoval po 2. svetovej vojne rozhodnutiami nemeckého Spolkového súdneho dvora, ktorý rozvíjal túto doktrínu po desaťročia. Podľa BGH je neprípustné splácanie pôžičiek spoločníkom v čase úpadku spoločnosti a poznamenáva, že s takýmito pôžičkami by sa malo zaobchádzať ako s vlastným kapitálom spoločnosti. Tento rozsudok sa podľa Lüneborga považuje za počiatky doktríny práva nahradzujúceho vlastné zdroje."*

3 Bližšie som sa tejto otázke venoval v práci: KUBINEC, M.: Základné aspekty spoločnosti v kríze. *Právní rozpravy 2019: recenzovaný zborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference oblasti práva a právních věd s podtitulem "Právní realita"*. 25. – 28. 02. 2019. 1. vyd. Hradec Králové: Magnanimitas, 2019, s. 189–200.

4 Podľa dôvodovej správy k zákonu č. 87/2015 Z.z., ktorým bol zakotvený do Obchodného zákonníka inštitút krízy

nemožno spriazneným veriteľom vrátiť, čoho dôsledkom je teda fakticky i právne otvorenie tzv. krízového moratória, ktorého obsahom je zákaz vrátenia krízových plnení spriazneným veriteľom;

- ak predsa len dôjde k nezákonnému (a teda zakázanému) vráteniu plnenia nahradzujúceho vlastné zdroje (porušenia krízového moratória), rozšíriť zodpovednosť členov štatutárneho orgánu (v širšom zmysle), a to nie len v podobe jestvujúcich zodpovednostných mechanizmov (zodpovednosť za ich vymáhanie späť v prospech spoločnosti), ale najmä v podobe inštitútu zákonného ručenia za vrátenie týchto plnení;
- zvýrazniť postavenie spoločníkov obchodných spoločností ako tzv. reziduálnych veriteľov, ktorých pohľadávky budú, resp. majú byť uspokojené až pri zániku obchodnej spoločnosti, a to či už v dôsledku rozhodnutia o jej zrušení s likvidáciou, alebo z dôvodu úpadku riešeného v konkurze alebo reštrukturalizácii.[5]

Inštitút krízy spoločnosti možno nepochybne chápať ako typický právny (legislatívny) transplantát do slovenského právneho poriadku, s ktorým v čase jeho prijatia boli spojené pomerne veľké očakávania. Tie sa však, ako ukazuje najmä slovenská súdna prax, zatiaľ nenapĺňajú.

2. Kríza obchodnej spoločnosti a jej definičné vymedzenie

Kríza obchodnej spoločnosti je negatívna ekonomicko-právna fáza existencie spoločnosti, s ktorou sú spojené pomerne výrazné právne účinky jednak voči spoločnosti samotnej, jednak voči jej štatutárnemu orgánu, voči spoločnosti spriazneným veriteľom, uvedeným v § 67c ods. 2 a 4 OBZ a napokon aj voči veriteľom spoločnosti v najširšom ponímaní.

Kríza je spôsobená nielen objektívnymi (napr. „rast úrokových sadzieb, platobná neschopnosť zákazníkov, všeobecný rast cien, vysoká konkurencia v danom odbore podnikania, vstup lacnejšej produkcie zo zahraničia“[6]), ale aj subjektívnymi (napr. zlyhania členov manažmentu spoločnosti) faktormi na strane spoločnosti, alebo trhového prostredia, v ktorom spoločnosť pôsobí, vrátane zásadnejších nadnárodných ekonomických turbulencií (napr. finančná kríza z rokov 2008 až 2010, koronakríza v roku 2020[7] a iné). Kríza spoločnosti je fakticky viazaná (obsahovo i časovo) na obdobie, v ktorom bude spoločnosť spĺňať základné krízové kritériá, uvedené v § 67a OBZ.

V úprave spoločnosti v kríze sa prejavuje veľmi úzky vzťah medzi obchodným právom, účtovníctvom a ekonomikou, pretože základné definičné vymedzenie krízy sa opiera primárne o ekonomické a účtovné ukazovatele – vlastné imanie a záväzky spoločnosti, a to tak, ako sú uvedené v účtovníctve spoločnosti. Vo všeobecnosti platí, že kapitálová obchodná spoločnosť môže financovať svoju podnikateľskú činnosť buď z vlastných zdrojov financovania (napr. nerozdelený zisk minulých rokov, vklady spoločníkov

5 ČERNÁ, S.: Majetkovoprávní samostatnost kapitálové obchodní společnosti a vybrané aspekty ochrany její věřitelů. *Právny obzor.* č. 4/2014, roč. 97, str. 335.

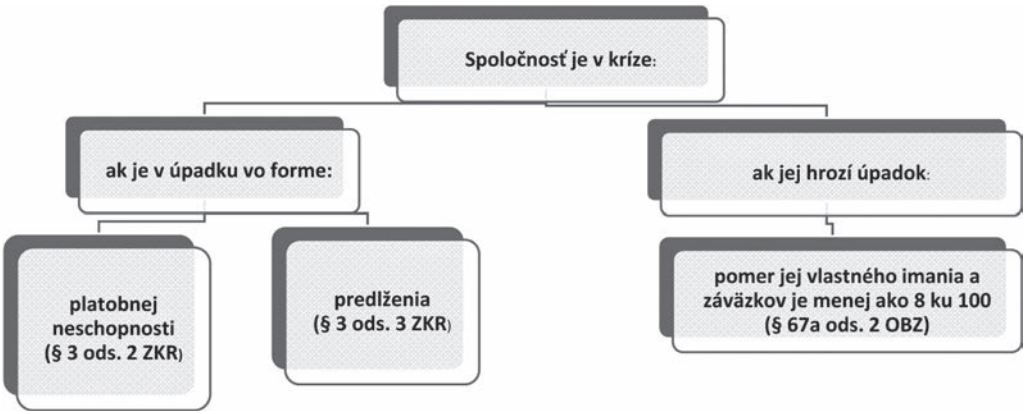
6 MAJDÚCHOVÁ, H. a kol.: *Podnikové hospodárstvo.* 1. vydanie. Bratislava, Wolters Kluwer. 2018, str. 64.

7 Pozri napr.: ĎURICA, M.: Dočasná ochrana podnikateľov a jej právne účinky. *Justičná revue: časopis pre právnu teóriu a praxi.* 2020, roč. 72, č. 6-7, s. 776-789.

(tzv. ekvita) apod.) alebo cudzích zdrojov financovania (úverové financovanie od banky; od spoločnosti spriaznených veriteľov v podobe úverov alebo pôžičiek, apod.), resp. ich vzájomnej kombinácie. Preferencia cudzích spriaznených zdrojov pri financovaní spoločnosti potom môže vyústiť aj do krízy spoločnosti.

Slovenský zákonodarca dal v prípade definičného vymedzenia krízy obchodnej spoločnosti prednosť formálno-právnym kritériám, ktoré nadväzujú na údaje, uvedené v riadnej, mimoriadnej, resp. priebežnej účtovnej závierke spoločnosti zostavenej podľa zákona č. 432/2002 Z. z. o účtovníctve.

Podľa § 67a ods. 1 OBZ je spoločnosť v kríze, ak je v úpadku alebo jej úpadok hrozí, čo možno vyjadriť graficky nasledovne:



To znamená, že do krízy na účely Obchodného zákonníka sa spoločnosť dostane buď v okamihu, keď splní podmienky úpadku v zmysle Zákona o konkurze a reštrukturalizácii alebo v okamihu, keď jej úpadok začne hroziť podľa Obchodného zákonníka (§ 67a ods. 2 OBZ).

Vzhľadom na vyššie uvedené preto platí pravidlo, že spoločnosť je v kríze *ex lege*:

a) ak je v úpadku podľa § 3 ZKR[8], alebo
b) ak jej úpadok hrozí podľa § 67a ods. 2 OBZ.

Obchodný zákonník kogentne určuje, že **spoločnosti hrozí úpadok, ak pomer jej vlastného imania a záväzkov je menej ako 8 ku 100**. Pomer vlastného imania sa zistí z účtovnej závierky spoločnosti porovnaním dvoch riadkov v rámci súvahy – hodnoty vlastného imania a hodnoty záväzkov. Tento princíp vymedzenia hrozby úpadku vychádza z obdobného ustanovenia § 2 ods. 1 rakúskeho EKEG.

Hodnota pomeru vlastného imania a záväzkov sa potom určí ako pomer hodnoty vlastného imania (to zahŕňa: základné imanie, kapitálové fondy, fondy vytvorené zo zisku, výsledok hospodárenia minulých účtovných období a výsledok hospodárenia bež-

8 Bližšie k úpadku a jeho vymedzeniu napr.: ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii.* Komentár. 3. vydanie. Praha, C. H. Beck, 2019.

ného účtovného obdobia) a hodnoty záväzkov spoločnosti a v prípade, že je výsledná hodnota nižšia ako 0,08 (8:100), možno dospieť k záveru, že spoločnosti úpadok hrozí na účely Obchodného zákonníka a preto je v kríze. V prípade, že je táto hodnota rovná alebo vyššia ako 0,08, spoločnosť nespĺňa zákonnú definíciu fázy hroziaceho úpadku na účely Obchodného zákonníka a ak už v úpadku nie je (napr. v dôsledku platobnej neschopnosti), ďalšie ustanovenia Obchodného zákonníka o spoločnosti v kríze sa jej nedotýkajú.

Ak je preto napr. hodnota vlastného imania 6 003 598 eur a hodnota záväzkov spoločnosti 545 724 679 eur, predstavuje pomer týchto hodnôt 0,01 a preto pôjde o spoločnosť v kríze, tzn. spoločnosť, ktorej hrozí úpadok, pretože ide o hodnotu nižšiu ako 0,08 (0,01 < 0,08).

3. Plnenie nahradzujúce vlastné zdroje

Pojem plnenie nahradzujúce vlastné zdroje je definične priamo a úzko spätý s krízou spoločnosti; bez väzby na krízu spoločnosti je obsahovo fakticky prázdny, hoci je definovaný v § 67c ods. 1 OBZ ako úver alebo obdobné plnenie, ktoré mu hospodársky zodpovedá.

Platí potom, že úver alebo plnenia, ktoré mu hospodársky zodpovedajú, sa vo všeobecnosti (mimo krízy spoločnosti) z účtovného hľadiska posudzujú ako cudzie zdroje financovania podniku. V prípade, že sú takéto plnenia spoločnosti poskytnuté v čase krízy zo strany osôb, uvedených v § 67c ods. 2 OBZ (zo strany tzv. spriaznených veriteľov), považujú sa zo zákona (dočasne na obdobie krízy) za plnenia nahradzujúce vlastné zdroje, čo platí aj pre plnenia poskytnuté spoločnosti pred krízou, ak ich splatnosť bola počas krízy odložená alebo predĺžená, a to napríklad dohodou medzi spoločnosťou ako dlžníkom a jej veriteľom.

Z účtovného hľadiska nie je potrebné (a v zásade ani možné) v účtovníctve spoločnosti rekvalifikovať krízové plnenia z cudzích zdrojov na vlastné zdroje financovania (nestávajú sa totiž vlastnými zdrojmi, len sa tak ponímajú – skôr právne, než účtovne); v tomto prípade totiž ide o priamu zákonnú transformáciu cudzích spriaznených zdrojov dočasného charakteru, ktorá v zásade a spravidla, po zániku účinkov krízy, *ex lege* pominie a plnenia nahradzujúce vlastné zdroje budú opätovne cudzími zdrojmi financovania majetku spoločnosti (až po kríze).[9]

O krízové plnenie pôjde len vtedy, ak bude spoločnosti poskytnuté niektorou z okruhu osôb, uvedených v § 67c ods. 2 OBZ[10] (kvalifikačne sú to v zásade spriaznení veritelia/spriaznené osoby na účely Obchodného zákonníka), u ktorých sa predpokladá, že disponujú primárne informačnou výhodou alebo (aj súčasne) takým vplyvom na spoločnosť, že môžu priamo alebo nepriamo ovplyvniť jej rozhodovanie a interné procesy.

---

9 Rovnako aj: FARKAŠ, R.: *Vlastné imanie obchodných spoločností. Účtovné aspekty.* Druhé prepracované a doplnené vydanie. Bratislava. Wolters Kluwer SR, 2018, str. 342.

10 a) člen štatutárneho orgánu, zamestnanec v priamej riadiacej pôsobnosti štatutárneho orgánu, prokurista, vedúci organizačnej zložky podniku, člen dozornej rady,

b) ten, kto má priamy alebo nepriamy podiel predstavujúci aspoň 5 % na základnom imaní spoločnosti alebo hlasovacích právach v spoločnosti alebo má možnosť uplatňovať vplyv na riadenie spoločnosti, ktorý je porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim tomuto podielu,

c) tichý spoločník,

d) osoba blízka osobám podľa písmen a), b) alebo c),

e) osoba konajúca na účet osôb podľa písmen a), b) alebo c).

4. Právne dôsledky krízy spoločnosti

Zákonná (aj keď len dočasná) rekvalifikácia plnení spriaznených veriteľov, uvedených v § 67c ods. 2, príp. 4 OBZ v prospech spoločnosti, ktoré by sa inak považovali za cudzie zdroje financovania majetku spoločnosti, na krízové plnenia a zákonný zákaz ich vrátenia v prospech jej spriaznených veriteľov počas krízy; je podstatou úpravy spoločnosti v kríze.

Ustanovenie § 67f OBZ ukladá striktný a kogentný zákaz vrátenia plnení nahradzujúcich vlastné zdroje počas krízy spoločnosti alebo ak by sa spoločnosť v dôsledku vrátenia plnenia nahradzujúceho vlastné zdroje do krízy dostala. Právnym dôsledkom porušenia zákazu vrátiť plnenie nahradzujúce vlastné zdroje je zákonná povinnosť spriazneného veriteľa (nezákonne) vrátené plnenie spoločnosti vrátiť späť (v podstate opätovne spoločnosti poskytnúť).

Táto povinnosť platí dokonca aj vtedy, keď plnenie nahradzujúce vlastné zdroje bolo spriaznenému veriteľovi vrátené započítaním podľa Občianskeho, resp. Obchodného zákonníka, exekúciou podľa Exekučného poriadku, speňažením zálohu v rámci výkonu záložného práva[11] alebo iným obdobným spôsobom (napr. zabezpečovacím prevodom práva).[12]

Povinnosti spriazneného veriteľa opätovne poskytnúť plnenie spoločnosti zodpovedá povinnosť spoločnosti plnenie nahradzujúce vlastné zdroje od spriazneného veriteľa spätne vymáhať v jej prospech. Túto povinnosť majú primárne členovia štatutárneho orgánu spoločnosti ako osoby oprávnené konať v mene spoločnosti. Ako ďalší kľúčový právny dôsledok porušenia zákazu vrátenia plnení sa javí zakotvenie zákonného ručenia členov štatutárneho orgánu spoločnosti, ktorí vykonávali funkciu v čase poskytnutia plnenia v rozpore so zákazom podľa § 67f ods. 1 OBZ, (resp. aj podľa § 67g ods. 1 OBZ), pretože títo ručia solidárne za jeho vrátenie. Spolu s nimi solidárne ručia aj tie osoby, ktoré vykonávali funkciu člena štatutárneho orgánu v období, v ktorom spoločnosť nárok na vrátenie plnenia neuplatňovala, a o tejto povinnosti s prihliadnutím na všetky okolnosti vedeli alebo mohli vedieť (tzv. nedobromyseľní členovia štatutárneho orgánu).

Zákonodarca týmto ustanovením v zásade bezprecedentným spôsobom sprísnil zodpovednosť[13] členov štatutárnych orgánov v širšom zmysle, či skôr, presnejšie, rozšíril ju o zákonné ručenie, ktoré nemožno vylúčiť (ani dohodou, ani žiadnymi vnútornými korporačnými úkonmi), keďže ide o kogentné ustanovenie, a to v rozsahu hodnoty krízového plnenia, ktoré spoločnosť poskytla inej osobe, prípadne v hodnote plnenia, ktoré spoločnosť voči inej osobe nevymáhala.

---

11 K výkonu záložného práva pozri napr. NÉMETHOVÁ, M.: Výkon záložného práva. *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Beli Neosolii*. Banská Bystrica, Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela, 2001. str. 132–138.

12 Pozri napr.: BARANCOVÁ, A.: Zabezpečenie záväzkov prevodom práva. *Právna revue: spoločný príbeh úspešných: recenzovaný zborník*. Banská Bystrica, 2011. str. 17–23.

13 Bližšie napr.: UŠIAKOVÁ, L.: Uplatňovanie nárokov zo zodpovednosti za škodu spôsobenú štatutárnym orgánom kapitálovej spoločnosti pri výkone funkcie tretími osobami vo svojom mene a na vlastný účet – vybrané problémy. *Časopis pro právní vědu a praxi*. Brno: Masarykova univerzita, 2012.– Roč. 20, č. 4 (2012), s. 361–369.

5. Spoločnosť v kríze a slovenská aplikačná prax

Zakotvenie úpravy spoločnosti v kríze prijala slovenská podnikateľská verejnosť s pomerne veľkými výhradami. Tie boli spojené s obavami z ďalšieho sprísňovania zodpovednosti členov štatutárnych orgánov, zo znásobenia administratívnej záťaže podnikateľov, súvisiacej s potrebou pravidelného vyhodnocovania prípadnej krízy spoločnosti a na to nadväzujúcimi dodatočnými ekonomickými nákladmi. Okrem toho rozpaky vzbudzovali viaceré interpretačné otázky (napr. bezodplatné plnenia nahradzujúce vlastné zdroje a iné), spôsobené vnútornou rozpornosťou a relatívne náročnou terminologickou úrovňou právnej úpravy, ktorej navyše chýba adekvátne tradičné ukotvenie v slovenskej legislatíve, dané tým, že ide o rýdzi právny transplantát bez historických skúseností s ním.

To dokazuje, že inštitút, ktorý v zásade pozitívne funguje v zahraničnom právnom prostredí, nemusí bez ďalšieho získať rovnaký charakter a vplyv v domácom právnom poriadku a pravdepodobne svoj prínos bude hľadať podstatne dlhšie, než sa očakávalo pri jeho prenesení do slovenského Obchodného zákonníka.

Slovenská judikatúra sa predbežne s krízou spoločnosti vysporiadava najmä v súvislosti s rozhodovaním o návrhoch na vydanie neodkladného (resp. zabezpečovacieho) opatrenia, keď jedným z dôvodov na jeho vydanie má byť, podľa návrhov žalobcov, práve skutočnosť, že sa žalovaný nachádza podľa poslednej zverejnenej účtovnej závierky v kríze. Súdy sa k takémuto argumentu stavajú zatiaľ odmietavo[14] a odkazujú žalobcov skôr na ex post ochranu v podobe odporovacej žaloby.[15]

Aplikačná prax, vrátane rozhodovacej činnosti slovenských súdov, sa, ako je zrejmé, k tomuto inštitútu stavia zatiaľ veľmi rezervovane, pretože, až na niekoľko výnimiek, v dostupných zdrojoch judikatúry niet informácií o uplatňovaní zodpovednostných, resp. ručiteľských nárokov voči členom štatutárnych orgánov spoločnosti v kríze v civilných procesoch.

Dôvody tohto faktu vidím predovšetkým v absencii zmysluplnej motivácie spriaznených veriteľov spoločnosti poskytovať jej počas krízy akékoľvek plnenia, ktoré by potom niesli charakter plnení nahradzujúcich vlastné zdroje s rizikom ich nevrátenia v insolvenčných procesoch, no predovšetkým v tom, že (až na niektoré výnimky)[16] ustanovenia o spoločnosti v kríze rekvalifikujú na plnenia nahradzujúce vlastné zdroje len tie plnenia spriaznených veriteľov, ktoré boli z ich strany poskytnuté spoločnosti takmer výlučne počas krízy a nemajú žiadne signifikantné dopady na plnenia spriaznených veriteľov v prospech spoločnosti, poskytnuté pred jej krízou.

S istou dávkou zjednodušenia možno preto uzavrieť, že sa zákonná rekvalifikácia plnení spriaznených veriteľov poskytnutých v prospech spoločnosti na plnenia nahra-

---

14 Napr. uznesenie Krajského súdu v Prešove, č.k.: 6 Cob 60/2017 zo dňa 12. 9. 2017.

15 Krajský súd v Bratislave napr. konštatoval, že *„skutočnosť, že z účtovnej závierky žalovaného vyplýva záporná hodnota vlastného imania a výsledku hospodárenia sama osebe neosvedčuje dôvodnosť obavy, že exekúcia bude ohrozená, pričom akcentuje, že je potrebné okrem iného vziať do úvahy aj očakávateľné výsledky ďalšej správy majetku žalovaného, prípadne očakávateľné výsledky prevádzkovania podniku žalovaného, ktoré sa však z účtovnej závierky zistiť nedajú."* Z odôvodnenia uznesenia Krajského súdu v Bratislave, č. k.: 4 Cob 85/2016 zo dňa 19. 1. 2017.

16 Podľa § 67c ods. 1 OBZ: Úver alebo obdobné plnenie, ktoré mu hospodársky zodpovedá, poskytnuté spoločnosti v kríze, sa považuje za plnenie nahradzujúce vlastné zdroje jej financovania podľa osobitného predpisu. To platí rovnako pre plnenie poskytnuté spoločnosti pred krízou, ktorého splatnosť bola počas krízy odložená, alebo predĺžená.

dzujúce vlastné zdroje bude v zásade aktivovať len v prípadoch, keď spriaznený veriteľ takéto plnenie poskytne počas krízy nevedomky, tzn. bez vedomosti (resp. poznania) o tejto kritickej fáze spoločnosti.

Záver

Inštitút spoločnosti v kríze je ako typický právny transplantát súčasťou slovenského právneho poriadku už takmer päť rokov – od 1. januára 2016, čo možno považovať za dostatočný čas na to, aby sa ukázali aspoň základné kontúry jeho pozitívneho prínosu pre ochranu práv nezabezpečených externých veriteľov.

Právna úprava spoločnosti v kríze je relatívne náročná z hľadiska jej interpretácie, no každopádne – jedným z kľúčových nedostatkov úpravy spoločnosti v kríze je fakt, že za plnenia nahradzujúce vlastné zdroje (až na niektoré výnimky) sa považujú len také plnenia, ktoré boli spoločnosti poskytnuté zo strany spriaznených veriteľov počas jej krízy.

Kríza spoločnosti však jej spriaznených veriteľov navyše (ako ďalší kľúčový nedostatok) vo všeobecnosti nemotivuje, ale vzhľadom na jej dôsledky naopak principiálne demotivuje takéto plnenia poskytovať počas krízového stavu spoločnosti a tak bez zásadnej zmeny Obchodného zákonníka v tomto smere (zakotvenie rekvalifikácie všetkých plnení zo strany spriaznených veriteľov v prospech spoločnosti – poskytnutých aj pred krízou a aj počas krízy – na plnenia nahradzujúce vlastné zdroje na celú dobu krízy) nemožno vo všeobecnosti očakávať vyššiu frekvenciu výskytu prípadov a na ne nadväzujúcich sporov o vrátenie plnení nahradzujúcich vlastné zdroje v budúcnosti.

Inak sa dá len predpokladať, že význam tohto inštitútu bude badateľnejší prakticky len v insolvenčných procesoch (v konkurzoch, resp. reštrukturalizáciách),[17] prípadne, výnimočnejšie, v likvidácii.[18] Ide totiž o procesy, v ktorých je prevážená informačná asymetria v prospech správcu konkurznej podstaty, reštrukturalizačného správcu alebo likvidátora a je tak odstránená (aspoň čiastočne) jedna z najvýznamnejších bariér uplatňovania nárokov voči štatutárnym orgánom – absencia informácií. Navyše, práve tieto insolvenčné procesy sú a naďalej budú zrejme najčastejšími spôsobmi riešenia spoločnosti v kríze.

V tomto zmysle možno v závere hodnotiť inštitút spoločnosti v kríze ako len jeden z (veľmi malých) kamienkov mozaiky právnych inštitútov, ktoré dopĺňajú komplex právnych prostriedkov na ochranu nezabezpečených externých veriteľov. Inštitút však vychádza z naivnej predstavy zákonodarcu, že spriaznení veritelia budú mať v kríze spoločnosti záujem o jej preklenutie práve krízovým financovaním novými spriaznenými úvermi a tento logický rozpor s cieľmi, formulovanými v dôvodovej správe, nemožno vyriešiť inak, ako len koncepčnou zmenou právnej úpravy.

✪ ✪ ✪

17 VETERNÍKOVÁ, M.: Formálna reštrukturalizácia alebo neformálna reštrukturalizácia podniku dlžníka – ako sa rozhodnúť? *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. 264–270.

18 Napr. VETERNÍKOVÁ, M.: Likvidácia obchodnej spoločnosti v podmienkach Slovenskej republiky. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference.* 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2019, s. 262–268.

LITERATURA

[1] BARANCOVÁ, A.: Zabezpečenie záväzkov prevodom práva. *Právna revue: spoločný príbeh úspešných: recenzovaný zborník*. Banská Bystrica, 2011. str. 17–23.

[2] CSACH, K.: Obchodná spoločnosť v kríze. *Súkromné právo*. Bratislava, č.4/2017, s. 166–175.

[3] ČERNÁ, S.: Majetkovoprávní samostatnost kapitálové obchodní společnosti a vybrané aspekty ochrany její věřitelů. *Právny obzor*. č. 4/2014, roč. 97, str. 333–343.

[4] DOLNÝ, J.: Zmluvná vs. zákonná ochrana veriteľov s ohľadom na nové inštitúty Obchodného zákonníka. *Dny práva 2015 – Days of Law 2015*, 9. ročník, část I., Zákonná regulace v. smluvní úprava? [18. – 19. 11. 2015]. Brno, Masarykova univerzita, 2016, s. 26–40.

[5] DURAČINSKÁ, J.: Creditors protection during corporate crisis under Slovak law. *AD ALTA: journal of interdisciplinary research* (elektronický zdroj). ISSN 1804-7890. Roč. 7, č. 1 (2017), s. 31–34 [CD-ROM].

[6] DURAČINSKÁ, J.: Riadenie spoločnosti v kríze. *Bratislavské právnické fórum 2016: Riadenie a kontrola v obchodných spoločnostiach v kontexte s vývojom v práve EÚ* (elektronický zdroj). Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2016, s. 5–14;

[7] DURAČINSKÁ, J.: Plnenie nahradzujúce vlastné zdroje vs. sloboda financovania. *ACTA FACULTATIS IURIDICAE UNIVERSITATIS COMENIANAE Tomus XXXV,* č. 2/2016, s. 78–93.

[8] ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii*. Komentár. 3. vydanie. Praha, C. H. Beck, 2019.

[9] ĎURICA, M.: Dočasná ochrana podnikateľov a jej právne účinky. *Justičná revue: časopis pre právnu teóriu a praxi.* 2020, roč. 72, č. 6–7, s. 776–789.

[10] GANDŽALOVÁ, D.: Ručenie ako jeden z významných zabezpečovacích prostriedkov v právnom poriadku Slovenskej republiky. *Visegrad journal on human rights: vedecký časopis Fakulty práva Paneurópskej vysokej školy*. Právnická fakulta, Užhorodská národná univerzita. Bratislava, Užhorod – Paneurópska vysoká škola, Užhorodská národná univerzita, 2016. č. 4/1 (2016), s. 7–15.

[11] FARKAŠ, R.: *Vlastné imanie obchodných spoločností. Účtovné aspekty*. Druhé prepracované a doplnené vydanie. Bratislava. Wolters Kluwer SR, 2018.

[12] FEDORKOVÁ, K. Restructuring of a company in the Slovak and the Czech condition. *Era of science diplomacy: implementations for economics, business, management and related disciplines* (EDAMBA 2015). 21st – 23th October 2015. Bratislava: Vydavateľstvo Ekonom, 2015. s. 166–173.

[13] KMEŤOVÁ, O. FREŇÁKOVÁ, M.: Is the protection of the rights of unsecured creditors in restructuring in the present reality? *Investment management and financial innovations*. 2015, vol. 12, no. 4, s. 154–160.

[14] KUBINEC, M.: Základné aspekty spoločnosti v kríze. *Právní rozpravy 2019*, recenzovaný zborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference oblasti práva a právních věd s podtitulem „Právní realita“. 25. – 28. 2. 2019. 1. vyd. Hradec Králové: Magnanimitas, 2019, s. 189–200.

[15] MAMOJKA, M. a kol.: *Obchodný zákonník*. Veľký komentár. 1. zväzok. § 1 – § 260. 1. vydanie. EUROKODEX. Bratislava. 2016.

[16] NÉMETHOVÁ, M.: Výkon záložného práva. *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Beli Neosolii*. Banská Bystrica: Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela, 2001. str. 132–138.

[17] PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Komentár*. 4. vydanie. C. H. Beck. Bratislava. 2016.

[18] UŠIAKOVÁ, L.: Uplatňovanie nárokov zo zodpovednosti za škodu spôsobenú štatutárnym orgánom kapitálovej spoločnosti pri výkone funkcie tretími osobami vo svojom mene a na vlastný účet – vybrané problémy. *Časopis pro právní vědu a praxi*. Brno: Masarykova univerzita, 2012. Roč. 20, č. 4 (2012), s. 361–369.

[19] VETERNÍKOVÁ, M.: Formálna reštrukturalizácia alebo neformálna reštrukturalizácia podniku dlžníka – ako sa rozhodnúť? *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. 264–270.

[20] VETERNÍKOVÁ, M.: Likvidácia obchodnej spoločnosti v podmienkach Slovenskej republiky. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference* 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2019, s. 262–268.

Kontaktní adresa autora:
doc. JUDr. Martin Kubinec, Ph.D.
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica
E-mail: martin.kubinec@umb.sk

Klára Zikmundová klarka.zikmundova@seznam.cz

NEMAJETKOVÁ ÚJMA A PŘIMĚŘENÉ ZADOSTIUČINĚNÍ VE SVĚTĚ PRÁVNICKÝCH OSOB

NON-PECUNIARY LOSS AND JUST SATISFACTION IN THE WORLD OF LEGAL ENTITIES

Abstrakt: Článek pojednává o nemajetkové újmě právnických osob a přiměřeném zadostiučinění z pohledu českého právního řádu. Autorka se zabývá otázkami, zda může právnická osoba utrpět nemajetkovou újmu a čím se liší od nemajetkové újmy člověka. Pozornost je věnována zejména povaze újmy právnické osoby a přiměřenému zadostiučinění v právu proti nekalé soutěži a zásahu do základních práv právnické osoby a jeho odčinění podle Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Zjištění autorky vychází z analýzy právní úpravy a judikatury Nejvyššího soudu a Evropského soudu pro lidská práva.

Abstract: The article focuses on the non-pecuniary loss suffered by legal entities and just satisfaction from the point of view of the Czech law. The author examines whether a legal entity may suffer non-pecuniary loss and difference of such loss from the non-pecuniary loss suffered by a human. Special attention is paid to the nature of loss and just satisfaction in the law against unfair competition and interference with the fundamental rights of legal entities and its redress under the European Convention on Human Rights. The outcomes are based on an analysis of the legislation and case law of the Supreme Court and the European Court of Human Rights.

Klíčová slova: *nemajetková újma, přiměřené zadostiučinění, nekalá soutěž, právnická osoba, základní práva.*

Key words: *non-pecuniary loss, just satisfaction, unfair competition, legal entity, fundamental rights.*

Úvod

Nemajetková újma na rozdíl od škody neznamená přímou ztrátu na majetku. Nelze ji vyjádřit všeobecným ekvivalentem, nelze ji spočítat, změřit či zvážit. Přesto však může představovat podstatný zásah do práv poškozeného, mnohdy závažnější než sama újma na majetku. Projevuje se *„v těžce definovatelné sféře vnímání obtíží, nepohodlí, stresu a jiných nežádoucích účinků spojených se zásahem do základních lidských hodnot“*.[1] Nejčas-

1 VOJTEK, P.: *Škoda na přirozených právech*. In ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. et al.: *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 859–876.

těji bývá spojována s újmou na přirozených právech člověka, zejména s újmou na životě a zdraví.

V tomto článku se zaměřím na zodpovězení otázek, zda může nemajetkovou újmu utrpět právnická osoba a jak se liší nemajetková újma právnické osoby od nemajetkové újmy člověka.

Při hledání odpovědí na položené otázky budu analyzovat ustanovení českého právního řádu upravující odčinění nemajetkové újmy a ustanovení regulující hospodářskou soutěž. Následně budu empiricky zkoumat stěžejní rozhodnutí Nejvyššího soudu a Evropského soudu pro lidská práva (ESLP), která se vážou k uvedené problematice.

Odpověď na položené otázky má zásadní význam pro určení, zda lze při určení výše přiměřeného zadostiučinění právnické osobě vycházet z východisek judikovaných obecnými soudy při rozhodování o satisfakci poskytované člověku při zásahu do jeho osobnostních práv, především ve vztahu k preventivně-sankční funkci přiměřeného zadostiučinění.

1. Od újmy na přirozených právech člověka k porušení základního členského práva člena spolku závažným způsobem

Imateriální újma neznamená přímou ztrátu na majetku, neboť ji nelze vyčíslit v penězích. Může jí být bolest, stres, zármutek aj. Majetková újma, tedy škoda, je nahrazována uvedením v předešlý stav, a není-li to dobře možné, popřípadě žádá-li to poškozený, je škoda hrazena v penězích.

Nemajetková újma se na rozdíl od škody nenahrazuje, nýbrž odčiňuje. Odčiňuje se poskytnutím přiměřeného zadostiučinění, tj. satisfakcí, přičemž přednost má satisfakce morální, kterou může být např. omluva. V úvahu však připadá i satisfakce materiální, tedy peněžitá, nezajistí-li se jiný způsob a také způsob skutečného a dostatečně účinného odčinění způsobené újmy (srov. § 2951 odst. 2 OZ).

Nemajetková újma se však odčiňuje, jen stanoví-li tak zákon nebo bylo-li to ujednáno. Podle Bezoušky zákon stanoví povinnost odčinit nemajetkovou újmu v následujících případech: protiprávní zásah do přirozených práv člověka, poškození věci ze svévole nebo škodolibosti, reflexní újma sekundárních obětí, újma za narušení dovolené a porušení základních členských práv člena spolku závažným způsobem.[2]

Může se v uvedených případech jednat o nemajetkovou újmu právnické osoby, nebo jen výhradně člověka? Pokud jde o odčinění nemajetkové újmy způsobené v důsledku zásahu do přirozeného práva, je nezbytné vycházet ze skutečnosti, že přirozená práva jsou neoddělitelně spjata s osobností člověka a jen jim podobná práva přiznává právo také právnické osobě. Právnická osoba tedy nemůže utrpět újmu na přirozeném právu, neboť z povahy věci má přirozená práva jen člověk (srov. § 19 OZ). Ostatně sám zákonodárce použil v § 2956 OZ formulaci „*povinnost odčinit člověku újmu na jeho přirozeném právu*“. Právo na ochranu osobnosti však může uplatnit i právnická osoba, a to v případě, kdy bylo do osobnostních práv člověka zasaženo právě z důvodu jeho činnosti v osobě právnické.

2 BEZOUŠKA, P.: *Povinnost nahradit újmu*. In HULMÁK, M. et al.: *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1496–1499.

Právnická osoba rovněž nemůže utrpět nemajetkovou újmu v důsledku poškození nebo zničení věci zvláštní obliby, kterou škůdce poškodí nebo zničí ze svévole nebo škodolibosti, a to proto, že právnická osoba v pojetí OZ z roku 2012 nemá vůli.[3] Absenci vůle právnické osoby lze dovodit zejména z ustanovení § 151 odst. 1 OZ, dle kterého „*Zákon stanoví, popřípadě zakladatelské právní jednání určí, jakým způsobem a v jakém rozsahu členové orgánů právnické osoby za ni rozhodují a nahrazují její vůli.*"

Pokud má člen orgánu nahrazovat vůli právnické osoby, je zjevné, že právnická osoba jakožto čirá právní konstrukce svou vlastní vůli nemá, čímž se mimo jiné odlišuje od osoby fyzické, tedy člověka.[4] Aby mohla právnická osoba právně jednat, musí jí vždy propůjčit vůli osoba fyzická, a je-li členem orgánu právnické osoby jiná právnická osoba, vykonává funkci člena orgánu opět osoba fyzická jako zástupce oné právnické osoby.

Neslučitelnost institutu ceny zvláštní obliby s povahou právnické osoby plyne rovněž z tvrzení Bezoušky, že se při určení ceny zvláštní obliby zohledňují osobní city a osobní vztah poškozeného k věci.[5]

S ohledem na uvedené je podle mého názoru prakticky vyloučeno, aby právnická osoba, na kterou pohlížíme jako na útvar bez vlastní vůle, měla věc zvláštní obliby.

Pokud bychom předmětnou problematiku zkoumali z pohledu různých teorií právnických osob, lze připustit, že bychom dospěli k odlišným závěrům. Zejména teorie reálné svazové vůle by mohla potenciálně vést k jinému řešení, nicméně zkoumání nemajetkové újmy optikou různých teorií právnických osob není předmětem tohoto článku.

Rovněž může připadat v úvahu přičítání vůle členů právnické osoby, tj. v tomto případě zvláštní obliby, právnické osobě samotné, která jako právní subjekt vlastní danou věc.

Pokud jde o reflexní újmu sekundárních obětí podle § 2971 OZ, Nejvyšší soud judikoval: „*Dalším předpokladem pro odčinění nemajetkové újmy ve smyslu tohoto ustanovení je, že poškozený způsobenou újmu důvodně pociťuje jako osobní neštěstí, které nelze jinak odčinit. Zákon tedy umožňuje za výjimečných podmínek odčinit i jinou újmu než na základních hodnotách (§ 2956 o. z.), pokud s ohledem na specifické okolnosti případu je pro poškozeného zásah srovnatelně či obdobně tíživý.*"[6]

Lze si stěží představit, že právnická osoba bez vlastní vůle pociťuje újmu jako osobní neštěstí. Navíc Nejvyšší soud v citovaném rozhodnutí naznačil, že institut reflexní újmy představuje nadstavbu pro § 2956 OZ, který zakotvuje právo ryze člověka na odčinění újmy na jeho základních právech. Z povahy věci je tedy vyloučena aplikace ustanovení § 2971 OZ o odčinění reflexní újmy sekundárním obětem.

Dalším ustanovením zakotvujícím právo na odčinění nemajetkové újmy je § 2543 OZ, který zakotvuje nároky poškozeného v případě narušení dovolené. Východiskem pro zakotvení nároku na náhradu újmy za narušení dovolené v OZ byla směrnice Rady 90/314/EHS

---

3 BERAN, K.: *Úvod (aneb co všechno zahrnuje právní jednání a odpovědnost právnických osob)*. In BERAN, K., ČECH, P., DVOŘÁK, B. et al. *Právní jednání a odpovědnost právnických osob po rekodifikaci českého soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 1–3.

4 Ibid.

5 BEZOUŠKA, P.: *Povinnost nahradit újmu*. In HULMÁK, M. et al.: *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář.* Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1749–1750.

6 Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 28. 3. 2019, sp. zn. 25 Cdo 972/2018-II.

o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy ze dne 13. 6. 1990[7]. ESD v rozhodnutí Simone Leitner proti TUI Deutschland GmbH & Co. KG judikoval, že čl. 5 citované směrnice musí být vykládán tak, že zakládá právo spotřebitele na náhradu nemajetkové újmy způsobené neplněním nebo nesprávným poskytováním služeb představujících zájezd, přičemž nemajetková újma spočívá ve ztrátě radosti z dovolené.[8] Na stejných principech stojí nová směrnice o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách[9], která nahradila směrnici původní.

Právnická osoba nemůže ze své podstaty pociťovat radost z dovolené, a proto nemůže v důsledku ztráty radosti z dovolené utrpět nemajetkovou újmu.

V otázce odčinění újmy při porušení základních členských práv člena spolku je nutné vyjít z ustanovení § 232 odst. 2 OZ, které výslovně připouští, že členem spolku může být právnická osoba. Členská práva lze rozdělit na osobní a majetková. Osobním právem je právo být přítomen a hlasovat na zasedání členské schůze a právo být volen, tato osobní práva musí za právnickou osobu vykonávat vždy fyzická osoba jako její zástupce. Majetkovým právem člena spolku může být např. právo užívat určitá zařízení či nemovitosti (např. sportovní areál) ve spolkovém zájmu.

Právo žádat přiměřené zadostiučinění bude dopadat zejména na případy, kdy při rozhodování orgánu spolku dojde k závažnému porušení práv člena spolku, nicméně vydané rozhodnutí soud ponechá v platnosti s ohledem na zájem spolku neplatnost rozhodnutí nevyslovit, je-li tento zájem hoden právní ochrany.[10]

Z uvedeného nelze usuzovat, že by vznik nemajetkové újmy právnické osobě byl apriori vyloučen. David v komentáři k ustanovení § 261 OZ užívá výhradně obratu „poškozený člen spolku“, přičemž z ničeho nelze dovodit, že by tento pojem nezahrnoval právnické osoby, které rovněž mohou být členem spolku.[11]

2. Nemajetková újma v právu nekalé soutěže

Bezouška mezi výše uvedenými případy, kdy se odčiňuje nemajetková újma, nezmiňuje § 2988 OZ, který zakotvuje právo osoby, do jejíhož práva bylo zasaženo nekalou soutěží, požadovat přiměřené zadostiučinění.

Právo proti nekalé soutěži reguluje zejména vztahy, jež vznikají mezi soutěžiteli, nicméně jednání porušující pravidla hospodářské soutěže může mít dopad i na spotřebitele a ostatní zákazníky.[12] Osobou ve smyslu ustanovení § 2988 OZ může být tedy soutěžitel, zákazník (včetně spotřebitele), popřípadě jiná osoba (např. v případě neoprávněného uži-

7 VACUŠKA, L.: *Újma za narušení dovolené aneb ztráta radosti z ní.* In *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, s.r.o., 2018, s. 243–248.

8 Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 12. 3. 2002 ve věci Simone Leitner proti TUI Deutschland GmbH & Co. KG.

9 Směrnice Evropského Parlamentu a Rady (EU) 2015/2302 ze dne 25. 11. 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.

10 SVEJKOVSKÝ, J., DEVEROVÁ, L. et al.: *Právnické osoby v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 246–249.

11 DAVID, L.: *Právo na přiměřené zadostiučinění.* In LAVICKÝ, P. et al.: *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1236–1239.

12 POSPÍŠIL, M.: *Generální klauzule nekalé soutěže v běhu času.* In *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, s.r.o., 2019, s. 161–168.

tí jména osoby v reklamě).[13] Z toho plyne, že právo na přiměřené zadostiučinění může vzniknout jak osobě fyzické, tak osobě právnické. Plyne z předmětného ustanovení právo právnické osoby na odčinění nemajetkové újmy?

Pokud mluvíme o přiměřeném zadostiučinění, musí se podle mého názoru jednat o odčinění nemajetkové újmy. Pokud by šlo o újmu majetkovou, použil by zákonodárce v souladu s právní teorií pojem náhrada škody. Jiný druh újmy než majetková a nemajetková se v právní teorii neobjevuje. Ostatně v ustanovení § 2988 je zakotveno celkem 5 nároků poškozeného, a to nárok požadovat zdržení se nekalé soutěže, odstranění závadného stavu, náhradu škody, vydání bezdůvodného obohacení, a právě poskytnutí přiměřeného zadostiučinění. Pokud by se přiměřeným zadostiučiněním měla nahrazovat majetková újma, zákonodárce by ji nejspíš zahrnul pod pojem náhrada škody a nárok na přiměřené zadostiučinění by v citovaném ustanovení samostatně nezmiňoval.

Důvodová zpráva k předmětnému ustanovení uvádí, že úprava byla převzata z § 53 obchodního zákoníku, přičemž Munková k ustanovení § 53 obchodního zákoníku uvádí: *„Nárok na přiměřené zadostiučinění je nárokem na plnění za újmu nemateriální povahy.“*[14]

Ke stejnému závěru dospěl Nejvyšší soud, který výslovně uvedl, že právo na odčinění nemajetkové újmy ve smyslu § 2894 odst. 2 věty první OZ plyne z ustanovení § 2988 OZ, které upravuje nároky poškozeného nekalou soutěží, a dokonce připustil preventivně-sankční funkci přiměřeného zadostiučinění ve vztahu k nekalé soutěži, nicméně se problematikou funkce přiměřeného zadostiučinění zabýval jen v obecné rovině.[15]

Lze tedy uzavřít, že právnická osoba může utrpět nemajetkovou újmu v důsledku nekalého soutěžního jednání.

3. Specifika právní subjektivity právnických osob

V otázce právní subjektivity jsou v českém právním řádu právnické osoby postaveny téměř na roveň člověku. Mohou nabývat stejná práva a povinnosti jako lidé bez ohledu na předmět činnosti právnické osoby, nicméně existují odchylky. Právnická osoba může nabývat jen ta práva a povinnosti, které se slučují s její povahou, tj. s povahou umělé právní konstrukce. S právní povahou právnické osoby se neslučují rodinná práva[16] a řada práv osobnostních.

Neznamená to však, že by právnické osoby neměly osobní práva. Povahu osobního práva mají práva k názvu a dobré pověsti právnické osoby, přičemž jsou nezcizitelná.[17] Tiskový zákon je dokonce v § 10 staví na roveň ochraně cti, důstojnosti nebo soukromí fyzické osoby, tedy na roveň základních lidských práv.

---

13 HAJN, P.: *Druhy ochrany proti nekalé soutěži*. In ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. et al.: *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1154.

14 MUNKOVÁ, J.: *Právo proti nekalé soutěži: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2008, s. 107.

15 Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2020, sp. zn. 23 Cdo 4263/2019.

16 V podrobnostech např. srov. FRINTA, O.: *Právnické osoby. Prameny a nové proudy právní vědy no. 40*. Praha: Právnická fakulta UK, 2008, s. 155.

17 GONGOL, T., MÜNSTER, M.: *Ochrana pověsti právnické osoby a svoboda projevu v rámci „zpravodajství“*. In *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha: TROAS, s.r.o., 2016, *s*. 415–428.

Pozornost nyní obrátím ke konceptu základních práv právnických osob. „To, že právnické osobě mají náležet základní práva, působí kontroverzně. Je tomu tak nejspíše proto, že právnická osoba jako beneficient základních práv nezapadá do tradičního lidskoprávního diskurzu, odvozujícího tato práva z morálky, případně z podstaty člověčenství."[18]

V současném světě však hrají právnické osoby stále významnější roli a tuto skutečnost reflektuje rozhodovací činnost soudů, z níž je patrné, že základní práva náleží jak fyzickým, tak právnickým osobám. Tuto tendenci můžeme pozorovat jak na národní, tak na mezinárodní úrovni. Základní práva jsou přiznávána soukromoprávním i veřejnoprávním entitám.[19] Existenci základních práv právnických osob dokládá i rozhodovací praxe ESLP, který přiznává právnickým osobám některá základní práva uvedená v Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (Úmluva).[20]

Rozsah základních práv, která náleží právnickým osobám, popsala Wilcox na základě analýzy rozhodnutí ESLP. Právnická osoba nemůže požívat právo na rodinný život, svobodu myšlení nebo právo uzavřít manželství. Na druhé straně lze právnickým osobám připsat jiná práva, zejména právo na spravedlivý proces a svobodu projevu.[21]

Když ESLP připustil, že základní práva zakotvená v Úmluvě náleží rovněž právnickým osobám, musel se následně vypořádat s otázkou, zda může právnická osoba utrpět nemajetkovou újmu, neboť čl. 41 Úmluvy zakotvuje právo poškozené strany na spravedlivé zadostiučinění.

Stěžejním v tomto ohledu je rozhodnutí ve věci Comingersoll SA proti Portugalsku, v němž bylo poškozené právnické osobě přiznáno přiměřené zadostiučinění v penězích za nemajetkovou újmu, která společnosti Comingersoll SA vznikla v důsledku porušení práva na spravedlivý proces (podrobnosti níže).[22]

4. Povaha nemajetkové újmy právnických osob

Z uvedeného výkladu je zřejmé, že právnická osoba může utrpět nemajetkovou újmu. Při zkoumání povahy nemajetkové újmy právnických osob a její odlišnosti od nemajetkové újmy člověka je potřeba rozlišovat důvod vzniku nemajetkové újmy. Povaha nemajetkové újmy vzniklé v důsledku nekalé soutěže může být odlišná od povahy újmy vzniklé zásahem do základních práv.

V rámci právní úpravy nekalé soutěže jde o práva majetkové povahy, neboť *„v hospodářském styku jde vždy o majetkové zájmy, natož při nekalé soutěži"*.[23] V souladu s uvedeným východiskem spojuje Hajn nemajetkovou újmu právnických osob s dopadem do majetkové sféry poškozené, když uvádí: *„O existenci nehmotné újmy a její intenzitě svědčí čas-*

18 BERAN, K.: *Úvod (aneb co všechno zahrnuje právní jednání a odpovědnost právnických osob)*. In BERAN, K., ČECH, P., DVOŘÁK, B. et al. *Právní jednání a odpovědnost právnických osob po rekodifikaci českého soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 229.

19 DĄBROWSKI, L. D.: Entitlement of Legal Entities to Hold Rights under the Inter-American Human Rights Protection System. *International Community Law Review*, 2019, s. 449–462.

20 EMBERLAND, M. *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 130–132.

21 ILCOX, V.: *A company's right to damages for non-pecuniary loss.* Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 84–92.

22 Rozhodnutí ESLP ze dne 6. 4. 2000 ve věci Comingersoll SA proti Portugalsku.

23 PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. et al.: *Občanský zákoník. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 2960.

to již sama povaha (druh) a intenzita nekalého soutěžního jednání. Poškození dobré pověsti soutěžitele se totiž může a nemusí v kratším časovém horizontu projevit v odlivu zakázek."[24]

Zásah způsobený nekalou soutěží tedy ovlivňuje majetkovou sféru poškozeného, přinejmenším nepřímo. Pokud bychom se zabývali např. vyvoláním nebezpečí záměny, mohou být v důsledku tohoto deliktu zasažena osobní práva soutěžitele, jako je dobrá pověst, prestiž apod.[25] V konečném výsledku však hrozí odliv zákazníků, který se negativně odrazí v majetkové sféře poškozeného.

Je-li soutěžitel poškozen vyvoláním nebezpečí záměny, vznikne mimo jiné újma, kterou nelze vyčíslit v penězích. Není možné určit, zda a v jakém rozsahu ovlivní zásah budoucí hospodářskou prosperitu poškozeného. Nemajetkovou újmu člověka rovněž nelze vyčíslit v penězích. Na rozdíl od újmy právnické osoby však důsledek újmy člověka spočívá v bolesti, zármutku, nepohodlí či stresu, zatímco újma soutěžitele se projevuje především v budoucí potenciální hospodářské ztrátě či jiné nevýhodě.

Uvedenému zjištění svědčí i názor Nejvyššího soudu, že „*přiměřené zadostiučinění v penězích nejčastěji přichází v úvahu v případě, kdy zásah do nemateriální sféry dotčeného soutěžitele může způsobit ztráty také v jeho majetkové sféře a nelze předpokládat, že nepeněžitá satisfakce (např. omluva apod.) tuto ztrátu vyrovná*".[26]

Co se týká újmy způsobené zásahem do základních práv právnických osob, její povahou se zabýval ESLP v případu ÖZDEP proti Turecku a Comingersoll SA proti Portugalsku.

Tureckými vnitrostátními orgány bylo rozhodnuto o rozpuštění Strany svobody a demokracie (ÖZDEP), neboť podle názoru tureckých orgánů program strany směřoval k narušení územní celistvosti státu, jeho sekulární povahy a ohrožení jednoty národa. Zakladatelé politické strany podali proti rozhodnutí opravný prostředek, nicméně v průběhu řízení stranu sami rozpustili z důvodu obav před následky rozpuštění strany z moci úřední, zejména zákazu obdobné činnosti v jiných politických stranách.

Evropský soud pro lidská práva shledal porušení svobody shromažďování a sdružování ve smyslu čl. 11 Úmluvy, neboť program strany podle ESLP nesměřoval proti demokratickým hodnotám státu, nýbrž se zabýval soužitím Turků a Kurdů a proklamoval právo na sebeurčení národních a náboženských menšin.

Zakladatelům bylo přiznáno právo na přiměřené zadostiučinění v penězích za nemajetkovou újmu, která podle ESLP spočívala ve frustraci zakládajících členů.[27] Soud tedy nemajetkovou újmu politické strany nespojoval s potenciálním zásahem do majetkové sféry, nýbrž s reflexní újmou členů strany sdružených v poškozené.

V případu Comingersoll SA proti Portugalsku byla stěžovatelkou obchodní korporace a požadovala přiměřené zadostiučinění v penězích za nemajetkovou újmu způsobenou nedůvodnými průtahy vykonávacího řízení před vnitrostátními soudy, které mělo směřovat k vymáhání dlužných částek na základě směnek, přičemž řízení trvalo přes 17 let.

Portugalsko tvrdilo, že účelem přiměřeného zadostiučinění v případě nedůvodných průtahů řízení je náprava psychického stresu z nutnosti čekat na výsledek případu a ne-

24 HAJN, P.: Jak postihnout nekalé jednání vůči soutěžitelům a spotřebitelům II. *Obchodněprávní revue*, 12/2009, s. 331–338.

25 PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. et al.: *Občanský zákoník. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 2963.

26 Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. 10. 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007.

27 Rozhodnutí ESLP ze dne 8. 12. 1999 ve věci Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) proti Turecku.

jistoty, přičemž tyto pocity jsou vlastní pouze fyzickým osobám, a právnická osoba si tedy nemůže nárokovat náhradu.

V rozhodnutí ESLP poznamenal, že v rozhodovací praxi států, které jsou stranou Úmluvy, není přiznání přiměřeného zadostiučinění právnickým osobám vyloučené, a judikoval, že právnická osoba utrpěla nemajetkovou újmu spočívající v zásahu do pověsti společnosti, nejistotě v plánování, narušení řízení společnosti, jehož majetkové důsledky nelze vyčíslit, a také v úzkosti a nepříjemnosti způsobené managementu společnosti.[28]

Nemajetková újma obchodní korporace v uvedeném případu měla dvojí povahu: V prvé řadě šlo o nepřímý zásah do majetkové sféry poškozené, který však nelze vyčíslit, a proto byl zahrnut v nemajetkové újmě. V druhé řadě šlo o odčinění reflexní újmy způsobené členům vedení obchodní korporace.

Závěr

Předpokladem pro zodpovězení otázek, zda může právnická osoba utrpět nemajetkovou újmu a čím se tato újma liší od nemajetkové újmy člověka, je rozlišení nemajetkové újmy v širším a užším smyslu.

Nemajetková újma v užším smyslu označuje zásah do tělesné, duševní nebo emocionální sféry poškozeného. Právnické osoby nemohou z jejich povahy být subjektem takové újmy, nemajetkovou újmu v užším smyslu může utrpět výhradně fyzická osoba. Právnická osoba nemůže cítit bolest, stres nebo zármutek, nelze jí vyvolat duševní útrapy či ztížit společenské uplatnění.

Právnické osoby však mohou utrpět nemajetkovou újmu v širším smyslu, která zahrnuje dvě odlišné kategorie. V první řadě se jedná o újmu, která se může v budoucnu projevit v majetkové sféře poškozené právnické osoby, nelze však exaktně určit, zda se tak stane a v jakém rozsahu. Typickým příkladem je újma způsobená nekalou soutěží. K nemajetkové újmě lze tyto zásahy řadit zejména proto, že jejich dopad nelze kvantifikovat, nelze ho vyjádřit v penězích. Uvedenou nemajetkovou újmu může utrpět jak fyzická, tak právnická osoba, a povaha újmy se neliší v závislosti na jejím subjektu.

Druhou kategorii tvoří zásahy, které se projevují v nemajetkové sféře členů právnické osoby. Jde především o stres, nejistotu a frustraci ředitelů, managementu, akcionářů, zakladatelů a dalších členů. V judikatuře ESLP je pak újma členů přičítána právnické osobě. Z povahy věci lze takovou újmu přičítat pouze právnické osobě, jejíž členové újmu utrpěli, nikoliv fyzické osobě.

✪ ✪ ✪

28 Rozhodnutí ESLP ze dne 6. 4. 2000 ve věci Comingersoll SA proti Portugalsku.

LITERATURA

[1] BERAN, K.: *Úvod (aneb co všechno zahrnuje právní jednání a odpovědnost právnických osob)*. In BERAN, K., ČECH, P., DVOŘÁK, B. et al. *Právní jednání a odpovědnost právnických osob po rekodifikaci českého soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, 271 s. ISBN 978-80-7598-043-4.

[2] BEZOUŠKA, P.: *Povinnost nahradit újmu*. In HULMÁK, M. et al.: *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář.* Praha: C. H. Beck, 2014, 2080 s. ISBN 978-80-7400-287-8.

[3] DĄBROWSKI, L. D.: Entitlement of Legal Entities to Hold Rights under the Inter-American Human Rights Protection System. *International Community Law Review*, 5/2019, s. 449–462. ISSN 1871-9740.

[4] DAVID, L.: *Právo na přiměřené zadostiučinění.* In LAVICKÝ, P. et al.: *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.

[5] FRINTA, O.: *Právnické osoby. Prameny a nové proudy právní vědy no. 40.* Praha: Právnická fakulta UK, 2008, 176 s. ISBN 978-8087146-07-1.

[6] GONGOL, T., MÜNSTER, M.: *Ochrana pověsti právnické osoby a svoboda projevu v rámci „zpravodajství"*. In *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha: TROAS, s.r.o., 2016, 488 s. ISBN: 978-80-88055-01-3.

[7] HAJN, P.: Jak postihnout nekalé jednání vůči soutěžitelům a spotřebitelům II. *Obchodněprávní revue,* 12/2009, s. 331–338. ISSN 1803-6554.

[8] MUNKOVÁ, J.: *Právo proti nekalé soutěži: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2008, 233 s. ISBN 978-80-7179-543-8.

[9] PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. et al. *Občanský zákoník. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2017, 3053 s. ISBN 978-80-7400-653-1.

[10] POSPÍŠIL, M.: *Generální klauzule nekalé soutěže v běhu času*. In *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, s.r.o., 2019, 288 s. ISBN: 978-80-88055-08-2, s. 161–168.

[11] SVEJKOVSKÝ, J., DEVEROVÁ, L. et al.: *Právnické osoby v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, 544 s. ISBN 978-80-7400-445-2.

[12] VACUŠKA, L.: *Újma za narušení dovolené aneb ztráta radosti z ní*. In *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, s.r.o., 2018, 296 s. ISBN: 978-80-88055-04-4.

[13] VOJTEK, P.: *Škoda na přirozených právech*. In ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. et al.: *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, 1516 s. ISBN 978-80-7478-630-3.

[14] WILCOX, V.: *A company's right to damages for non-pecuniary loss*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 228 s. ISBN 978-1107139275.

[15] Rozhodnutí ESLP ze dne 6. 4. 2000 ve věci Comingersoll SA proti Portugalsku.

[16] Rozhodnutí ESLP ze dne 8. 12. 1999 ve věci Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) proti Turecku.

[17] Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 12. 3. 2002 ve věci Simone Leitner proti TUI Deutschland GmbH & Co. KG.

[18] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2020, sp. zn. 23 Cdo 4263/2019.

[19] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 28. 3. 2019, sp. zn. 25 Cdo 972/2018-II.

[20] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 23. 10. 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Klára Zikmundová
Katedra občanského práva
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
Nám. Curieových 901/7
116 40 Praha
E-mail: klarka.zikmundova@seznam.cz

Nicole Grmelová grmelova@vse.cz

KATOLICKÁ CÍRKEV JAKO PODNIKATEL V ČESKÉ REPUBLICE

THE CATHOLIC CHURCH AS AN ENTREPRENEUR IN THE CZECH REPUBLIC

Abstrakt: Zákon č. 428/2015 Sb. o majetkovém vyrovnání s církví a náboženskými společnostmi zahájil odluku církve a státu v České republice. Největším příjemcem restituovaného majetku je katolická církev. Během přechodného období budou platy duchovních nadále hrazeny státem, avšak katolická církev se musí naučit dosáhnout ekonomické soběstačnosti v dlouhodobém horizontu. Cílem tohoto příspěvku je poskytnout přehled o dosavadní hospodářské činnosti katolické církve v České republice. Příspěvek rovněž posoudí efektivitu této činnosti během pandemie koronaviru.

Abstract: The Act No. 428/2012 Coll. on the restitution of churches and religious communities launched the separation between the state and the church in the Czech Republic. The most prominent recipient of the restitution was the Catholic Church. During a transitional period, the salaries of the clergy will continue to be paid by the state, however, the Catholic Church has to learn to become self-sufficient in economic terms in the long run. This paper aims at providing a survey of the business activities carried out by the Catholic Church in the Czech Republic so far. It will also assess the efficiency of these activities during the covid-19 pandemic.

Klíčová slova: *katolická církev, hospodářská činnost, odluka církve a státu, covid-19, Česká republika.*

Key words: *Catholic Church, business activities, separation between the state and the church, covid-19, Czech Republic.*

Introduction

The Czech Republic is believed to be the most atheist country in Europe based on data provided by a 2019 Euro-barometer survey[1] commissioned by the European Commission. The following table shows the lack of affiliation to a church or a religions community in the Czech Republic and the countries it borders on.

1 EUROPEAN UNION, EUROPEAN COMMISSION, Special Eurobarometer 493/2019. Available at https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2251 [cit. 26-10-2020]. "The question asked was "Do you consider yourself to be...?" With a card showing: Catholic, Orthodox Christian, Protestant, Other Christian, Jewish, Muslim – Shia, Muslim – Sunni, Other Muslim, Sikh, Buddhist, Hindu, Atheist, Non believer/Agnostic and Other. Also space was given for Refusal (SPONTANEOUS) and Don't Know. Jewish, Muslim – Shia, Sikh, Buddhist and Hindu did not reach the 1% threshold.)".

Table 1: Lack of affiliation to a church or a religious community in selected EU Member States

Country	Atheist	Agnostic	Atheist+Agnostic combined
Czech Republic	22 %	34 %	56 %
Slovakia	6 %	5 %	11 %
Poland	3 %	3 %	6 %
Austria	4 %	12 %	16 %
Germany	9 %	21 %	30 %

Source: *Data retrieved from European Commission, Special Eurobarometer 493/2019.*

This may not be due to Czech nationals being overtly atheist, but rather agnostic; many of them are interested in their spiritual development, but outside an organized framework and without the limits imposed by an organized church. Very low affiliation of Czechs to religious communities means that there is no tradition of a church tax, similar to the German "Kirchensteuer", nor is there a bilateral treaty ratified between the Czech Republic and the Vatican. Thus, the relationship between the church and the state in terms of returning the property confiscated to the Catholic church and other religious communities under the Communist regime has been uneasy and has taken longer than in some of the neighboring countries, such as Slovakia. Yet, the separation of church and state is an important aspect of a democratic society. Robert Audi says that *"an adequate conception of the proper relation between religion and politics is needed not just for political philosophy but also as an element in the constitutional development of evolving nations".*[2]

1. The Current Regulatory Framework

The current regulatory framework of the restitution of church property is enshrined in Act No. 428/2012 Coll. on the restitution of churches and religious communities. The Act combines natural restitution, if technically feasible, and monetary restitution as a compensation for the property which will not be returned. The monetary restitution amounts to CZK 59 billion (an equivalent of EU 2.36 billion) and its payment has been divided into annual installments that will be paid out for 30 years starting from 2013 when the Act came into effect. The Act No. 428/2012 Coll. took very long to be adopted, considering that the socialist regime in what used to be Czechoslovakia collapsed in 1989. The Act No. 428/2012 Coll. foresees the restitution of property confiscated to the Catholic church and other religions communities between 1948 and 1989. Out of the returned property 80 per cent will be allocated to the Catholic church, whereas 20 per cent to other religious communities. The specific procedure on handing over the individual real estate assets is detailed in bilateral agreements concluded on 22 February 2013 between the state (represented by the Czech Prime Minister) and the sixteen individual churches and/or religious communities[3].

2 AUDI, R. *Democratic Authority and the Separation of Church and State*. Oxford: Oxford University Press, 2014. at p. 7.

3 GOVERNMENT OF THE CZECH REPUBLIC. The Czech Republic concluded compensation treaties with churches and religious communities. Available in Czech at www.vlada.cz [cit. 1. 11. 2020].

Obviously, the returned property cannot be handed over overnight, so a transitional period has been established for both, monetary payments compensating the impossibility of restitution *in rem*, and the total separation of state and church. During a transitional period, the state will continue to pay the salaries of the clergy of those churches and religious communities which have been recognized by the state, but the annual contribution will drop gradually by 5 %. Currently, the state funds 17 churches and religious communities out of the 32 which have been registered in the Czech Republic. To qualify for state funding, registered churches and religious communities need to have been registered for at least 10 years and at least one per million of citizens need to enlist in that church or religious community. The separation of the state and the church is believed to bring a reduction of mandatory state expenditures in the long run as the state expenditures on the salaries of clergy kept rising over the past years.[4]

On the other hand, the Act No. 428/2012 Coll. has been criticized by giving too much property back to the church which may exert undue influence onto the political development of the Czech Republic. Some left wing political parties in the Czech Parliament have even proposed to tax the property to be handed over back to the churches and religious communities, but the Constitutional Court of the Czech Republic found that such a taxation which was not foreseen in the original wording of the said act would breach the fundamental freedoms under the Czech constitutional order[5]. The churches and other religious communities that will benefit from the restitution have thus been spared filling out tax returns. Having received some of its property back, the churches and other religious communities will have to learn how to invest the money to conduct business in such a way as to become financially self-sufficient in the long run. The following chapter will examine the field of the national economy where the Catholic church, as the major beneficiary of the Act No. 428/2012 Coll., has started running its business. The subsequent chapter will then assess the resistance of these investments with respect to the ongoing covid-19 restrictions on running business, where data are available.

2. Industries in which the Catholic church has invested its property

Formal education of clergy has traditionally not been linked to teaching them how to conduct a business and to setting up a mixed portfolio of investments. It is obvious, that at least in the early stages of conducting business in the Czech Republic the Catholic church will have to rely on experts in the field of law and economics. At the same time, the clergy will have to be trained[6] to be able to administer the ecclesiastical property, so that they are capable of running business on self-sufficiently in the long run, without having to outsource

4 GOVERNMENT OF THE CZECH REPUBLIC. Explanatory Statement to the Act No. 428/2012 Coll.

5 CONSTITUTIONAL COURT OF THE CZECH REPUBLIC. Decision of 15 October 2019. File No. Pl. ÚS 5/19.

6 MOULES, J.: The Catholic Church Takes Lessons from Business Management. Priests head to the Vatican for classes in leadership skills that embody church values. *Financial Times.* 25 November 2019. Available at https://www.ft.com/content/aee598c0-fafe-11e9-a354-36acbbb0d9b6 [cit. 26. 10. 2020].

legal and economic counseling, taxation, accounting, and marketing[7]. It should be stressed at this point, that doing business is not the main aim of the activities conducted by the Catholic church, as its objective remains on the side of its spiritual tasks and charity. Nevertheless, doing businesses on a profit basis will become essential for the Catholic church to be able to fully engage in its spiritual and charitable activities.

In terms of the nature of the property which has been returned to the Catholic church, it includes forests, pastures and agricultural soil, other real estate property, mainly buildings, often in a rundown state as under the socialist regime ecclesiastical property has often been used as a storage place for foodstuffs, or even weapons and it has not been duly maintained or refurbished. The Catholic church prefers to administer forests itself, whereas agricultural soil tends to be rented out to farmers. Also, the Catholic church rents out offices, apartments, and other real estate. Many Catholic parishes have renewed the tradition of cooking their own beer (in Želiv, Strahov, Břevnov, Litoměřice), they provide accommodation services and run restaurants.

Whereas the above activities linked to the exploitation of forests, and pastures and renting out agricultural soil belong to a traditional domain of activities conducted by the Catholic church in the past, the Catholic church tries to keep up the pace with the modern development investing its money into growth funds run by a bank in the Czech Republic (ČSOB Asset Management). All the Roman Catholic parishes have decided to join the ČSOB Investment Fund.[8] The Catholic church has also purchased stock of a less known credit union Artesa, infamously linked to a business person sued by the police on account of fraud[9]. In the Moravian city of Olomouc, the Catholic church has even set up a company (Kristýn služebník) offering cheaper cell phone contracts and better deals on power supplies[10].

3. Assessment of success / failure of the investments made by the Catholic church in general

Given the short span of time that the Catholic Church has started to engage in its own business, it is difficult to provide a global assessment of their investment as being successful or constituting a failure, as both situations occurred. The church has been able to rent out apartments rather successfully, however, it lost part of its investment into luxurious hotels which have been offered for sale as they did not generate enough profit[11]. An extreme case of bad property management was a local parish in Trmice which went bankrupt[12]. In this

7 There is some research available on the "brand" of the Catholic Church in England and Wales, but to the best of the author´s knowledge, no such research has been conducted with respect to the marketing efforts of the Catholic church in the Czech Republic as yet. For details see BASTER, D. BERESFORD, S. JONES, B.: The "brand" of the Catholic Church in England and Wales: Challenges and Opportunities for Communications. *Journal of Public Affairs*, 2019, Vol. 19, Issue 1. Available at https://doi.org/10.1002/pa.1881 [cit. 26. 10. 2020].

8 HÁVOVÁ, P.: *Katolická církev má v investičním fondu první stamiliony*, 2014. Available at www.cirkev.cz/archiv [cit. 26. 10. 2020].

9 DANDA, O. *Katolická církev prodělala kalhoty na luxusních hotelích.* Právo daily. 14 July 2020. Available at https://www.novinky.cz/domaci/clanek/katolicka-cirkev-prodelala-kalhoty-na-luxusnich-hotelich-40330391#:~:text=U%C5%BE%20loni%20na%20podzim%20se,vrhnou%20na%20stavbu%20n%C3%A1jemn%C3%ADch%20byt%C5%AF. [cit. 26. 10. 2020].

10 KAROLA, P.: *100 let vztahu státu s církvemi, 100 let křivd a svárů*. *AUC Iuridica*, 2018, vol. 64, no. 3, pp. 31–47.

11 DANDA, O., *op.cit.*

12 MORAVEC, T. in: HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T.: *Insolvenční řízení*. 2nd ed. Praha: C. H. Beck, 2018, pp. 6–10.

municipality, the church had to be sold. The local church-goers raised funds (mainly based on their own contributions) to keep the church running, and a priest from a different municipality bought the vicarage and made it available for use to the local parish in Trmice[13].

In contrast, some parishes can follow the trend towards greening the economy by running an organic farm and manufacturing organic produce sold mainly abroad as the sale prices are more favorable there compared to the domestic possibilities. The Catholic church also wishes to include small and medium sized companies in its business activities. To this end it has established cooperation with the Association of small and medium sized companies which can advise the Catholic church on some economic and legal issues on running business in exchange for new business opportunities for small and medium sized companies[14].

The investment into a credit union has triggered criticism in terms of the traditional role of the Catholic Church in combating usury. Over the time, the Catholic Church contested excessive interest rates,[15] now it is the one to let out money in exchange for receiving interest.

In contrast, there has been positive feedback with respect to the running an organic farm and manufacturing organic products in Moravský Beroun. These activities constitute undoubtedly a significant contribution to corporate social responsibility by protecting the environment[16], creating new jobs[17] and better conditions of life for the local inhabitants.[18]

Considering the above examples of good and bad practices, the general picture of the business activities conducted so far by the Catholic church remains rather mixed, neither entirely positive, nor entirely negative.

4. Assessment of the resistance of the investments made by the Catholic church with respect to the covid-19 restrictions on conducting business

As the freedom of association has been severely limited during both the spring and the fall 2020 covid-19 epidemic waves in the Czech Republic, the volume of donations collected by the Catholic church will have dropped to a historical low. Moreover, the covid-19 pandemic was coupled with an overpopulation of the bark beetle in forests belonging to the Catholic Church. The affected trees had to be cut and given the large amount of timber available on the market, its price dropped significantly. The Catholic Church re-

13 MORÁVEK, D.: *Církve budou fungovat spíše jako obce než jako firmy, říká ekonom arcidiecéze.* Available at https://www.podnikatel.cz/clanky/cirkve-budou-fungovat-spise-jako-obce-nez-jako-firmy-rika-ekonom-arcidieceze/. [cit. 26. 10. 2020].

14 SURMANOVÁ, K.: Církev v Česku se učí lépe podnikat. S byznysem jí pomáhají živnostníci. *Hospodářské noviny*. 18. 3. 2015.

15 GONZÁLES, F. et al.: *Business and ethics for the 21st century.* Madrid: BBVA, 2011.

16 FABŠÍKOVÁ, T.: Normativní rámec enviromentálního řízení obchodních korporací. In: ŠTĚPÁNKOVÁ, Kateřina (ed.). *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha, 03.11.2017. Praha : TROAS, s.r.o, 2017, pp. 465–471.

17 GRAČKA, J. *Arcibiskupská farma hospodaří ekologicky, peníze vydělává skot i pohanka*, 2016. Available at http://old.ado.cz/clanek/arcibiskupska-farma-hospodari-ekologicky-penize-vydelava-skot-i-pohanka [cit. 26. 10. 2020].

18 LOVCIOVÁ, K. PAKŠIOVÁ, R.: *"Corporate social responsibility as a topic of economic policy"*. In: FILIPOVÁ, L. et al. (eds.).: Proceedings of 15th International Conference Economic Policy in the European Union Member Countries. Ostrava: VŠB-TU Ostrava, 2018, pp. 117–134.

ported to have lost CZK 1.2 billion (an equivalent of EUR 0.048 billion) for administering its forests.[19] Also, the income generated by renting out hotel rooms and apartments[20] in the ownership of the Catholic Church has seen a historical low. The repeated lockdowns brought the volume of usual tourism close to zero. Similarly, the church was unable to collect entry fees to museums and churches it runs. In general, the Catholic church has suffered severe economic losses linked to the ongoing covid-19 pandemic, which was coupled by an overpopulation of the bark beetle destroying the integrity of forests administered by the Catholic Church. These economic losses might lead to the application of measures preventing the liability of administrator in case of bankruptcy[21].

The ethical and moral values of running business by the Catholic Church can be summed up by a quote by the director of the Center for the Study of Church Management at Villanova University in the United States of America, Charles Zech, which would also go for doing business by the Catholic Church in the Czech Republic. Zech says: "the church is not a business, but we do have a stewardship responsibility to use our resources wisely."[22]

Conclusion

The adoption of the Act No. 428/2012 Coll. means that representatives of individual churches and religious communities covered by this act may not sue the Czech state for restitution of property confiscated under the socialist regime. The property returned to the Church, including the Catholic church needs to be invested efficiently to allow for a gradual transition to economic self-sufficiency of the church. Running a prosperous business takes time, effort, and experience. Also, bad practices, such as a bankruptcy of a local parish, trigger better business judgment of those trying to administer the ecclesiastical property more wisely. Mostly, the business activities conducted by the Catholic church can be assessed in a positive manner. The return on investments made is not apparent within a short period of time, so a more objective evaluation of the business success achieved by the Catholic church would be pertinent in a long-term perspective. With respect to the corporate social responsibility of the business activities of the Church, both ethical and moral values have been addressed.

✪ ✪ ✪

19 DANDA, O., *op. cit.*

20 ŠVARC, Z.: Vlastnické právo k bytu a sdílená ekonomika. In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie.* Praha, 09.11.2018. Sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké conference. Praha: TROAS, s.r.o, 2018, pp. 227–234.

21 MORAVEC, T.: Vliv lex COVID na odpovědnost statutárního orgánu za nepodání insolvenčního návrhu. [The impact of lex COVID on the liability of the statutory body for not submitting an insolvency application]. *Obchodní právo*. 2020 (in press).

22 HANNUM, K. The parish that works: Business practices for the church. *U.S. Catholic online journal.* Available at https://uscatholic.org/articles/201106/the-parish-that-works-business-practices-for-the-church/ [cit. 26. 10. 2020].

LITERATURE

[1] AUDI, R.: *Democratic Authority and the Separation of Church and State*. Oxford: Oxford University Press, 2014. ISBN 978-0-19-937156-3.

[2] BASTER D., BERESFORD S., JONES, B.: The "brand" of the Catholic Church in England and Wales: Challenges and Opportunities for Communications. *Journal of Public Affairs*, 2019, Vol. 19, Issue 1. Available at https://doi.org/10.1002/pa.1881 [cit. 26. 10. 2020].

[3] CONSTITUTIONAL COURT OF THE CZECH REPUBLIC. Decision of 15 October 2019. File No. Pl. ÚS 5/19.

[4] DANDA, O.: Katolická církev prodělala kalhoty na luxusních hotelích. *Právo daily*. 14 July 2020. Available at https://www.novinky.cz/domaci/clanek/katolicka-cirkev-prodelala-kalhoty-na-luxusnich-hotelich-40330391#:~:text=U%C5%BE%20loni%20na%20podzim%20se,vrhnou%20na%20stavbu%20n%C3%A1jemn%C3-%ADch%20byt%C5%AF. [cit. 26. 10. 2020].

[5] EUROPEAN UNION, EUROPEAN COMMISSION, Special Eurobarometer 493/2019. Available at https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2251 [cit. 26. 10. 2020].

[6] FABŠÍKOVÁ, T.: Normativní rámec enviromentálního řízení obchodních korporací. In: ŠTĚPÁNKOVÁ, Kateřina (ed.): *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha, 03.11.2017. Praha : TROAS, s.r.o, 2017, pp. 465-471. ISBN 978-80-88055-03-7.

[7] GONZÁLES, F. et al.: *Business and ethics for the 21st century.* Madrid: BBVA, 2011. Available at https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2012/01/BBVA-OpenMind-Book-2012-Values-and-Ethics-for-the-21st-Century.pdf. [cit. 26. 10. 2020].

[8] GOVERNMENT OF THE CZECH REPUBLIC. Explanatory Statement to the Act No. 428/2012 Coll.

[9] GOVERNMENT OF THE CZECH REPUBLIC. The Czech Republic concluded compensation treaties with churches and religious communities. Available in Czech at www.vlada.cz [cit. 1. 11. 2020].

[10] GRAČKA, J.: Arcibiskupská farma hospodaří ekologicky, peníze vydělává skot i pohanka, 2016. Available at http://old.ado.cz/clanek/arcibiskupska-farma-hospodari-ekologicky-penize-vydelava-skot-i-pohanka [cit. 26. 10. 2020].

[11] HANNUM, K.: The parish that works: Business practices for the church. *U.S. Catholic online journal*. Available at https://uscatholic.org/articles/201106/the-parish-that-works-business-practices-for-the-church/ [cit. 26. 10. 2020].

[12] HÁVOVÁ, P.: Katolická církev má v investičním fondu první stamiliony, 2014. Available at www.cirkev.cz/archiv [cit. 26. 10. 2020].

[13] KAROLA, P.: 100 let vztahu státu s církvemi, 100 let křivd a svárů. *AUC Iuridica*, 2018, vol. 64, no. 3, pp. 31–47.

[14] LOVCIOVÁ K., PAKŠIOVÁ, R.: "Corporate social responsibility as a topic of economic policy". In: Filipová L. et al. (eds.). Proceedings of 15th International Conference Economic Policy in the European Union Member Countries. Ostrava: VŠB-TU Ostrava, 2018, pp. 117-134. ISBN 978-80-248-4155-7

[15] MOULES J.: The Catholic Church Takes Lessons from Business Management. Priests head to the Vatican for classes in leadership skills that embody church values. *Financial Times.* 25 November 2019. Available at https://www.ft.com/content/aee598c0-fafe-11e9-a354-36acbbb0d9b6 [cit. 26. 10. 2020].

[16] MORAVEC, T. in: HÁSOVÁ, J., MORAVEC, T.: Insolvenční řízení. 2nd ed. Praha: C. H. Beck, 2018. ISBN 978-80-7400-715-6.

[17] MORAVEC, T.: Vliv lex COVID na odpovědnost statutárního orgánu za nepodání insolvenčního návrhu. *Obchodní právo*, 2020 (in press).

[18] MORÁVEK, D.: Církve budou fungovat spíše jako obce než jako firmy, říká ekonom arcidiecéze. Available at https://www.podnikatel.cz/clanky/cirkve-budou-fungovat-spise-jako-obce-nez-jako-firmy-rika-ekonom-arcidieceze/. [cit. 26. 10. 2020].

[19] SURMANOVÁ, K.: Církev v Česku se učí lépe podnikat. S byznysem jí pomáhají živnostníci. *Hospodářské noviny*. 18. 3. 2015.

[20] ŠVARC, Z.: Vlastnické právo k bytu a sdílená ekonomika. In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské unie.* Praha, 09.11.2018. Sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké conference. Praha: TROAS, s.r.o, 2018, pp. 227–234. ISBN 978-80-88055-04-4.

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

Jan Petr petj230@vse.cz

PRÁVA HOSPODÁŘSKÝCH SUBJEKTŮ VYŠETŘOVANÝCH ORGÁNY EU V RÁMCI BOJE PROTI PODVODŮM: SOUČASNÝ STAV A BUDOUCÍ PERSPEKTIVY

THE RIGHTS OF ECONOMIC OPERATORS CONCERNED BY EU ANTI-FRAUD INVESTIGATIONS: CURRENT STATUS AND FUTURE PROSPECTS

Abstrakt: Tento příspěvek analyzuje nejnovější legislativní a institucionální vývoj na unijní úrovni v oblasti ochrany finančních zájmů EU a jeho (možné) důsledky pro hospodářské subjekty, které získávají finanční prostředky z rozpočtu EU v různých členských státech. Zvláštní pozornost je věnována právům vyšetřovaných osob a účinnosti příslušných procesních záruk v současném a navrhovaném právním rámci.

Abstract: This contribution analyses the latest legislative and institutional development on EU level in the area of protection of EU financial interests and its (possible) consequences for economic operators receiving EU budget funding in different Member States. The special attention is given to rights of investigated persons and effectiveness of applicable procedural safeguards in the current and proposed legal framework.

Klíčová slova: *ochrana finančních zájmů unie, hospodářské subjekty, Evropský úřad pro boj proti podvodům, Úřad evropského veřejného žalobce.*

Key words: *protection of the EU's financial interests, economic operators, European Anti-Fraud Office, European Public Prosecutor's Office.*

Introduction

Even despite the over 30 years' long history of the protection of the financial interests of the European Union,[1] it remains rather one of the less researched areas of the EU policies. This is rather surprising, considering the fact that three quarters of the Union citizens would like the European Union to do more in the fight against tax fraud and two thirds think that the Union is not doing enough.[2] But the actions of the EU authorities

1 Dating back to creation of the Commission's Anti-Fraud Coordination Unit (UCLAF) in 1988, as part of the Secretariat-General of the European Commission.

2 Eurobarometer 2016. Available at: https://www.europarl.europa.eu/infographic/eurobarometer/2016/index_en.html#tax-fraud [cit. 02. 11. 2020]

have fairly important consequences not only for regular EU citizens and public finances in general, but as well for the economic operators receiving EU budget funding. Especially in situations when they become suspects under investigation of the relevant EU body. Although investigations of the European Anti-Fraud Office (OLAF) concern only limited number of economic operators, e.g. in 2019 OLAF opened 223 and concluded 181 investigations in total, recommending recovery of 485 million EUR spent from EU funds,[3] clear limitation of its powers has far-reaching impact on efficiency of the protection of the EU's financial interests.

This disproportion seems even more striking in the light of recent legislative and institutional changes in the area. In recent years, there has been an increase in the number of legislative texts and recommendations dealing with the protection of the Union's financial interests. Already with the adoption of Directive (EU) 2017/1371 (hereinafter 'PIF Directive'), the EU has substantially strengthened the tools available to protect its financial interests by means of criminal law. However concretely this year's (2020) development could be, without much exaggeration, considered as a milestone year regarding the protection of the Union's financial interests. This consists mainly in the final establishment of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) which is expected to take over its duties in November 2020.

The EPPO is a key priority of the anti-fraud policy, having the power, as a first ever EU institution, to carry out criminal investigations and bring indictments related to the four criminal offences established by PIF Directive in the participating Member States.[4] Currently there are 22 participating Member States in this enhanced cooperation[5] project. That, among other things, means that effective and successful protection of the EU's financial interests in whole EU-27 can be achieved only in close cooperation with the long-standing front-runner in combating fraud and irregularities in the implementation of the EU budget, the OLAF, under condition that it possesses corresponding powers. A consistent, complementary system for protecting the Union's financial interests, a clear EU-level definition of the roles of EPPO, Eurojust and OLAF, delimiting their respective remits, will be crucial when achieving this task. Unfortunately, this is not the case under current legal framework. And this deficiency is particularly visible on the case of OLAF investigations concerning economic operators. Regarding the shortage of secondary literature following the recent development in the area, the contribution presented is mainly based on analysis of primary sources.

3 *The OLAF report 2019*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020, p. 12.

4 Article 3(2) of the Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, OJ L 198, 28.7.2017, p. 29–41.

5 Under Article 326-334 of the Treaty on the Functioning of the European Union (OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390), the adoption of the decision authorising enhanced cooperation requires a qualified majority of Member States within the Council and the consent of the European Parliament. The adoption of the new rules then requires unanimity by the Member States participating in enhanced cooperation and the consultation of the European Parliament. The other Member States are free to join the enhanced cooperation at any time.

2. Legal basis and current status

For the term 'Union's financial interests' or 'financial interests of the Union' there is a legal definition provided for in PIF Directive[6], and repeated in EPPO Regulation[7], which defines them as "all revenues, expenditures and assets covered by, acquired through, or due to the Union budget and the budgets of the institutions, bodies, offices and agencies established under the Treaties and budgets managed and monitored by them". Article 325 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) represents the legal basis for the acts aiming at their protection. These include, among others, recently adopted Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law (the so-called 'Whistleblower Directive')[8], Regulation 883/2013 concerning investigations conducted by OLAF (hereinafter "OLAF Regulation"); Regulation 2016/2030 concerning the secretariat of the OLAF Supervisory Committee; Regulations 2015/1525 and 766/2008, both amending Council Regulation (EC) No 515/97 to ensure the correct application of the law on customs and agricultural matters. There is also recently submitted legislative proposal for regulation establishing the EU Anti-Fraud Programme.[9]

Very recently, after almost a year and half long interinstitutional negotiations, the European Parliament and the Council reached on 15 October 2020 a provisional agreement[10] on an important amendment to the Regulation (EU, Euratom) No 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) (hereinafter 'OLAF Regulation') which, together with Regulations 2988/9514 and 2185/9615,[11] defines OLAF's investigative powers. Although this amendment is an important part of the adaptation of the legal framework related to OLAF's mandate to the establishment of EPPO, expected to become fully operational by the end of 2020,[12] it represents also a long-awaited[13] opportunity for enhancement of legal certainty and codification of procedural guarantees for subjects of anti-fraud investigations. Since the proposal[14] is adopted under ordinary legislative procedure, it can be reasonably expected that it will be passed in the version of the provisional agreement.

---

6 Article 2(1) a) of the PIF Directive.

7 Article 2(3) of the Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31.10.2017, p. 1–71.

8 Further analysed by the author in his previous year's contribution to the 2019's "Law in Business of Selected Member States of the European Union" conference: PETR, Jan. Whistleblower protection in view of the new "Whistleblower Directive." In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, 2019, p. 145-151.

9 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the EU Anti-Fraud Programme COM/2018/386 final - 2018/0211 (COD).

10 Provisional agreement resulting from interinstitutional negotiations, European Parliament, dated 15.10.2020 [2018/0170 (COD)].

11 Complemented by the 2013 Internal Guidelines on Investigation Procedures (GIPs) and the 2016 Guidelines on Digital Forensics (GDFs).

12 DE ANGELIS, F.: The European Public Prosecutor's Office (EPPO) – Past, Present, and Future. *Eucrim*, Freiburg: Max-Planck-Institut Freiburg, 2019, vol. 2019, No 4, p. 274.

13 STOJANOVSKI, V.: Procedural Rights of Persons under Investigation by OLAF. *Eucrim*, Freiburg: Max-Planck-Institut Freiburg, 2011, vol. 2011, No 3, p. 128.

14 Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU, Euratom) No 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor's Office and the effectiveness of OLAF investigations (COM(2018)0338 – C8-0214/2018 – 2018/0170(COD)).

So why this legislative development should be of concern to enterprises and other entities receiving EU funds (together falling under the term 'economic operators')? Quite surprisingly, the OLAF's authority to carry out its investigative tasks is based on contractual obligation enshrined in Article 129 of the Financial Regulation 2018[15]. Under this provision, any person or entity receiving Union funds shall fully cooperate in the protection of the financial interests of the Union and shall, as a condition for receiving the funds, grant the necessary rights and access required for the authorising officer responsible, EPPO, OLAF, the Court of Auditors and the relevant national authorities. In the case of OLAF, such rights include the right to carry out investigations, including on-the-spot checks and inspections, in accordance with the OLAF Regulation. The economic operator must agree to this in writing.

Regarding practical aspects of such investigation, if OLAF decides to conduct investigative activities, it contacts the responsible national authority beforehand in order to organise the activity and comply with national law requirements.[16] Naturally, the economic operators suspected of fraud are not always keen to provide full support to the staff conducting necessary measures related to its task, letting alone the question of applicable law. Furthermore, some investigative measures may lead to violations of the rights of persons subject to investigation which legal definition often remains insufficient, sometimes even provided by not legally binding documents.[17]

Since its establishment, OLAF was criticised not only by those affected by its investigations but also by EU bodies authorised to supervise its activities.[18] Unclear legal provisions combined with complexity of 27 legal orders thus give rise to complaints and judicial follow ups of investigated cases. Moreover, OLAF has lost a number of cases before the Court of Justice of the European Union's (CJEU), which has resulted in compensatory damages being awarded to the complainants.

Consequently, some of the rights of economic operators towards OLAF were recently clarified in the CJEU's decisions. Concretely, in its Sigma Orionis judgment,[19] the General Court of the CJEU, regarding case of a French company, declared that *"the need to obtain a judicial warrant, if prescribed by national law, applies only in the event of resistance by the economic operator, in which case OLAF is required to call on national law enforcement authorities which, in accordance with the rules applicable to them, must comply with the rules of the domestic legal order."* Likewise, in Vialto case[20] the General Court scrutinized OLAF investigation in relation to possible fraud in an EU-funded aid programme for Turkey, presumably committed by a consortium including a Hungarian company Vialto Consult-

15 Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 of the European Parliament and of the Council of 18 July 2018 on the financial rules applicable to the general budget of the Union, amending Regulations (EU) No 1296/2013, (EU) No 1301/2013, (EU) No 1303/2013, (EU) No 1304/2013, (EU) No 1309/2013, (EU) No 1316/2013, (EU) No 223/2014, (EU) No 283/2014, and Decision No 541/2014/EU and repealing Regulation (EU, Euratom) No 966/2012, OJ L 193, 30.7.2018, p. 1–222.

16 SCHARF-KRÖNER, C. – SEYDERHELM, J.: OLAF Investigations Outside the European Union. *Eucrim*, Freiburg: Max-Planck-Institut Freiburg, 2019, vol. 2019, No 3, p. 212.

17 STOJANOVSKI, V. *op. cit.*, p. 128.

18 LIGETI, K.: *The protection of the procedural rights of persons concerned by OLAF administrative investigations and the admissibility of OLAF Final Reports as criminal evidence*. Brussels: European Parliament, 2017, p. 5.

19 General Court, 3 May 2018, case T-48/16, Sigma Orionis SA v Commission.

20 General Court, 26 June 2019, case T-617/17, Vialto Consulting Kft. contre Commission européenne.

ing. OLAF has carried out an on-the-spot check at premises of Vialto which subsequently refused to grant access to its data. The General Court held that OLAF is allowed to have access to all information and documents pertaining to the scope of its investigations and confirmed its right to collect documents and carry out a forensic examination.[21]

3. Future prospects

Following proposed legal text in version of the above-mentioned provisional agreement, the European Commission (hereinafter also as 'the Commission') has finally managed to put forward its idea of 'controller of procedural guarantees' (hereinafter ‚the Controller'), already included in a proposal for OLAF Regulation reform in 2014.[22] The Controller shall be appointed by the Commission, administratively attached to the OLAF's Supervisory Committee. Any person concerned by an investigation shall be entitled to lodge a complaint with the Controller regarding the compliance with the procedural guarantees, enshrined in Article 9 of OLAF Regulation, as well as on the grounds of a violation of the rules applicable, in particular infringements of procedural requirements and fundamental rights.

Although the proposed changes do not directly affect the procedural guarantees applicable in the current framework, the proposal's aim is to codify OLAF's obligation to apply the procedural guarantees of OLAF Regulation, Regulation (Euratom, EC) No 2185/966 and rights of the suspects contained in the Charter of Fundamental Rights of the Union. Therefore, OLAF must ensure the respect of the rights of persons concerned by its investigations, including the presumption of innocence and the right to avoid self-incrimination. When interviewed, persons concerned will have inter alia the rights to be assisted by a person of choice, to approve the record of the interview, to use any of the EU's official languages and the right to comment on the facts of the case before conclusions are drawn.

The proposal clarifies the instances in which national law apply, thus reflecting the CJEU's Sigma Orionis ruling. It also makes clear that if the economic operator submits to the on-the-spot check, it should be subject to EU law. Under certain conditions, the proposal also enables to search privately owned devices used for work purposes. It also introduces a legal definition of ‚resistance' to a check, considering as such an economic operator who does not grant the necessary access for the OLAF to its premises or any other areas used for business purposes, conceals information or prevents the conduct of any of the investigation activities.

21 SCHARF-KRÖNER, C. - SEYDERHELM, J. *op. cit.*, p. 214.

22 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU, Euratom) No 883/2013 as regards the establishment of a Controller of procedural guarantees (COM/2014/0340 final).

Conclusion

Whether the introduction of the Controller and codification of case law obligations, in case of successful conclusion of the legislative procedure, to OLAF Regulation will fulfil its goal and represent a significant strengthening of the rights of economic operators concerned by EU anti-fraud investigations will be most probably tested soon in practice. In any case, it definitely represents at least a commendable effort regarding better safeguarding of procedural rights of the operators. If to be considered successful, the newly introduced clarifications and mechanisms should lead to better preservation of rights of investigated persons, reduce number of complaints and judicial follow ups and, most importantly, lead to a shortening of average length of OLAF investigations. Such positive effect would be beneficial not only to the economic operators concerned but first and foremost to the EU tax payers, thus enhancing their confidence in EU institutions.

LITERATURE

[1] DE ANGELIS, F.: The European Public Prosecutor's Office (EPPO) – Past, Present, and Future. *Eucrim*, Freiburg: Max-Planck-Institut Freiburg, 2019, vol. 2019, No 4, p. 272–276. ISSN 1862-6947.

[2] LIGETI, K.: *The protection of the procedural rights of persons concerned by OLAF administrative investigations and the admissibility of OLAF Final Reports as criminal evidence*. Brussels: European Parliament, 2017, p. 32.

[3] SCHARF-KRÖNER, C. - SEYDERHELM, J.: OLAF Investigations Outside the European Union. *Eucrim*, Freiburg: Max-Planck-Institut Freiburg, 2019, vol. 2019, No 3, p. 209–218. ISSN 1862-6947.

[4] STOJANOVSKI, V.: Procedural Rights of Persons under Investigation by OLAF. *Eucrim*, Freiburg: Max-Planck-Institut Freiburg, 2011, vol. 2011, No 3, p. 127–132. ISSN 1862-6947.

[5] The OLAF report 2019. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020, p. 53. ISBN 978-92-76-15674-1.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Jan Petr
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: petj23@vse.cz

Lucie Andreisová lucie.andreisova@gmail.com

NĚKOLIK POZNÁMEK K INTERNÍM WHISTLEBLOWING SYSTÉMŮM (OCHRANĚ OZNAMOVATELŮ)

A FEW NOTES ON THE INTERNAL WHISTLEBLOWING SYSTEMS

Abstrakt: Na některé nedávné kauzy byly příslušné úřady a média upozorněny prostřednictvím tzv. oznamovatelů (whistleblowerů). Oznamovatelé jsou lidé, kteří se v situacích, kdy se obvykle při výkonu své pracovní činnosti setkají s určitým protiprávním jednáním, nebojí vystoupit z davu a na dané jednání upozornit. Taková oznámení mohou vést k účinnému odhalování a vyšetřování porušení vnitrostátních a/nebo evropských předpisů. Komplexní právní úprava na ochranu oznamovatelů je dnes zavedena pouze u deseti členských států EU. To jsou důvody, proč Evropská unie v roce 2019 přijala novou směrnici o whistleblowingu. Cílem předloženého příspěvku je probádat vybrané povinnosti týkající se interních whistleblowing systémů vyplývající z této Směrnice a vedle toho ukázat, jak a proč se interní whistleblowing v praxi vyplácí – především s ohledem na tzv. vnitropodnikovou kulturu.

Abstract: Some of the recent scandals were brought to the attention of respective authorities and media by so called "whistleblowers". Whistleblowers are people who speak up in situations where they encounter – usually in context of their work – a wrongdoing. Whistleblowers' reports can lead to effective detection/investigation of violations of national and/or European laws. Currently, only ten EU countries have a comprehensive law protecting whistleblowers. These are reasons why the European Union back in 2019 introduced a new Whistleblowing Directive. The aim of this paper is to explore selected obligations from within the internal whistleblowing area arising from the new Directive, as well as to support the internal whistleblowing mechanisms in their core – by showing what their value is, especially with regards to internal (organizational) compliance cultures.

Klíčová slova: *interní oznamování (whistleblowing), vnitropodniková kultura, etika, compliance, odvetná opatření, reporting, řízení a správa organizací, korporátní skandály, evropské právo.*

Key words: *internal whistleblowing, corporate (compliance) culture, ethics, compliance, retaliation, reporting, corporate governance, corporate scandals, European law.*

1. Introduction – why are we talking about whistleblowing now?

Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law (hereinafter also referred to as the "Whistleblowing Directive" or the "Directive") is perceived as a practical response to several recent scandals – for example "LuxLeaks", "Panama Papers" or "Cambridge Analytica". These cases have at least two aspects in common. First, they would never have been revealed without the determination and efforts of certain individuals ("whistleblowers") who decided to draw attention to them; and, second, these cases significantly threatened the interests of European voters and taxpayers.[1]

The Directive provides protection for a very wide range of potential whistleblowers – in addition to employees, it also protects the self-employed, trainees, former employees and, for example, members of elected bodies of business corporations or their partners/shareholders from so called "retaliation"[2]. The range of activities for which such protection is provided has also been expanded – it will now go beyond basic crimes and offences in the form of corrupt practices and money laundering and will also cover, for example, activities involving the misuse of personal data, as well as activities endangering or damaging the environment and public health[3].

The Member States are obliged to transpose the Directive into their national legislation no later than two years after its entry into effect[4]. Although implementation of such legal requirements can be very difficult in the corporate practice, research carried out in 2018 by George Washington University[5] (see below) showed that organisations with effective internal reporting processes can boast better performance, with benefits seen both on the part of the organisations themselves and on the part of their employees, *i.e.* "internal culture". In addition, 29 % of Europeans think that there is no effective protection for those who speak up[6]. Some Member States were concerned about the scope of the new Directive and sought to exclude, for example, the issue of reporting information on tax fraud. However, these critical comments did not materialise in the end, and the range or scope of the Directive remained – quite deliberately – relatively wide[7].

1 NEWMAN, G., LOMBARD J.: *Whistleblowing Redefined: Interpreting the EU Whistleblower Protection Directive.* 2019, London – United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Available online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/whistleblowing-redefined-interpreting-eu-whistleblower-protection-directive?RCAssetNumber=6711>.

2 See Article 4 of the Whistleblowing Directive.

3 See Article 2 of the Whistleblowing Directive.

4 See Article 26 of the Whistleblowing Directive.

5 STUBBEN, S., WELCH, K. T.: *Evidence on the Use and Efficiency of Internal Whistleblowing Systems (26 October 2018).* Available online: <http://ssrn.com/abstract=3273589>.

6 See *EU Special Eurobarometer on Corruption*, 2017. Available online: <https://ec.europa.eu/home-affairs/news/eurobarometer-country-factsheets-attitudes-corruption_en>.

7 See Article 2 of the Whistleblowing Directive.

2. Basic overview and reactions to the adoption of the Whistleblowing Directive

2. 1 Overview of existing European legislation

As of early 2020, it can be concluded that only ten Member States – namely Croatia, France, Hungary, Ireland, Italy, Lithuania, Malta, the Netherlands, Slovakia and Sweden (as with its former member, *i.e.* the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) – currently have comprehensive legislation for whistleblower protection. Eight other Member States, including, for example, Portugal, Germany, Austria, Poland, Latvia, as well as the Czech Republic, do not yet have any corresponding (comprehensive) legislation. The rest of the Member States only offer partial protection, which, however, does not cover the issue of whistleblower protection in the private sector[8].

The special 2017 EU Eurobarometer survey on corruption and bribery[9] reminded that only 18 % of Europeans would report corruption they are aware of in the workplace, while almost 30 % believe that there is no effective protection for those who detect and report unlawful conduct concerning corruption and bribery. The reason and purpose of the new Whistleblowing Directive is – quite naturally – to change the above. Following its formal adoption in October 2019, EU Member States were given two years to implement it into their national law (or, more precisely, it applies that organisations with 250 or more employees must comply with this legislation from 2021, and organisations with 50 to 249 employees have time until end of 2023[10]).

In addition, the public and private organisations concerned are expected to comply with the following **six key measures** internally before the final deadlines[11]:

A. Establishment of effective channels for receiving reports and related internal procedures and processes

Central to the new Whistleblowing Directive is the obligation to establish effective and efficient reporting channels in private-sector and public-sector organisations with more than 50 employees and municipalities of more than 10,000 inhabitants[12]. It is up to each Member State to decide whether to allow "anonymous reporting" but, in general, the channels should allow people to submit reports either in writing, via an online platform, by e-mail or letter, or, as the case may be, orally, via a telephone line, another voice messaging system or, of course, in person. Managers, HR departments, legal departments, compliance departments etc., must be properly trained for the above, *i.e.* they must know how to

8 NEWMAN, G., LOMBARD J.: *Whistleblowing Redefined: Interpreting the EU Whistleblower Protection Directive.* 2019, London – United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Available online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/whistleblowing-redefined-interpreting-eu-whistleblower-protection-directive?RCAssetNumber=6711>. Followed by an individual research.

9 More details can also be found online: <https://archiv.ihned.cz/c1-66571630-zakon-lepe-ochrani-lidi-kteri-nahlasi-korupci> (*Hospodářské noviny*, May 2019).

10 See Article 26 of the Whistleblowing Directive for more details.

11 NEWMAN, G., LOMBARD J.: *Whistleblowing Redefined: Interpreting the EU Whistleblower Protection Directive.* 2019, London – United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Available online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/whistleblowing-redefined-interpreting-eu-whistleblower-protection-directive?RCAssetNumber=6711>.

12 See Article 8 *et seq.* of the Whistleblowing Directive.

process reports in accordance with the new legislation, and they also must have sufficient equipment to be able to discuss specific concerns with employees and other whistleblowers. The above also includes an understanding of how and when to respond to the concerns received, who to inform about the case and, finally, how to ensure the required confidentiality.

B. Consistent communication of the hierarchy of given reporting channels and employee training

The Whistleblowing Directive introduces a "three-level" reporting system. Individual organisations are expected to provide clear, easily accessible and transparent information about their reporting channels. This is due to the European legislator's efforts to support submitting individual reports. Employees should thus be kept informed and encouraged to use internal reporting channels where justified. These should be confidential, and employers or other entities should respond to individual reports within 3 months of receiving the concern. At the second level, employees will be allowed to submit reports externally, *i.e.* to competent authorities at EU or Member State level. These cases must also be resolved within 3 months of receiving the report (or – only in serious and duly justified cases – within 6 months of receiving the report)[13]. The third level allows individual whistleblowers to publicly report relevant breaches through the media or other means of communication. However, these must be situations that may pose an immediate danger to the "public interest", an increased risk of retaliation or a general inability to resolve complaints internally – within the required time frame[14].

C. Identification of those to whom protection is provided

As mentioned above, the Whistleblowing Directive protects a wide range of "individuals" – in principle, anyone who works in the public or private sector and who could obtain information about breaches of applicable legal and other regulations. Protected whistleblowers therefore include, for example: employees, civil servants, the self-employed, volunteers, trainees, members of elected bodies and partners/shareholders. However, protection also applies to those whose employment has not yet begun, such as job seekers (applicants), as well as to those whose employment has been terminated (*i.e.* former employees). Third parties and intermediaries are also protected.[15]

D. Awareness of the wide range/scope of the Directive

The scope of the new Whistleblowing Directive includes, for example, public procurement, financial services, prevention of money laundering and terrorist financing, product safety, public health and the protection of privacy and personal data[16] – in principle, any breach or potential breach of EU law meeting the conditions defined below.

---

13 See Article 10 *et seq.* of the Whistleblowing Directive.

14 See Article 15 of the Whistleblowing Directive.

15 See Article 4 of the Whistleblowing Directive.

16 See Article 2 of the Whistleblowing Directive.

E. Implementation of the required support and protection measures

The new Whistleblowing Directive requires organisations to implement and consistently communicate additional support and protection measures and "safeguards"[17]. These are means of protection against retaliation, such as dismissal or, as the case may be, termination of employment, suspension of employment, labour "degradation" or generally unfavourable transfer to another role, intimidation or other penalties, such as refusal of training or inadequate evaluation. These measures also cover the prohibition on disclosing the identity of the whistleblower (without his/her express consent) to anyone other than authorised employees, *i.e.* those who are competent to receive and further investigate the reports received.

F. Implementation of internal procedures and processes for timely provision of required feedback

As mentioned above, organisations must respond to the raised concern within 3 or, exceptionally, 6 months from the date of receipt of the report and provide appropriate feedback to the whistleblower[18]. Therefore, effective internal procedures and processes need to be put in place and subsequently communicated to all potential whistleblowers so that everyone knows how their concern will be processed if necessary, what the whole internal investigation process looks like, who conducts such investigation and who decides, for example, whether or not there has been unlawful conduct or breach of the rules of the internal regulations. In addition, organisations should also provide detailed information on the protection afforded to potential whistleblowers, how they will be further informed of the results of the investigation and the overall development of the situation, as well as what penalties will be imposed on the relevant "infringer" (if the breach / concern is confirmed).

As mentioned in the introduction to this text, only 10 Member States of the European Union currently have comprehensive whistleblower protection legislation[19]. It is obvious that with the advent of the new Directive or, more precisely, its transposition into the relevant national legal systems, the situation will rapidly improve. However, the question remains whether this legislative act will also improve the general approach and perception of the issue of whistleblowing by the general public. In 2014, there was still no political effort or will in the EU to adopt a Europe-wide regulation on whistleblower protection. Nevertheless, the Directive was adopted last year. According to some experts[20], the reasons are inefficient or even failing investigations, intentional concealment of information, insufficient internal processes and numerous cases of retaliation. With growing news coverage in connection with this issue, the public has become more and more aware of the failures within some organisations and how some negative trends constantly recur across European society.

---

17 See Article 19 *et seq.* of the Whistleblowing Directive.

18 See Article 9 *et seq.* of the Whistleblowing Directive.

19 NEWMAN, G., LOMBARD J.: *Whistleblowing Redefined: Interpreting the EU Whistleblower Protection Directive*. 2019, London – United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Available online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/whistleblowing-redefined-interpreting-eu-whistleblower-protection-directive?RCAssetNumber=6711>. Followed by an individual research.

20 For more details, see, for example, PICHRT, J. *Whistleblowing*. Praha: Wolters Kluwer, 2013.

The author believes that the need for a comprehensive legal regulation of whistleblower protection is thus more than obvious. It is also clear, however, that this new approach will be a real challenge for some organisations (especially the smaller ones, which do not yet have their own experience with comprehensive regulation of whistleblowing). On the other hand, it needs to be emphasised that the concept of whistleblowing, as introduced by the European Union last year, is nothing new – the aim of the Directive is only to create a certain minimum framework, uniform rules and equal conditions for all whistleblowers – despite numerous cultural differences between the individual Member States (these can, of course, be taken into account, at least in part, in the individual implementation models).

2. 2 Brief analysis of the development of whistleblowing in the Czech legal environment

The legal definition of whistleblowing is currently not available in the Czech legal system (except for the provisions of Section 34 in Czech National Bank Decree No. 163/2014). Jana Jiráková[21] states that: *"The very origin of this term is directed to the activities of police officers or, according to another definition, also the activities of referees who drew attention to undesirable behaviour by blowing the whistle."* In line with the above – a whistleblower now mainly means an employee (whether former or current) who draws attention to unfair, illegal or unethical actions of his/her employer (for example, corruption and bribery, cartel agreements, bid rigging etc.). It is important that the whistleblower never pursues his/her own benefit. The relevant report can be made internally (*i.e.* within / in the organisation) or externally (*i.e. vis-à-vis* external institutions eligible for seeking appropriate remedy). As there are many definitions of whistleblowing, finding a uniform definition is completely impossible.

From a legal point of view, the institute of whistleblowing in the Czech legal system comes into a certain conflict with the "principle of loyalty". This can be deduced for the area of labour law (*i.e.* for cases of internal reporting where the whistleblower is an employee of the organisation concerned) from the provisions of Section 1a (d) of Act No. 262/2006 Coll., the Labour Code, as amended (hereinafter referred to as the "Labour Code"), which lays down the obligation of *"proper performance of the employee's work in accordance with the legitimate interests of the employer"* or, as the case may be, from the provisions of Section 301 (d) of the same Act, which lays down the employee's obligation *"not to act contrary to the legitimate interests of the employer"*. In addition, for members of corporations, Act No. 89/2012 Coll., the Civil Code, as amended (hereinafter also referred to as the "New Civil Code" or only the "Civil Code"), introduces *"general corporate loyalty"*. This is enshrined in the provisions of Section 212 (1) of the Civil Code, which lays down that *"by accepting membership in a corporation, the member undertakes to behave honestly towards it and to adhere to its internal rules".* In addition to this general corporate loyalty, the Act (more specifically, the aforementioned Civil Code in conjunction with Act No. 90/2012 Coll., on companies and cooperatives (Business Corporations Act), as amended, hereinafter also referred to as the "Business Corporations Act") imposes other obligations towards members

21 JIRÁKOVÁ, J.: *Úprava whistleblowingu na české právní scéně aneb co brání přijetí zákona na ochranu oznamovatelů?* 2019, Weinhold Legal, v.o.s. advokátní kancelář. Available online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/uprava-whistleblowingu-na-ceske-pravni-scene-aneb-co-brani-prijeti-zakona-na-ochranu-oznamovatelu-109159.html?mail>.

of the elected bodies of business corporations – for example, the obligation to prioritise the interests of the entity over their own interests or, as the case may be, the obligation to perform the position with *"due managerial care",* which requires a higher degree of expertise, diligence and, last but not least, loyalty.[22] This includes a duty of confidentiality on matters that could cause harm to the entity. The legal theory thus concludes that *"the employee or, as the case may be, the member of a corporation thus treads a thin line between loyalty to the company and his/her moral or legal obligation to report unfair practices to the company"*[23].

However, the above does not mean that whistleblowing has not been discussed in the Czech legal environment in the past. The issue of whistleblowing has been dealt with in four legislative proposals[24], which the author will not subject to further analysis in this text – the reader will certainly be satisfied with the link below, also because none of them has successfully passed through the entire legislative process. Comprehensive legal regulation of whistleblower protection is thus still lacking in the Czech Republic. However, legal theory[25] emphasises that the basis for the codification of whistleblowing can be found directly in the Constitution of the Czech Republic[26] and the Charter of Fundamental Rights and Freedoms[27]. Marginally, the issue of whistleblowing is also covered by regulations in the field of labour[28], criminal[29] or administrative[30] law. The regulated (banking) sector[31] and, for example, the area of civil service relations[32] have a special regulation of whistleblowing.

Therefore, it can be concluded that in case of the Czech Republic it is now not possible to place the issue of whistleblowing in one specific legal branch. As indicated above, whistleblower protection appears both in the sphere of private law and in the sphere of public law (specifically, for example, labour law, criminal law, civil law, commercial law, but

22 See ANDREISOVÁ, L., KUČERA, D.: *Filozofické předpoklady pro pochopení vybraných aspektů civilní odpovědnosti českého vrcholového managementu.* In Štěpánková, K. (ed.). Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference. Prague: TROAS, 2016, pp. 72–92.

23 JIRÁKOVÁ, J.: *Úprava whistleblowingu na české právní scéně aneb co brání přijetí zákona na ochranu oznamovatelů?* 2019, Weinhold Legal, v.o.s. advokátní kancelář. Available online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/uprava-whistleblowingu-na-ceske-pravni-scene-aneb-co-brani-prijeti-zakona-na-ochranu-oznamovatelu-109159.html?mail>.

24 See HRUŠKA, M.: *Whistleblowing v českém právním prostředí.* 2017, SAMAK právo a daně. Available online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/whistleblowing-v-ceskem-pravnim-prostredi-105650.html>.

25 See JIRÁKOVÁ, J.: *Úprava whistleblowingu na české právní scéně aneb co brání přijetí zákona na ochranu oznamovatelů?* 2019, Weinhold Legal, v.o.s. advokátní kancelář. Available online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/uprava-whistleblowingu-na-ceske-pravni-scene-aneb-co-brani-prijeti-zakona-na-ochranu-oznamovatelu-109159.html?mail>.

26 Article 2 (4) of the Constitution of the Czech Republic.

27 Article 2 (3) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms (hereinafter referred to as the "CFRF"), Article 3 (3) of the CFRF, Article 28 of the CFRF and, for example, Article 18 (1) of the CFRF. In practice, however, courts have dealt with the conflict between two fundamental rights and freedoms in relation to the issue of whistleblowing, namely the "freedom of speech" in accordance with Article 17 of the CFRF and the "right to human dignity, personal honour or good reputation" in accordance with Article 10 of the CFRF.

28 In particular, the provision of Section 249 of the Labour Code, which imposes the *"obligation of prevention"* on employees.

29 In particular, the provisions of Section 368 of Act No. 40/2009 Coll., the Criminal Code, as amended (hereinafter referred to as the "Criminal Code"), which contains an enumerative list of criminal offences that a person is obliged to report so as not to commit a criminal offence. On the contrary, a certain "obstacle" for potential whistleblowers may now be the provisions of Sections 184 and 345 of the Criminal Code, namely fear of accusation of the criminal offence of defamation or false accusation (however, both cases are intentional criminal offences).

30 In particular, the provisions of Section 42 of Act No. 500/2004 Coll., the Code of Administrative Procedure, as amended (*i.e.* the obligation of administrative authorities to accept concerns and, if necessary, to initiate proceedings *ex officio*).

31 For example, the provisions of Section 10a of Act No. 21/1992 Coll., on Banks, as amended, or, as the case may be, the provisions of Section 7ad of Act No. 87/1995 Coll., on Savings and Credit Cooperatives, as amended.

32 In particular, the provisions of Section 205 (d) of Act No. 234/2014 Coll., on Civil Service, as amended (Civil Service Act).

also, for example, constitutional law). The adoption of the new Whistleblowing Directive will clearly help to enshrine comprehensive legal protection of whistleblowers – the legal framework for whistleblower protection will be defined at the supranational level, thereby unifying the hitherto fragmented and different regulations in the individual EU Member States, including the Czech Republic.

3. How and why does internal whistleblowing pay off?

Employees in the area of ethics and compliance have long tried to quantify the value of internal whistleblowing mechanisms. A particularly difficult task has been to find a way to accurately calculate the financial return that these mechanisms bring from a practical point of view. In the past, these persons believed in a strong link between the implementation of a whistleblowing mechanism and better business results of the organisation, *i.e.* that an open internal culture in which employees are not afraid to "blow the whistle" in situations where they encounter illegal or unethical behaviour helps to reduce the associated risks and increases the level of achievement of the required consistency between the activities of the organisation and the applicable legal and other regulations, thereby providing a significant strategic and competitive advantage in general.[33] However, such a belief was supported mainly by unofficial evidence and certain intuition of the experts concerned, mostly stemming from their years of practice – in other words, there has always been little empirical evidence for the above-indicated correlation between effective internal whistleblower reporting and business performance of the organisation.

An interesting look at the matter was provided some time ago by a study by authors at George Washington University[34]. This study examines the relationship between the introduction and use of the internal whistleblowing mechanism and the business performance of the organisation. The authors of the study gained access to more than 3 million internal reporting records from approximately 5,000 organisations for their research. The analysed data falls into the period 2004–2017. In short, the cited study reveals a clear correlation between the effective use of internal whistleblowing mechanisms and better business performance of organisations in several dimensions (see below). Such a finding is undoubtedly a very welcome message for various compliance managers, corporate lawyers, as well as top management of both domestic and international business corporations – *i.e.* for all those for whom a healthy and productive culture in the workplace is a key aspect of doing business. Several findings from this study are counterintuitive. For example, many of us may have assumed that a higher volume of internal reports indicates a problematic, perhaps even toxic internal culture. In reality the opposite is true – according to the study presented above, a higher number of internal reports correlates with better business results. In this respect, the study concludes that there is even a direct relationship between these quantities – the higher the number of internal whistleblower reports, the better the business results of the organisation.

33 NAVEX Global, Inc. *Strength in Numbers: The ROI of Compliance Program Hotline Reporting.* 2018, London – United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Available online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/roi-of-compliance-program-hotline-reporting?RCAssetNumber=3991>.

34 STUBBEN, S., WELCH, K. T.: *Evidence on the Use and Efficiency of Internal Whistleblowing Systems).* Available online: <http://ssrn.com/abstract=3273589>.

Among other conclusions of this study, the following should be particularly noted[35]:

- **Greater profitability and productivity as measured by return on assets (ROA)** – effective use of the internal whistleblowing mechanism is therefore associated with a small but significant improvement in ROA: specifically, an increase in ROA of up to 2.8 % (compared to similar organisations with a lower volume of internal whistleblower reports).
- **Fewer material lawsuits** – *i.e.* organisations with a higher number of internal whistleblower reports have been subject to fewer lawsuits over the next 3 years: in particular, a decrease of up to 6.9 % (compared to similar organisations with a lower volume of internal whistleblower reports). On the other hand, organisations that paid more attention to compliance issues and some elements of related compliance programmes (for example, reporting towards the organisation's top management) faced an even lower number of lawsuits.
- **Lower litigation costs** – *i.e.* when lawsuits were brought against the organisations and litigation was initiated, those with a higher number of internal whistleblower reports faced up to 20.4 % lower costs (in terms of the total value of "settlement" of the lawsuit); according to the authors of the cited study, this suggests that a higher rate of internal whistleblower reports allows organisations to resolve issues before they reach the litigation stage, *i.e.* that such internal reports are usually the last step before the employee contacts the relevant regulatory authorities, external advisers or even judicial institutions.
- **Fewer external whistleblower reports** – *i.e.* organisations with a higher number of internal whistleblower reports faced a much smaller number of external reports (again compared to similar organisations with a lower volume of internal whistleblower reports).
- In addition to the above, the study revealed that **organisations with fewer internal whistleblowing mechanisms and their lower overall use are often associated with unethical corporate governance and financial reporting.**
- Last but not least, the author considers it necessary to mention the fact that the study also showed (although it is more or less logical in the context of the above) that **there is a strong (inverse) correlation between the volume of internal whistleblower reports of the organisation and the amount of negative news coverage it received**[36]. The specific findings are more than encouraging: *"Firms that actively utilized their hotlines received, on average, 46 % fewer negative news stories than business with low or infrequent internal reporting use."*[37] Based on the above, another analysis was performed – to test the existence of a correlation between the effectiveness of the internal whistleblowing mechanism and the increased attention or interest of the relevant regulators. Not surprisingly, the presence of a strong inverse correlation was

35 NAVEX Global, Inc. *Strength in Numbers: The ROI of Compliance Program Hotline Reporting.* 2018, London – United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Available online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/roi-of-compliance-program-hotline-reporting?RCAssetNumber=3991>.

36 NAVEX Global, Inc. *Hotlines & Headlines: Examining the Relationship Between Hotline Reporting and Corporate Reputation.* 2019, London – United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Available online: <https://www.navexglobal.com/en-us/campaigns/hotlines-and-headlines-reporting-and-reputation>.

37 *Ibid.*

also proved in this issue – which is, of course, also related to the volume of financial penalties imposed.

It should be added that the above cited study also stresses out the impact of effective whistleblowing mechanisms on the building of a good internal company culture[38], *i.e.* a certain culture of compliance.

Conclusion

The primary purpose of the new Whistleblowing Directive is to create a uniform legal framework for the protection of whistleblowers. However, the successful fulfilment of such a defined purpose will not be achieved without the involvement of various entities from the ranks of both private and public organisations. The first task is entrusted to the individual EU Member States, which are obliged to present national legislation that complies with the essential requirements of the Whistleblowing Directive by 17 December 2021.[39] In this respect, the Member States have been given room for their own, potentially more favourable, interpretation of EU law.[40] The plan of the Ministry of Justice of the Czech Republic under the leadership of Marie Benešová is to transpose the Directive into the Czech legal system through a completely new law on whistleblower protection. However, other laws, including the Labour Code and the Code of Civil Procedure, will most likely also be amended.[41]

Internal whistleblowing mechanisms can ultimately save organisations considerable sums of money. This is evidenced by a number of expert studies presented above, which show that although the implementation and subsequent (ongoing) management of the internal whistleblowing mechanism requires some initial investment, this is a negligible financial amount compared to the consequences of possible (undetected) danger and numerous benefits resulting from the existence of such a mechanism.

As the research shows, effective internal whistleblowing mechanisms are not only a good (recommended) practice, but that, as a rule, the relevant regulatory authorities will expect their implementation very soon.

38 See ANDREISOVÁ, L.: *How Can a Corporate (Compliance) Culture Be Described and Effectively Measured?* Business and Management Studies. 2018, Vol. 4, No. 3, pp. 52–57.

39 See Article 26 (1) of the Whistleblowing Directive.

40 See Article 25 (1) of the Whistleblowing Directive.

41 VAVERKOVÁ, K.: *Na firmy se valí nová povinnost: musí zřídit oznamovací kanály pro whistleblowery: ochrana oznamovatelů.* 2019, Echo24.cz. Available online: <https://www.echo24.cz/a/STsvS/na-firmy-se-vali-nova-povinnost-musi-zridit-oznamovaci-kanaly-pro-whistleblowery>.

LITERATURE

[1] ANDREISOVÁ, L.: *How Can a Corporate (Compliance) Culture Be Described and Effectively Measured?* Business and Management Studies. 2018, sv. 4, č. 3, s. 52–57. ISSN 2374-5916.

[2] ANDREISOVÁ, L., KUČERA, D.: *Filozofické předpoklady pro pochopení vybraných aspektů civilní odpovědnosti českého vrcholového managementu.* In Štěpánková, K. (ed.). Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference. Praha: TROAS, 2016, s. 72–92. ISBN 978-80-88055-01-3.

[3] Compliance Week Europe & NAVEX Global, Inc. *Insights on Whistleblowers and Internal Reporting. 2019*, Londýn – Spojené království Velké Británie a Severního Irska. Dostupné online: <https://www.complianceweek.com/e-books/insights-on-whistleblowers-and-internal-reporting/27145.article>.

[4] Evropská unie. EU *Special Eurobarometer on Corruption.* 2017. Dostupné online: <https://ec.europa.eu/home-affairs/news/eurobarometer-country-factsheets-attitudes-corruption_en>.

[5] HRUŠKA, M.: *Whistleblowing v českém právním prostředí.* 2017, SAMAK právo a daně. Dostupné online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/whistleblowing-v-ceskem-pravnim-prostredi-105650.html>.

[6] Institute of Business Ethics in London (IBE). *Ethics at Work – 2018 Survey of Employees (Europe).* 2018, IBE, Londýn – Spojené království Velké Británie a Severního Irska. Dostupné online: <https://www.ibe.org.uk/resource/ethics-at-work-2018-europe.html>.

[7] JIRÁKOVÁ, J.: *Úprava whistleblowingu na české právní scéně aneb co brání přijetí zákona na ochranu oznamovatelů?* 2019, Weinhold Legal, v.o.s. advokátní kancelář. Dostupné online: <https://www.epravo.cz/top/clanky/uprava-whistleblowingu-na-ceske-pravni-scene-aneb-co-brani-prijeti-zakona-na-ochranu-oznamovatelu-109159.html?mail>.

[8] NAVEX Global, Inc. *Strength in Numbers: The ROI of Compliance Program Hotline Reporting.* 2018, Londýn – Spojené království Velké Británie a Severního Irska. Dostupné online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/roi-of-compliance-program-hotline-reporting?RCAssetNumber=3991>.

[9] NEWMAN, G., LOMBARD J.: *Whistleblowing Redefined: Interpreting the EU Whistleblower Protection Directive.* 2019, Londýn – Spojené království Velké Británie a Severního Irska. Dostupné online: <https://www.navexglobal.com/en-us/resources/white-papers/whistleblowing-redefined-interpreting-eu-whistleblower-protection-directive?RCAssetNumber=6711>.

[10] PICHRT, J.: *Whistleblowing*. Praha: Wolters Kluwer, 2013. 260 s. ISBN: 978-80-7478-393-7.

[11] Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1937 ze dne 23. října 2019 o ochraně osob, které oznamují porušení práva Unie.

[12] STUBBEN, S., WELCH, K. T.: *Evidence on the Use and Efficiency of Internal Whistleblowing Systems (26 October 2018)*. Dostupné online: <http://ssrn.com/abstract=3273589>.

[13] VAVERKOVÁ, K.: *Na firmy se valí nová povinnost: musí zřídit oznamovací kanály pro whistleblowery: ochrana oznamovatelů.* 2019, Echo24.cz. Dostupné online: <https://www.echo24.cz/a/STsvS/na-firmy-se-vali-nova-povinnost-musi-zridit-oznamovaci-kanaly-pro-whistleblowery>.

[14] Zákon č. 21/1992 Sb., *o bankách*, ve znění pozdějších předpisů.

[15] Zákon č. 234/2014 Sb., *o státní službě*, ve znění pozdějších předpisů.

[16] Zákon č. 262/2006 Sb., *zákoník práce*, ve znění pozdějších předpisů.

[17] Zákon č. 40/2009 Sb., *trestní zákoník*, ve znění pozdějších předpisů.

[18] Zákon č. 500/2004 Sb., *správní řád,* ve znění pozdějších předpisů.

[19] Zákon č. 87/1995 Sb., *o spořitelních a úvěrních družstvech*, ve znění pozdějších předpisů.

[20] Zákon č. 89/2012 Sb., *občanský zákoník*, ve znění pozdějších předpisů.

[21] Zákon č. 90/2012 Sb., *o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích)*, ve znění pozdějších předpisů.Zákon č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

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

Michal Pospíšil pospisil@akpospisil.cz

NÁMITKOVÉ ŘÍZENÍ PO VELKÉ NOVELIZACI ZNÁMKOVÉHO ZÁKONA

TRADEMARK OPPOSITION AFTER LARGE AMENDMENT OF THE TRADEMARK ACT

Abstrakt: V lednu 2019 nabyl účinnosti podstatně novelizovaný zákon o ochranných známkách, čímž naše národní právo reflektovalo na novelizovanou právní úpravu evropskou. Mezi hlavními důvody pro přijmutí změn ve známkovém právu byl jednak překotný technický vývoj společnosti, a dále pak i ta skutečnost, že mnohdy jsou zapsané ochranné známky, které svoji funkci neplní a brání ostatním účastníkům trhu nově vstupovat na trh, resp. vstupovat na trh s novými výrobky. Změněná právní úprava je v praxi zatím necelé dva roky, ale nezdá se, že by přivodila nějaká zásadní negativa.

Abstract: In January 2019 last year, the substantially amended Trademark Act came into force, thus reflecting our national law on the amended European legislation. Among the main reasons for accepting changes in trademark law were the rapid technical development of society and the fact that there are often registered trademarks that do not fulfill their function and prevent other market participants from new entering the market, respectively enter the market with new products. The amended legislation has been in practice for less than two years, but it does not seem to cause any major negatives.

Klíčová slova: *ochranná známka, námitky, odmítnutí ochrany, průkaz užívání, přihláška ochranné známky.*

Key words: *opposition, proof of use, refusal of protection, trademark, trademark application.*

Úvod

V loňském roce nabyl účinnosti novelizovaný zákon o ochranných známkách (uveřejněný pod č. z. 286/2018 Sb.), který podstatně změnil pojetí známkového práva, a to jak z hlediska hmotného práva, tak i procesního. Cílem tohoto příspěvku je poukázat na možné aplikační problémy, které by mohly, resp. již v praxi vyvstávají v rámci procesu přihlašování ochranných známek při zápisu do rejstříku ochranných známek v rámci námitkového řízení.

1. Základní změny v zákoně

Ochranná známka v praxi slouží zejména jako nástroj pro ochranu obchodních označení. Smyslem institutu ochranné známky je, aby došlo k odlišení jednoho podnikatele od druhého. Povětšinou se ochrannou známkou chrání názvy podnikatelů, jejich výrobků nebo jejich loga. Nová právní úprava tento trend patrně změní, protože dosavadním předpokladem zápisné způsobilosti ochranné známky do rejstříku ochranných známek byla její grafická znázornitelnost. Tento mnoho desítek let trvající předpoklad již není nutný, protože pro možnost zápisu ochranné známky do rejstříku postačuje namísto grafické znázornitelnosti požadavek na nalezení vhodného formátu, který umožní jasně a přesně určit předmět ochrany, jak vyplývá z ust. § 1a zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách a o změně zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (dále jen jako ZOZ) a je zachytitelný tak, aby jej bylo možné vyjádřit v rejstříku ochranných známek. Nově se tak mohou registrovat např. ochranné známky zvukové, pohybové nebo multimediální, což je pochopitelně k současným (a zejména budoucím) trendům žádoucí[1]. ZOZ byl novelizován na základě změn ve známkovém unijním právu, když byla transponována do našeho právního řádu Směrnice EP a Rady (EU) 2015/2436 ze dne 16. prosince 2015, kterou se sbližují právní předpisy členských států o ochranných známkách[2] (dále jen Směrnice), na které se pracovalo zhruba pět předchozích let od okamžiku, kdy byla pro Komisi Max Planckovým Institutem pro duševní vlastnictví, soutěž a daně z Mnichova dokončena studie na téma nutných změn ve známkovém právu, kterou si v roce 2009 tehdejší OHIM vyžádal za účelem vyhodnocení právního a funkčního stavu prostředí známkového práva.

Za další podstatnou změnu můžeme považovat proces registrace ochranných známek v oblasti zkoumání dobré víry. Přesněji řečeno, odpadla povinnost zkoumat z moci úřední tzv. dobrou víru přihlašovatele, takže nyní Úřad průmyslového vlastnictví (dále též jen jako ÚPV) již nezkoumá shodu přihlašovaného označení s označeními již zapsanými (pro identické výrobky anebo služby). Jaký důvod vedl evropského zákonodárce k tomuto kroku, zůstává utajeno, snad jen pro zjednodušení zápisného řízení pro dotčený úřad. Český zákonodárce v důvodové zprávě osvětluje nutnost změny uvedenou Směrnicí, která ale toto výslovně nepřikazuje, neboť je v ní uvedeno, že *„každý členský stát může rovněž stanovit, že taková ochranná známka se do rejstříku nezapíše“*[3], takže stručný odkaz důvodové zprávy na čl. 4 odst. 2 Směrnice neobstojí. Podle novelizované právní úpravy tak zůstává na třetích osobách, aby po zápisu ochranné známky do rejstříku podaly návrh na prohlášení neplatnosti takové ochranné známky podle ust. § 31 odst. 1 ZOZ, anebo, pokud to včas zjistí, tak mohou podat námitky proti jejímu zápisu. Podání námitek ovšem vyžaduje aktivitu třetí/dotčené osoby, a to nejen takovou, že je nutné zpracovat a podat námitky, ale zejména spočívající v tom, že je nutné si zveřejnění takové

1 Za nešťastné je možné považovat zrušení institutu kombinované ochranné známky, která byla v praxi hojně podnikateli využívána.

2 Nyní kodifikována jako Nařízení EP a Rady (EU) 2017/1001 ze dne 14. června 2017 o ochranné známce Evropské unie (kodifikované znění).

3 V anglickém i německém znění je uvedeno totéž - Any Member State may also provide that such a trade mark is not to be registered, resp. Jeder Mitgliedstaat kann überdies vorsehen, dass eine solche Marke von der Eintragung ausgeschlossen ist.

přihlášky vůbec všimnout[4]. Bylo by tak vhodnější, aby zápisný úřad i nadále prováděl rešerši na shodu označení (při shodném seznamu výrobků anebo služeb) a shodná označení nezapisoval z moci úřední, ať již na základě nedobré víry nebo jak umožňovalo zrušené ust. § 6 ZOZ z relativních důvodů, byť *ex officio*. Proti uplatnění institutu dobré víry hovoří fakt, že zlá víra přihlašovatele musí být zjevná, neboť podle Charváta jde o *„požadavek zcela opodstatněný, poněvadž Úřad průmyslového vlastnictví ze své činnosti nemůže mít znalost o tom, zda přihlašovatel nejedná v dobré víře. Úřad průmyslového vlastnictví tak bude tento důvod aplikovat pouze na flagrantní případy.“*[5] Na druhou stranu podle Horáčka tento institut vedl *„k intenzivnějšímu posílení ochrany vlastníků ochranných známek a je významný i z hlediska postavení Úřadu“*[6] průmyslového vlastnictví. Do novelizace tak platilo, že *„dobrá víra se posuzuje podle okolností přihlášení známky, zejména se bude brát v úvahu, jestli osoba, která si podala přihlášku takové známky, mohla být neznalá práva jiné osoby na stejné nebo podobné označení a jistě se bude zkoumat, jestli užívání takového označení nebude v rozporu s dobrými mravy. Dobrou víru přihlašovatele bude Úřad průmyslového vlastnictví ČR zkoumat buď na základě odůvodněných námitek nebo připomínek k zápisu ochranné známky nebo Úřad sám shledá zvláštní důvody ke konstatování nedostatku dobré víry.“*[7] Díky nezkoumání dobré víry se tedy také o něco snížil i význam institutu připomínek k přihlášce ochranné známky, byť stále lze „připomenout“ zápisnému úřadu absolutní důvody.

Jak je již výše naznačeno, bylo rovněž zrušeno ust. § 6 ZOZ, které Úřadu přikazovalo provádět průzkum relativních překážek zápisné způsobilosti přihlašovaného označení na základě jím prováděné rešerše a případně z úřední povinnosti zamítnout přihlášku ochranné známky z důvodu její kolize se shodnou starší ochrannou známkou jiné osoby, která je registrovaná pro shodné výrobky nebo služby. Rovněž byl Úřad povinen na základě ust. § 22 odst. 2 ZOZ provádět věcný průzkum z hlediska kolize přihlašovaného označení se starší ochrannou známkou jiné osoby, aby ověřil, jestli přihlašované označení neobsahuje shodný prvek se zapsanou ochrannou známkou, registrovanou pro shodné výrobky či služby. Tento průzkum prováděl Úřad jednak z důvodu zajištění vyšší právní jistoty vlastníků starších ochranných známek, a v neposlední řadě tento postup sloužil k ochraně starších ochranných známek před jejich rozmělněním a pro zamezení klamání zákazníků. Současná právní úprava tuto problematiku tak zcela přenesla na bedra vlastníků ochranných známek a Úřad se tak stal do jisté míry jen jakýmsi strážcem formálních náležitostí.

4 Sice většina patentových zástupců nabízí svým klientům službu sledování nových přihlášek ochranných známek, ale zejména díky možnosti přihlásit ochrannou známku Evropské unie je taková služba poměrně náročná, a tudíž i nákladná a rozhodně není stoprocentní.

5 KOUKAL, P. CHARVÁT, R. HEJDOVÁ, S. ČERNÝ, M.: *Zákon o ochranných známkách: Komentář* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2020-11-2]. ASPI_ID KO441_2003CZ. Dostupné v Systému ASPI.

6 HORÁČEK, R. BISKUPOVÁ, E. DE KORVER, Z.: *Práva na označení a jejich vymáhání. Komentář*. 3. doplněné vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 23.

7 POSPÍŠIL, M. HÁK, J. REMIŠOVÁ, J.: *Práva z průmyslového vlastnictví.* Praha: VŠAP, 2007, s. 47.

2. Změny v námitkovém řízení

Existují dvě kategorie zákonných důvodů, pro které může být ochranná známka, resp. přihlašované označení zápisu neschopné. Jde jednak o absolutní důvody, které jsou poměrně určitě vymezeny v ust. § 4 ZOZ, a ke kterým ÚPV přihlíží z úřední povinnosti, a dále jde o důvody relativní, které mají soukromoprávní povahu, což znamená, že ÚPV se jimi zabývá až z podnětu třetí osoby, tedy v okamžiku napadení přihlášky či již zapsané ochranné známky obvykle vlastníkem zaměnitelného označení.

Zatímco absolutní nezápisné důvody jsou předem vymezeny a ÚPV je schopen je celkem snadno posoudit, neboť jde o jakési obecné důvody, pro které nelze označení registrovat (což mohou být případy, kdy přihlašované označení je v podobě obvyklých obchodních údajů nebo je v rozporu s veřejným zájem či by mohlo spotřebitele klamat), nelze u důvodů ostatních předem rozpoznat nebezpečí zaměnitelnosti. Úřad není v rámci zápisného řízení, přesněji řečeno v průběhu druhé části řízení, tzv. věcného průzkumu přihlašovaného označení, totiž schopen sám zjistit, může-li podobné přihlašované označení kolidovat s označením již zapsaným.

Zákon tak umožňuje třetím osobám, které se cítí dotčeny na svých právech přihlašovaným označením, aby podali námitky proti jeho zápisu (a případně po zápisu ochranné známky návrh na prohlášení ochranné známky za neplatnou ze stejných důvodů). *„Námitky proti zápisu ochranné známky jsou základním procesním nástrojem k ochraně hmotných práv stanoveného okruhu osob před zápisem ochranné známky do rejstříku. Námitkové řízení umožňuje třetím osobám, aby si chránily svoje práva, která by mohla být postižena zápisem ochranné známky do rejstříku.“*[8] Třetí osoby, které jsou oprávněny podat námitky, ZOZ taxativně vymezuje v ust. § 7, stejně tak jako zde vymezuje důvody, pro které je lze podat.

Důvody pro podání námitek v ust. § 7 doznaly několika změn. Předně je to již zmíněné přenesení obrany proti shodnosti označení na vlastníka starší ochranné známky. Nyní tak podle ust. § 7 odst. 1 písm. a) ZOZ je námitky oprávněn podat vlastník starší ochranné známky, která je shodná s přihlašovanou, a to pro stejné výrobky anebo služby. Pod písm. a) se nyní řadí i původní písm. c), které přiznávalo ochranu všeobecně známé ochranné známce. Původní písm. a) se tak stalo až druhým námitkovým důvodem a novelizaci přestálo beze změn a směřuje proti zápisu shodných nebo podobných označení pro shodné nebo zaměnitelné výrobky anebo služby. Stejně tak nedoznalo významných změn následující ustanovení původního písm. b), které nyní pod písm. c) umožňuje podat námitky vlastníkům ochranných známek s dobrým jménem. Pod písm. c) byla zařazena i původní písm. d) a e), která přiznávala ochranu ochranné známce Evropské unie[9] a všeobecně známé ochranné známce s dobrým jménem. Další ustanovení pod původními písm. f) až j) byla jen spíše terminologicky upravena a kodifikována pod písm. d) až h). Zcela vypuštěno novelizací bylo poslední ustanovení – písm. k), které umožňovalo podat námitky i tomu, kdo se cítil dotčen ve svých právech přihláškou, která nebyla podána v dobré víře. Modifikováno bylo dále ustanovení odstavce druhého, které nově umožňuje, aby námitky podaly též osoby, které podaly přihlášku či žádost o zápis jiného průmyslového práva podle písm. h) odstavce prvního.

8 POSPÍŠIL, M. HÁK, J. REMIŠOVÁ, J.: *Práva z průmyslového vlastnictví.* Praha: VŠAP, 2007, s. 54.

9 V původním textu ochranné známce Společenství.

3. Průkaz užívání

Z procesního hlediska došlo novelizací rovněž ke změnám, které bychom nepovažovali za podstatné, kdyby nedošlo k přidání ust. § 26a[10], které za určitých okolností může vést až ke zrušení ochranné známky. Ust. § 26a ZOZ totiž umožňuje přihlašovateli v prekluzivní dvouměsíční lhůtě ode dne doručení námitek k vyjádření, požadovat po podateli námitek, aby prokázal, že ke dni podání přihlášky (nebo ke dni vzniku práva přednosti u přihlášky) je ochranná známka podatele námitek zapsána v rejstříku nejméně 5 let a je řádně užívána. Povinností podatele námitek je následně ve čtyřměsíční prekluzivní lhůtě stanovené mu Úřadem předložit důkazy o tom, že během doby 5 let, jež předcházely dni podání přihlášky (nebo dni vzniku práva přednosti přihlášky), byla namítající ochranná známka řádně užívána v souladu s ust. § 13 ZOZ pro ty výrobky anebo služby, pro které je zapsána a na nichž jsou založeny námitky. Případně může podatel námitek předložit důkazy o existenci řádných důvodů pro její neužívání[11]. Neprokáže-li namitatel její užívání pro všechny zapsané výrobky anebo služby, pokračuje Úřad v námitkovém řízení jen pro prokázané výrobky anebo služby. Neprokáže-li užívání vůbec, Úřad námitky z tohoto důvodu zamítne, aniž by se věcí více meritorně zabýval. Popsané dvě negativní situace pak mohou vést k tomu, že přihlašovatel podá Úřadu návrh na zrušení ochranné známky (příp. pro neprokázané výrobky anebo služby) ve smyslu ust. § 31 odst. 1 písm. a) ZOZ, a pokud se nepovede vlastníkovi napadené ochranné známky nějak dodatečně nalézt důkazy o jejím užívání (nebo prokázat nemožnost jejího neužívání), dojde ke zrušení ochranné známky z rejstříku ochranných známek (příp. k částečnému zrušení, tj. jen pro některé výrobky anebo služby).

Podle preambule Směrnice v bodech 31 a 32 mohou ochranné známky naplňovat svůj účel pouze tehdy, jsou-li na trhu skutečně užívány. Tento požadavek je tak nutný pro snížení celkového počtu ochranných známek zapsaných a chráněných na území EU a mělo by tím dojít i ke snížení počtu sporů, které v souvislosti s nimi vznikají. Vlastník zapsané starší ochranné známky by proto neměl mít možnost úspěchu v námitkovém řízení v případě, kdy svou ochrannou známku řádně neužívá. Není ale zcela jasné, jestli zavedení tohoto institutu bude pro praxi významné, neboť se ukazuje, že mnozí potenciální podatelé námitek je pro jistotu nechtějí vůbec podat, aby neohrozili svoje zapsané ochranné známky (nechtějí na sebe vlastně upozornit). Může tak paradoxně docházet k tomu, že bude v rejstříku ochranných známek zapsáno mnohem více ochranných známek, a ano, sníží se množství sporů v řízení před zápisnými úřady.

10 Pro úplnost je třeba dodat, že stejný požadavek je stanoven v ust. § 32c týkající se prohlášení neplatnosti ochranné známky.

11 Podle ustálené judikatury (např. rozsudek SD EU ze dne 11.5.2006 pod spis. zn.: C-416/04 VITAFRUT) je nutné prokázat skutečné užívání ochranné známky v obchodním styku, tedy takové, že se s ochrannou známkou mohla relevantní veřejnost seznámit.

Závěr

Nakonec tak možno konstatovat, že právní úprava námitkového řízení u ochranných známek doznala poměrně značných změn, které mohou paradoxně vyústit v to, že počet zapsaných ochranných známek bude narůstat, což nebylo záměrem zákonodárce. Lze se spíše domnívat, že záměrem evropského[12] zákonodárce bylo, aby bylo podáváno méně námitek a byly odbřemeněny zápisné úřady, ale díky novému institutu prokazování užívání napadající ochranné známky, resp. díky strachu nepodávat námitky, bude zapsáno větší množství ochranných známek místo toho, aby nepoužívané byly z rejstříku odstraněny. Praxe tak do pěti let od účinnosti novely ZOZ, potažmo Směrnice, ukáže, nebyl-li to spíše úkrok stranou.

LITERATURA

[1] HORÁČEK, R. BISKUPOVÁ, E. DE KORVER, Z.: *Práva na označení a jejich vymáhání. Komentář*. 3. doplněné vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 23.

[2] KOUKAL, P. CHARVÁT, R. HEJDOVÁ, S. ČERNÝ, M.: *Zákon o ochranných známkách: Komentář* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2020-11-2]. ASPI_ID KO441_2003CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.

[3] POSPÍŠIL, M. HÁK, J. REMIŠOVÁ, J.: *Práva z průmyslového vlastnictví*. Praha: VŠAP, 2007, s. 54.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Mgr. Michal Pospíšil, Ph.D., LL.M.
Na Podkovce 282/12
147 00 Praha
E-mail: pospisil@akpospisil.cz

12 Česká důvodová zpráva k novelizaci zákona, jak je bohužel dobrým zvykem, k tomu ničeho neuvádí.

Peter Rakovský peter.rakovsky@flaw.uniba.sk

DAŇOVÉ VÝZVY A REGULÁCIA OBCHODNÝCH SPOLOČNOSTÍ V ŠTÁTOCH EURÓPSKEJ ÚNIE[1]

TAX CHALLENGES AND REGULATION OF BUSINESS COMPANIES IN THE COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION

Abstrakt: Predmetom autorovho článku je výskum najmarkantnejších súčasných výziev obchodných spoločností v oblasti dani z príjmov. V poslednom období je vidieť jasnú líniu OECD, ako aj Európskej únie v oblasti zamedzenia znižovania základu dane a presunu ziskov. Z uvedeného dôvodu je cieľom článku identifikovať tie, ktoré predstavujú najdôležitejšie opatrenia vo vzťahu k ochrane fiskálnych záujmov členských štátov Európskej únie v oblasti zdaňovania obchodných spoločností. Autori za také považujú pravidlá transferového oceňovania, pravidlá pre digitálnu ekonomiku a pravidlá proti zneužitiu. Zároveň je cieľom poskytnúť vyselektované ustálené spôsoby a pravidlá smerujúce k zamedzeniu dvojitého nezdanenia.

Abstract: The subject of the author's article is the research of the most imporant and current challenges of companies in the field of income tax. Recently, the clear line has been seen between the OECD and the European Union in the area of preventing a reduction in the tax base and the transfer of profits. According to that, the aim of the article is to identify which are the most important measures in relation to the protection of the fiscal interests of the Member States of the European Union in the field of corporate taxation. The authors consider transfer pricing rules, digital economy rules and anti-tax avoidance rules to be such. At the same time, the aim is to provide selected established methods and rules aimed at avoiding double non-taxation.

Klíčová slova: *transferové oceňovanie, digitálna ekonomika, zneužitie práva.*

Key words: *transfer pricing, digital economic, tax avoidance.*

1 Príspevok spracovaný v rámci projektu APVV-16-0499 „Zabezpečenie efektívneho výberu daní v kontexte informatizácie."

1. Daňové výzvy obchodných spoločností a ich rozsah

V posledných rokoch silnie tlak politických elít v mnohých vyspelých krajinách na zvýšenie schopnosti daňovo-právneho systému bojovať s „nežiaducim" správaním podnikateľov.[2] V daňovej oblasti, kde hovoríme o daňových únikoch, ide tak o daň z príjmov, ako aj o daň z pridanej hodnoty. V oblasti dani z pridanej hodnoty predstavuje napríklad režim prenesenia daňovej povinnosti spôsob, ktorý možno označiť za jeden z potencionálnych nástrojov boja proti daňovým únikom. Tie sú vykonávané napríklad reťazovým podvodom. Podstata systému prenesenia daňovej povinnosti spočíva v zmene platiteľa vykázať a odviesť DPH do štátneho rozpočtu. Kým v štandardnom režime je za zaplatenie DPH zodpovedný dodávateľ, v režime prenesenia daňovej povinnosti je touto osobou odberateľ (osoba prijímajúce zdaniteľné plnenie).[3] Nižšie v texte uvedieme podľa nášho názoru v súčasnosti najdiskutovanejšie témy medzinárodného zdaňovania v oblasti dani z príjmov.

1.1 Pravidlá transferového oceňovania

Základom pravidiel transferového oceňovania je požiadavka na dodržanie princípu nezávislého vzťahu v transakciách medzi závislými osobami. Podstata ich fungovania je na vnútroštátnej úrovni vyjadrená v ustanovení § 17 ods. 5 zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov (ďalej aj len „ZDP"), podľa ktorého je súčasťou základu dane daňového subjektu (závislej osoby) aj rozdiel, o ktorý sa ceny alebo podmienky v kontrolovaných transakciách líšia od cien alebo podmienok, ktoré by sa použili medzi nezávislými osobami v porovnateľných transakciách. Východiskový princíp nezávislého vzťahu je zakotvený aj v článku 9 Modelovej zmluvy OECD o príjmoch a majetku („modelová zmluva OECD"). Jeho zmysel spočíva v tom, že ak sa podmienky obchodných a finančných vzťahov medzi závislými osobami líšia od podmienok, aké by medzi sebou dohodli nezávislé subjekty, majú sa akékoľvek zisky, ktoré neboli dosiahnuté len v dôsledku existencie týchto odlišných podmienok, zahrnúť do ziskov tohto podniku a následne aj zdaniť.[4] Transferové oceňovanie teda možno charakterizovať ako postup stanovenia cien (súbor pravidiel) pri transakciách závislých osôb tak, aby bola daňová povinnosť strán určitej transakcie obdobná ako daňová povinnosť akýchkoľvek "neprepojených" subjektov na voľnom trhu z určitej transakcie.[5] V spojitosti s pravidlami transferového oceňovania sa spustila aj masívna vlna korporatívnych daňových opti-

2 LANDGRÁF, R.: Předvídatelnost vers. *„spravedlnost"* daňového práva. 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. 183 a nasl.

3 KLÍMOVÁ, J.: Režim přenesení daňové povinnosti – účinný nástroj v boji proti daňovým únikům 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. 118.

4 GORMSEN, L, L.: (2016). EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga. *Journal of European Competition Law & Practice*, č. 7, vyd. 6, s. 371.

5 AVIYONAH, R., S. a kol.: Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. *Florida Tax review*, 2009, č. 5/2009; LANG, M. STORCK, A. PETRUZZI, R.: *Transfer Pricing Developments Around the World.* Wolters Kluwer, 2017; PANKIV, M.: Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures. [online 16.11.2016]. *IBFD*, Dostupné z: https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/International-Transfer-Pricing-Journal/collections/itpj/html/itpj_2016_06_int_9.html [cit. 24. 9. 2020]; VOGELAAR, T., W. *The OECD guidelines: their philosophy, history, negotiation, form, legal nature, follow-up procedures and review. Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises.* Wolters Kluver. 1980, s. 127–139.

malizácii (najväčších svetových gigantov z rôznych odvetví priemyslu) na území EÚ, čo v posledných rokoch konečne pritiahlo pozornosť úniových a nadnárodných inštitúcií.[6]

Základným metodologickým východiskom pre aplikáciu pravidiel transferového oceňovania je Smernica OECD o transferovom oceňovaní pre nadnárodné spoločnosti a správu daní. Je diskutabilné, či právna relevancia OECD Smernice vo vzťahu k vnútroštátnym pravidlám transferového oceňovania je obmedzená, avšak jej relevanciu ako metodického materiálu vnímame na úrovni obdobnej odbornej technickej (znaleckej) literatúre, pričom však jej odporúčania bude vždy nutné posudzovať v každom individuálnom prípade vo svetle platných právnych noriem a jej použitie bude správca dane nútený riadne odôvodniť.[7]

S pravidlami transferového oceňovania je spojených viacero druhov transakcií medzi závislými osobami, pre ktoré boli vytvorené špecifické pravidlá. Takým je napríklad pravidlo o obmedzení zahrnutia úrokov, ktoré legislatívne zavádza ATAD.[8] Jej predmetom je, že presahujúce náklady na prijaté úvery a pôžičky sú odpočítateľné v zdaňovacom období, v ktorom vznikli, len do výšky 30 % príjmov daňovníka pred započítaním úrokov, *daní, odpisov a amortizácie (EBITDA). Toto pravidlo sa nazýva aj ako* the fixed ratio rule alebo *thin cap rule*.

Ďalším z najčastejších prípadov daňových únikov v tejto oblasti sú nehmotné aktíva. Dnes, na rozdiel od minulosti, snáď nikto nepochybuje o tom, že vedu a výskum nemožno selektovať od vlastníctva nehmotných statkov.[9] Rovnako poskytovanie nehmotných statkov (softvéri, autorské práva, R & D a podobne) medzi prepojenými osobami je dnes

6 Medzi najznámejšie prípady optimalizácií v oblasti transferového oceňovania patria prípady spoločností FIAT v Luxembursku a Starbucks v Holandsku. Pokiaľ išlo o prípad spoločnosti FIAT, tá si optimalizovala svoje daňové povinnosti prostredníctvom poskytovania vnútro skupinových úverov so spoločnosťami Fiat, v dôsledku čoho sa v Luxembursku dostávala do stavu podkapitalizácie a zdaniteľné zisky súvisiace s odhadom kapitálu sa odchýlili od bežných trhových podmienok a boli na tomto základe až o 20 krát nižšie. Spoločnosť Starbucks optimalizovala svoje daňové povinnosti ich umelým znížením prostredníctvom nastavenia agresívnych transferových cien v rámci uvádzanej (zjednodušenej) štruktúry – Starbucks Manufacturing platila veľmi vysokú odmenu za know-how v oblasti praženia kávy takisto platila neúmerne vysokú cenu za zelené kávové zrná spoločnosti, s ktorou bola tak isto prepojená a teda závislá. Takéto záväzné stanoviská Komisia posúdila ako rozporné s pravidlami transferového oceňovania – nenáležité presuny ziskov s cieľom znížiť výšku daní poskytujú nespravodlivú konkurenčnú výhodu v porovnaní s inými spoločnosťami, preto Komisia nariadila Luxembursku a Holandsku, aby od spoločnosti FIAT, resp. spoločnosti Starbucks vymohli nezaplatené dane, a to s cieľom odstrániť nespravodlivú konkurenčnú výhodu, ktorú požívali a znovu nastoliť rovnaké zaobchádzanie ako s inými spoločnosťami v obdobných situáciách. Viac pozri: KOMISIA: *Komisia rozhodla, že selektívne daňové zvýhodnenie spoločností Fiat v Luxembursku a Starbucks v Holandsku je v rozpore s pravidlami štátnej pomoci EÚ*. [online 21.10.2015]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sk/IP_15_5880 [cit. 4.1.2021].

7 VEGA, A.: *International governance through soft law: The case of the OECD transfer pricing guidelines*. [online 4.7.2012]. Dostupné z: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/59530/1/717832643.pdf [cit. 24. 9. 2020]; GERZOVA, L. POPA, O. *Compatibility of Domestic Anti-Avoidance Measures with Tax Treaties. European taxation*, 2013, č.53(9); MAISTO, G.: Tax treaties and domestic law. *Amsterdam: IBFD Publications BV*, 2006, s. 56; VÁRYOVÁ, I. KOŠOVSKÁ, I.:Transfer pricing of transactions between related parties in the Slovak Republic. In: *International Scientific Days 2016. The Agri-Food Value Chain: Challenges for Natural Resources Management and Society*. [online]. Dostupné z: http://www.slpk.sk/eldo/2016/dl/9788055215037/files/06/varyova-et-al.html [cit. 24. 9. 2020]
Takéto situácie sa vyskytli vo vzťahu k niektorým bilaterálnym zmluvám uzavretým USA s Belgickom, Bulharskom, Islandom a Japonskom. K tomu pozri viac: VEGA, A.: *International governance through soft law: The case of the OECD transfer pricing guidelines*. [online 4.7.2012]. Dostupné z: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/59530/1/717832643.pdf [cit. 24. 9. 2020]; WATTEL, P. J. a kol.: *The legal status of the OECD commentary and static or ambulatory interpretation of tax treaties. European Taxation,* 2003, č. 43/7; MILLER, A. – MULLIGAN, E. - OATS, L.: *Principles of international taxation*. 6th ed. Londýn: Bloomsbury Publishing, 2017, s. 419.

8 Smernica Rady (EÚ) 2016/1164 z 12. júla 2016, ktorou sa stanovujú pravidlá proti praktikám vyhýbania sa daňovým povinnostiam, ktoré majú priamy vplyv na fungovanie vnútorného trhu.

9 AUGUSTÍN, L.: Kritické body kontraktace ve vědě a výzkumu s evropským přesahem. 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. 19; GABRIELSEN, T., S. a SCHJELDERUP, G.: *Transfer Pricing and Ownership Structure*. Scandinavian Journal of Economics, 1999, č. 101, s. 673.

častým javom v rámci nadnárodných korporácií, pričom štáty zavádzajú aj v tejto oblasti rôzne pravidlá proti daňovým únikom.[10]

1.2 Digitálna ekonomika

Doterajšie pravidlá zdaňovania nezachytávajú celosvetový dosah digitálnej podnikateľskej činnosti, ktorá sa tvorbou hodnoty líši od klasického podnikania. V prípade digitálneho podnikania podmienka fyzickej prítomnosti v konkrétnej krajine ustupuje do úzadia,[11] pričom hodnota tvorená digitálnymi podnikmi je založená na ich schopnosti vykonávať podnikateľskú činnosť na diaľku, na význame nehmotného majetku, podiele konečných užívateľov na tvorbe tejto hodnoty, ako aj na tendencii trhových štruktúr vychádzajúcich zo zásady „víťaz berie väčšinu", postavených na silnej prítomnosti sieťových účinkov a hodnote *„big data."* [12]

V záujme predchádzania negatívnym dôsledkom v oblasti digitálneho podnikania, ako napr. nezdanenie, nízke zdaňovanie alebo dvojité zdanenie, sa v súčasnej dobe vynárajú otázky, kde a akým spôsobom podnikatelia tvoria hodnotu a generujú zisky a ako v týchto nových podmienkach vnímať pojmy ako zdroj, rezidencia alebo zisk.[13]

Ani oblasť digitalizácie sa neobišla bez predchádzajúcich konaní voči nadnárodným technologickým gigantom, ktorý boli prešetrovaní z dôvodu podozrenia z daňových únikov.[14] Európska únia sa aj z uvedených dôvodov v súčasnosti zaoberá návrhom Smernice, ktorou by sa stanovili pravidlá pre zdaňovanie príjmov právnických osôb s významnou digitálnou prítomnosťou. Je potrebné spomenúť, že značný vplyv na túto oblasť má činnosť OECD, ktorá svojím dosahom vplýva na spomínanú Smernicu, a preto autorizovaný prístup OECD zostáva základnou zásadou pripisovania ziskov významnej digitálnej prítomnosti. Z čiastočných záverov Smernice sú pre tento príspevok relevantné nasledovné body:

a) Smernica by mala pokrývať cezhraničné digitálne podnikanie v rámci EÚ aj v prípade, ak sa platné zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia príslušným spôsobom neupravia.

---

10 K tomu pozri napríklad *OECD: Action 8–10 Transfer Pricing* [online 3.7.2018]. Dostupné z: http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action8-10/ [cit. 24.9.2020].

11 Návrh smernice Rady, ktorou sa stanovujú pravidlá týkajúce sa zdaňovania príjmov právnických osôb, ktoré sa vyznačujú významnou digitálnou prítomnosťou. *Európska Komisia*. [online 21.3.2018]. Dostupné z: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7419-2018-INIT/sk/pdf [cit. 24. 9. 2020].

12 K tomu pozri aj: Dôvodová správa. Návrh Smernice Rady o spoločnom systéme zdanenia digitálnych služieb formou dane z výnosov z poskytovania určitých digitálnych služieb. *Európska Komisia*. [online 21.3.2018]. Dostupné z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/ALL/?uri=COM:2018:148:FIN [cit. 24. 9. 2020].

13 MATSUI, K.: *Intrafirm trade, arm's-length transfer pricing rule, and coordination failure*. In: European Journal of Operational Research, 2011, č. 212, s. 570; PERČEVIĆ, H. a HLADIKA, M.: *Application of transfer pricing methods in related companies in Croatia*. In: Economic Research-Ekonomska Istraživanja, 2017, s. 613.

14 Tak napríklad veľmi známym a medializovaným sa stal spor týkajúci sa spoločnosti Apple - podstatou ktorého je založenie dcérskych spoločností materskej spoločnosti Apple (so sídlom v USA) v Írsku, ktoré možno považovať za „európsky daňový raj". Spoločnosť Apple sa takouto schémou vyhla vysokej korporatívnej dani (vo výške 35% zo zisku), ktorú by musela znášať a založením dcérskych spoločností v Írsku dosiahla nízke daňové zaťaženie korporatívnej dane (vo výške 12,5%), pričom zároveň zneužívala schémy štátnej pomoci. Komisia rozhodla o tom, že poskytnutie takejto štátnej pomoci spoločnosti Apple Írskom bolo neoprávnené, a vytvorenie takejto „umelej schémy" je v rozpore s pravidlami štátmi pomoci v zmysle čl. 107 - 109 ZFEÚ. Viac pozri: BONK, F. ROMÁNOVÁ, A.: Najznámejšie tzv. „daňové kauzy" právnických osôb. IN: BABČÁK, V. a kol.: *Daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania (inštitútmi daňového, obchodného a trestného práva) (inštitútmi daňového, obchodného a trestného práva). UPJŠ*, Košice, 2018. Podkapitola 1.1. s. 207 a nasl.

b) Smernica sa uplatní aj v prípadoch neexistencie zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia medzi jurisdikciou mimo EÚ, v ktorej je usadený podnik a členským štátom, v ktorom tento podnik vykonáva činnosť prostredníctvom významnej digitálnej prítomnosti.

c) Smernica súčasne rešpektuje už zavedené pravidlá pre transferové oceňovanie, pri ktorých ignorovaní by mohlo dôjsť k dvojitému zdaneniu/nezdaneniu.

Oblasti zdaňovania digitálnej ekonomiky sa venuje aj OECD. Priebežná správa Akcie 115 z roku 2018 identifikovala tri charakteristické črty vysoko digitalizovaných modelov podnikov a to konkrétne:

a) podniky, ktoré tvoria súčasť ekonomiky konkrétnej jurisdikcie bez ich fyzickej prítomnosti a teda sú charakteristické veľkým rozsahom bez „hmoty." Vďaka digitalizácii sú takéto podniky schopné alokovať jednotlivé procesy produkcie v rôznych krajinách, pričom majú súčasne dosah na veľké množstvo odberateľov;

b) spoločnosti sú charakteristické stupňujúcim dôrazom na investovanie do nehmotných aktív, najmä IP aktív, bez ohľadu na to, či sú vlastnené podnikom alebo prenajaté treťou osobou;

c) údaje, účasť používateľov a ich synergia s IP predstavujú pojmové znaky, ktoré sa spájajú v obchodných modeloch niektorých spoločností. Získavaním údajov zvyšujú množstvo informácií a priamo prispievajú k získavaniu zákazníkov.[16]

Spomínané znaky predstavujú *pravidlo alokácie práva jednotlivých jurisdikcií zdaniť predmetný príjem (nexus rule)*, ktoré upravuje rozsah právomoci dotknutej jurisdikcie zdaniť príjmy nerezidenta a *pravidlo alokácie ziskov (profit allocation rule)*, ktoré určuje príslušný podiel ziskov nadnárodných korporácií, ktoré majú byť predmetom dane v priradenej jurisdikcii. Toto pravidlo je založené na princípe nezávislého vzťahu a je priamo naviazané na Smernicu o transferovom oceňovaní.

1.3 Zneužitie daňových noriem a dvojité (ne)zdanenie príjmov

Zneužitie práva (*abusus iuris*) je podľa Knappa správanie zdanlivo dovolené, ktorým má byť dosiahnutý nedovolený výsledok.[17] Princíp zákazu zneužitia práva v oblasti daní spočíva v snahe zabrániť daňovému subjektu taký výkon práva, ktorým by bol zneužitý omyl zákonodarcu, či medzera v práve.[18] Daňové subjekty musia konať tak, aby sa svojím konaním nedopúšťali obchádzania práva. V prípade, ak tak konajú a získajú daňovú vý-

15 Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report. 2018. OECD. [online 16. 3. 2018]. Dostupné z: https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm [cit. 24. 9. 2020].

16 Tax and digitalisation. OECD. [online 5. 3. 2019]. Dostupné z: http://www.oecd.org/going-digital/topics/tax/tax-and-digitalisation-policy-note.pdf [cit. 24. 9. 2020].

17 KNAPP, V.: *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 185. Pozri taktiež: Nález Ústavného súdu Českej republiky zo dňa 31. 10. 2007, sp. zn. III. ÚS 374/06 a nález Ústavného súdu Českej republiky zo dňa 18. 07. 2013, sp. zn. IV.ÚS 457/10.

18 YLÖNEN, M. TEIVAINEN, T.: *Politics of Intra-firm Trade: Corporate Price Planning and the Double Role of the Arm's Length Principle*. New Political Economy, 2018, vol.23, č. 4, s. 445; LANG, M.: *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde, 2. edícia, 2013, s. 41; BREGGEN, M.: *Recent Development on Transfer Pricing and Intercompany Financing*. In: LANG, M., STORCK, A., PETRUZZI, R.: *Transfer Pricing Developments Around the World*. Wolters Kluwer, 2017, s. 131.

hodu, tá bude zamietnutá a správca dane nastolí situáciu tak, ako by uvedené konanie vo forme zneužitia nenastalo a výhoda bude odopretá.

Dvojité zdanenie vo všeobecnosti nastáva tam, kde je rovnaký predmet dane, tzn. príjem alebo majetok, opakovane podrobený zdaneniu rovnakou alebo obdobnou daňou.[19] Príčin, prečo je tomu tak, je viacero. V zásade sú však ale všetky založené na strete, resp. kolízií dvoch, prípadne i viacerých daňových systémov a ich právneho zakotvenia v rôznych štátoch. Medzinárodné dvojité zdanenie je teda výsledok skutočnosti, že štát uplatňuje svoju daňovú suverenitu bez ohľadu na iné štáty, ktoré postupujú rovnakým alebo obdobným spôsobom. Daňová suverenita je jedným z atribútov štátnosti a preto sa jednotlivé štáty svojich oprávnení v tejto oblasti len ťažko vzdávajú napríklad aj vtedy, keď ich k tomu „nútia", resp. „motivujú" záväzky vyplývajúce z medzinárodných zmlúv. To platí aj pre implikácie transferového oceňovania.[20] Obchodné spoločnosti čelia riziku dvojitého zdanenia a to v prípade, ak si dva alebo viac štátov bude nárokovať zdanenie toho istého príjmu. Naopak, existuje aj riziko dvojitého nezdanenia, kedy sa daňovému subjektu podarí nájsť také štruktúrovanie svojej transakcie, že príjem z nej nezdaní v žiadnej krajine.[21]

Záver

Vyššie skúmané pravidlá transferové oceňovania považujeme za jeden z nejzákladnějších kameňov medzinárodného zdaňovania, a to práve z možnosti domnievať sa, že všetky nadnárodné podniky majú svoje spriaznené spoločnosti v iných štátoch, čo môže viesť k motivácií zneužívať tieto pravidlá. Rovnako to platí aj pre technologických gigantov, pre ktorých daňové pravidlá pre digitálnu ekonomiku nie sú doposiaľ úplné jasné a ich regulácia len dobieha trh, ktorý už zaužívane funguje. Európska únia ako aj OECD vykonávajú široké spektrum aktivít smerujúcich k ochrane fiškálnych záujmov jednotlivých štátov, a to napríklad aj vo forme legislatívneho zakotvenia pravidla proti zneužívaniu. Tieto všetky opatrenia zasahujú najmä obchodné spoločnosti, ktoré musia tieto opatrenia implementovať a postupovať v ich súlade tak, aby rešpektovali ich obsah a význam. Takéto opatrenia však podľa názoru autorov majú svoj nevyhnutný význam a jednotlivé opatrenia v boji proti daňovým únikom analyzované v tomto texte považujú za vhodné. *De lege ferenda* sa domnievame, že je nevyhnutné v týchto aktivitách pokračovať, pričom globálnu spoluprácu jednotlivých štátov a partikulárne približovanie národných poriadkov členských štátov Európskej únie považujeme v oblasti medzinárodného zdaňovania za veľmi prínosné. Na základe uvedeného môžeme konštatovať naplnenie cieľov uvedených v abstrakte. Na druhej strane však platí, že za situácie, kde právo umožňuje rozdielny druh výkladu, nemožno pri riešení prípadu obísť skutočnosť, že na poli verejného práva štátne orgány môžu konať len to, čo im zákon *expressis verbis* umožňuje. Z tejto maximy potom vyplýva, že pri ukladaní a vymáhaní daní podľa zákona, teda pri *de facto* odnímaní časti nadobudnutého vlastníc-

19 PANKIV, M.: *Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures*. č.11 – 12/2016, 2017.IBFD. [online16.11.2016]. Dostupné z: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/itpj_PPV_free_article_march_newsl_2017_internatonal_post_beps.pdf [cit. 24. 9. 2020]; RYLOVÁ, Z.: *Mezinárodní dvojí zdanění*. 2. aktualizované vydanie. Nakladatelství ANAG, Olomouc, 2007. s. 9.

20 IVANOVA, N. G. a kol.: *Transfer Pricing in Russia and Germany: Similarities and Differences*. Intertax, 2017, č. 2, s. 182; WANG, Z. a kol.: *Impact of taxation on international transfer pricing and offshoring decisions.* Annals of Operations Research, 2016, č. 2, s. 685.

21 Pozri napríklad prípad priblížený v poznámke pod čiarou č. 15.

tva, sú orgány verejnej moci povinné šetriť podstatu a zmysel základných práv a slobôd. Je teda nutné rešpektovať, že v prípade pochybností sú orgány verejnej moci povinné postupovať miernejšie – t. j. v zmysle zásady *in dubio mitius*.[22]

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] AUGUSTÍN, L.: *Kritické body kontraktace ve vědě a výzkumu s evropským přesahem*. 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. 304 s.

[2] AVIYONAH, R., S. a kol.: *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Spli*t. Florida Tax review, 2009, č. 5/2009. 58 s.

[3] BABČÁK, V.: *Daňové právo na Slovensku*. 1. vyd. EPOS, Bratislava, 2015, 752 s.

[4] BABČÁK, V. a kol.: *Daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania (inštitútmi daňového, obchodného a trestného práva).* UPJS, Košice, 2018, 472 s.

[5] GABRIELSEN, T., S. a SCHJELDERUP, G.: *Transfer Pricing and Ownership Structure*. Scandinavian Journal of Economics, 1999, č. 101. 688 s.

[6] GERZOVA, L. POPA, O.: *Compatibility of Domestic Anti-Avoidance Measures with Tax Treaties*. European taxation, 2013, č.53(9).

[7] GORMSEN, L, L.: (2016). *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*. Journal of European Competition Law & Practice, č. 7, no. 6. 382 s.

[8] IVANOVA, N. G. a kol.: *Transfer Pricing in Russia and Germany: Similarities and Differences*. Intertax, 2017, č. 2.

[9] KLÍMOVÁ, J.: *Režim přenesení daňové povinnosti – účinný nástroj v boji proti daňovým únikům*. 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. 304 s.

[10] KNAPP, V.: *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, 247 s.

[11] KOMISIA: *Komisia rozhodla, že selektívne daňové zvýhodnenie spoločností Fiat v Luxembursku a Starbucks v Holandsku je v rozpore s pravidlami štátnej pomoci EÚ*. [online 21.10.2015]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sk/IP_15_5880 [cit. 4. 1. 2021].

[12] LANDGRÁF, R.: *Předvídatelnost vers. „spravedlnost" daňového práva*. 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. 340 s.

[13] LANG, M. STORCK, A. PETRUZZI, R.: *Transfer Pricing Developments Around the World*. Wolters Kluwer, 2017. 240 s.

[14] LANG, M.: *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde, 2. edícia, 2013. 224 s.

22 Pozri aj rozhodnutie Ústavného súdu Českej republiky zo dňa 15. decembra 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02.

[15] MAISTO, G.: *Tax treaties and domestic law*. Amsterdam: IBFD Publications BV, 2006.

[16] MATSUI, K.: *Intrafirm trade, arm's-length transfer pricing rule, and coordination failure*. In: European Journal of Operational Research, 2011, č. 212.

[17] MILLER, A. – MULLIGAN, E. - OATS, L.: *Principles of international taxation. 6th ed.* Londýn: Bloomsbury Publishing, 2017. 540 s.

[18] Nález Ústavného súdu Českej republiky zo dňa 31. 10. 2007, sp. zn. III. ÚS 374/06.

[19] Nález Ústavného súdu Českej republiky zo dňa 18. 07. 2013, sp. zn. IV.ÚS 457/10.

[20] OECD: *Action 8-10 Transfer Pricing* [online 3.7.2018]. Dostupné z: http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action8-10/ [cit. 24.9.2020].

[21] PERČEVIĆ, H. HLADIKA, M.: A*pplication of transfer pricing methods in related companies in Croati*a. In: Economic Research-Ekonomska Istraživanja, 2017.

[22] PANKIV, M.: *Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures.* [online 16.11.2016]. IBFD, Dostupné z: https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/International-Transfer-Pricing-Journal/collections/itpj/html/itpj_2016_06_int_9.html, [cit. 24. 9. 2020].

[23] RYLOVÁ, Z.: *Mezinárodní dvojí zdanění. 2. aktualizované vydanie*. Nakladatelství ANAG, Olomouc, 2007. 488 s.

[24] *Tax and digitalisation*. OECD. [online 5. 3. 2019]. Dostupné z: http://www.oecd.org/going-digital/topics/tax/tax-and-digitalisation-policy-note.pdf[cit. 24. 9. 2020].

[25] *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report*. 2018. OECD. [online 16. 3. 2018]. Dostupné z: https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm [cit. 24. 9. 2020].

[26] VANISTENDAEL, F.: *From Abuse to Base Erosion, How did we get there*? [online 15.02.2019]. Dostupné z: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H9ud2KkqSDAJ:https://wwwen.uni.lu/content/download/116645/1363600/file/The%2520Anti-Tax%2520Avoidance%2520Directive_Slides_MG_20180215.pdf+&cd=5&hl=sk&ct=clnk&gl=sk [cit. 24. 9. 2020].

[27] VÁRYOVÁ, I. KOŠOVSKÁ, I.:*Transfer pricing of transactions between related parties in the Slovak Republic*. In: International Scientific Days 2016. The Agri-Food Value Chain: Challenges for Natural Resources Management and Society. [online]. Dostupné z: http://www.slpk.sk/eldo/2016/dl/9788055215037/files/06/varyova-et-al.html [cit. 24. 9. 2020].

[28] VEGA, A.: *International governance through soft law: The case of the OECD transfer pricing guidelines*. [online 4.7.2012]. Dostupné z: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/59530/1/717832643.pdf [cit. 24. 9. 2020].

[29] VERNARSKÝ, M.: *Procesné zásady daňového konania*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2009.

[30] VOGELAAR, T., W. *The OECD guidelines: their philosophy, history, negotiation, form, legal nature, follow-up procedures and review. Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*. Wolters Kluver. 1980. 127 s.

[31] WANG, Z. a kol.: *Impact of taxation on international transfer pricing and offshoring decisions.* Annals of Operations Research, 2016, č. 2.

[32] WATTEL, P. J. a kol.: *The legal status of the OECD commentary and static or ambulatory interpretation of tax treaties*. European Taxation, 2003, č. 43/7.

[33] YLÖNEN, M. TEIVAINEN, T.: *Politics of Intra-firm Trade: Corporate Price Planning and the Double Role of the Arm's Length Principle*. New Political Economy, 2018, vol.23, č. 4.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Peter Rakovský Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave
Šafárikovo nám. č. 6
810 00 Bratislava
E-mail: peter.rakovsky@flaw.uniba.sk

Martin Winkler martin.winkler@euba.sk

FINANČNÝ PORADCA – DEFINÍCIA POJMU A PODMIENKY VÝKONU ČINNOSTI V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

FINANCIAL ADVISOR – DEFINITION OF THE CONCEPT AND CONDITIONS OF ITS ACTIVITY IN THE SLOVAK REPUBLIC

Abstrakt: Podnikanie v oblasti finančného poradenstva bolo do slovenského právneho poriadku zavedené zákonom č. 186/2009 Z.z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve, pričom sa tak udialo nad rámec európskych predpisov. V nadväznosti na to vznikli viaceré výkladové problémy, najmä ako naložiť s podnikateľmi z iných členských štátov EÚ, ktorí majú oprávnenie na podnikanie v domovskom štáte v sektoroch regulovaných právom EÚ (t. j. distribúcii poistných produktov a úverov na bývanie), zahrňujúce aj vykonávanie poradenskej činnosti pri ich výkone činnosti v SR na základe jednotnej licencie (single licence). Definícia finančného poradcu podľa platnej legislatívy však prináša definičné problémy aj keď ide o domáci subjekt. V našom príspevku uvedené definičné problémy analyzujeme a navrhujeme ich riešenie spolu s úpravou *de lege ferenda*.

Abstract: Business in the field of financial advisory services was introduced into Slovak law by Act No. 186/2009 Coll. on financial intermediation and financial advisory services. This has been done beyond the EU legislation. This has led to a number of interpretation problems, in particular how to deal with entrepreneurs from other EU Member States who are authorized to do business in their home country in sectors governed by EU law (*i.e. distribution of insurance products and mortgage loans*), including advisory services in their performance of business in the Slovak Republic on the basis of a single licence rule. However, the definition of a financial adviser under current legislation raises specification problems even if it is a domestic entity. In our paper, we analyze and propose solving of the definition problems mentioned and also propose an amendment to the current legislation *de lege ferenda*.

Kľúčové slová: *poradenstvo, finančné poradenstvo, finančný poradca, finančné spostredkovanie, smernica IDD, smernica MCD, sprostredkovateľ z iného členského štátu.*

Key words: *advice, financial advisory, financial adviser, financial intermediation, financial institution, Insurance Distribution Directive, Mortgage Credit Directive.*

1. Pojem finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo

Pred takmer jedenástimi rokmi nadobudol účinnosť zákon č. 186/2009 Z.z. z 24. apríla 2009 o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „ZFS"). Jeho hlavným účelom podľa dôvodovej správy bolo zabezpečenie primeranej ochrany klientov, a to tým, že sa vymedzili postupy a pravidlá činnosti finančného sprostredkovateľa a finančného poradcu tak, aby sa minimalizovalo riziko, že sprostredkovaná finančná služba by bola pre klienta nevhodná alebo nezodpovedajúca jeho finančným alebo osobným možnostiam a aby existujúce pravidlá pre finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo boli v čo najväčšej možnej miere zjednotené na spoločnú platformu.[1] Zákonodarca prijatím tohto zákona sledoval teda predovšetkým svoje vlastné ciele a nie zosúladenie slovenskej právnej úpravy s európskou, ktorá síce obsahovala úpravu niektorých druhov finančného sprostredkovania, nebola však na rozdiel od slovenského návrhu komplexná. V čase prijatia ZFS platila smernica MiFID I *(Markets in Financial Instruments Directive)*[2] a smernica IMD *(Insurance Mediation Directive)*[3], tie však boli do slovenského právneho poriadku transponované už skôr.[4] Neskôr sa k nim pridali smernica MCD *(Mortgage Credit Directive)*[5] a tiež smernica IDD *(Insurance Distribution Directive)*[6], ktorá nahradila smernicu IMD. MCD aj IDD boli transponované už do textu ZFS, a to zákonom č. 282/2017 Z.z.

V rámci svojho cieľa chrániť klienta na finančnom trhu zákonodarca tiež oddelil dve kľúčové činnosti sprevádzajúce poskytovanie finančných služieb – finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo. Napriek tomu, že obsah týchto činností sa v mnohom prekrýva, účel, pre ktorý sa tieto činnosti vykonávajú, sa výrazne líši. Cieľom finančného sprostredkovania je zabezpečiť distribúciu finančných služieb klientom, s poskytovaním informácií, analýz, odborných stanovísk a odporúčaní, týkajúcich sa ponúkaných finančných služieb. Naopak, finančné poradenstvo sa vykonáva za účelom poskytnutia informácií, odborných stanovísk alebo osobných odporúčaní klientovi, dostatočných na to, aby mohol vykonať zodpovedné rozhodnutie o vstupe do zmluvného vzťahu s finančnou inštitúciou. Zároveň tieto informácie, analýzy, odborné stanoviská alebo osobné odporúčania nevychádzajú z obmedzenej ponuky finančných služieb.[7]

Finančným poradenstvom je poskytovanie odbornej pomoci, informácií, stanovísk, odporúčaní a *osobných finančných plánov* klientovi v súvislosti s jednou finančnou službou alebo viacerými finančnými službami *vychádzajúce z nestrannej analýzy dosta-*

---

1 Všeobecná časť dôvodovej správy k návrhu zákona, str. 2. Cit. podľa https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/ DocumentPreview.aspx?DocID=326887 [31. 10. 2020].

2 Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/39/ES z 21. apríla 2004 o trhoch s finančnými nástrojmi, o zmene a doplnení smerníc Rady 85/611/EHS a 93/6/EHS a smernice Európskeho parlamentu a Rady 2000/12/ES a o zrušení smernice Rady 93/22/EHS.

3 Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/92/ES z 9. decembra 2002 o sprostredkovaní poistenia.

4 Smernica IMD bola transponovaná zákonom č. 340/2005 Z.z. o sprostredkovaní poistenia a sprostredkovaní zaistenia a o zmene a doplnení niektorých zákonov a smernica MiFID I ustanoveniami zákona č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „ZCP").

5 Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/17/EÚ zo 4. februára 2014 o zmluvách o úvere pre spotrebiteľov týkajúcich sa nehnuteľností určených na bývanie a o zmene smerníc 2008/48/ES a 2013/36/EÚ a nariadenia (EÚ) č. 1093/2010.

6 Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/97 z 20. januára 2016 o distribúcii poistenia.

7 Všeobecná časť dôvodovej správy k návrhu zákona, str. 1.

točného počtu dostupných finančných služieb vrátane následného uzavierania alebo zmeny zmluvy o poskytnutí finančnej služby na žiadosť klienta, v jeho mene a na jeho účet (§ 3 ods. 1 ZFS). Okrem týchto činností je finančným poradenstvom (§ 3 ods. 2, 3 ZFS):

- v sektore poistenia alebo zaistenia aj zisťovanie, hodnotenie a spracovávanie nestranných analýz poistného rizika; a
- v sektore kapitálového trhu aj poskytovanie investičnej služby investičného poradenstva vo vzťahu k prevoditeľným cenným papierom a podielovým listom podielových fondov a k cenným papierom vydaným zahraničnými subjektmi kolektívneho investovania.[8]

Kurzívou vyznačená časť v základnej časti zákonnej definície zároveň predstavuje rozdiel medzi finančným poradenstvom a jednou z činností vykonávaných v rámci **finančného sprostredkovania** spočívajúcej v poskytovaní odbornej pomoci, informácií a odporúčaní klientovi na účely uzavretia, zmeny alebo ukončenia zmluvy o poskytnutí finančnej služby[9], ktorá nemusí spočívať v nestrannej analýze dostupných finančných služieb a nemusí ani zahŕňať vypracovanie osobných finančných plánov, t. j. plánov, ktoré zodpovedajú osobným požiadavkám, potrebám a finančným možnostiam klienta alebo potenciálneho klienta, pričom z ich povahy je zrejmé, že nie sú určené verejnosti.[10] Samozrejme, okrem tohto druhu „poradenstva" zahŕňa pojem finančného sprostredkovania najmä predajné a akvizičné činnosti[11].

Finančné poradenstvo je rovnako ako aj finančné sprostredkovanie podnikaním (§ 3 ods. 4, § 2 ods. 5 ZFS). Kľúčovým prvkom právnej úpravy však je to, že tieto dve činnosti sú navzájom nezlučiteľné, t. j. **subjekt vykonávajúci finančné poradenstvo nesmie vykonávať finančné sprostredkovanie a naopak**[12]. Je to hlavne kvôli predchádzaniu duplicitnému odmeňovaniu a tiež konfliktu záujmov[13], keďže subjekt vykonávajúci finančné sprostredkovanie (finančný agent, viazaný investičný agent alebo finančný sprostredkovateľ z iného členského štátu v príslušnom sektore) vykonáva svoju činnosť na základe odplatnej písomnej zmluvy s finančnou inštitúciou alebo samostatným finančným agentom[14], zatiaľ čo subjekt vykonávajúci finančné poradenstvo (finančný poradca alebo finančný sprostredkovateľ z iného členského štátu v príslušnom sektore) vykonáva svoju činnosť na základe odplatnej písomnej zmluvy o poskytnutí finančného poradenstva uzavretej s klientom[15].

---

8 Finančné poradenstvo v sektore kapitálového trhu zahŕňa aj investičnú službu investičné poradenstvo a má osobitný právny režim, ktorému sa nebudeme v tomto článku pre nedostatok priestoru venovať. Bližšie pozri SLEZÁKOVÁ, A. – ŠIMONOVÁ, J. – JEDINÁK, P. a kol.: *Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2020, s. 44–48 a 52 a tiež ČUNDERLÍK, Ľ. a kol.: Špecifiká distribúcie finančných nástrojov v právnom rámci finančného sprostredkovania v sektore kapitálového trhu. In.: ČUNDERLÍK, Ľ. – KATKOVČIN, M. – RAKOVSKÝ, P. (eds.): Inovatívne formy tvorby peňažných fondov a ich prevodov. *Zborník príspevkov z vedeckej konferencie „Inovatívne formy tvorby peňažných fondov a ich prevodov"* organizovanej Katedrou finančného práva Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave dňa 28. septembra 2018. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, 2018, str. 9 a nasl.

9 Porov. § 2 ods. 1 písm. b) ZFS.

10 § 4 písm. h) ZFS.

11 Pozri § 2 ods. 1 písm. a) ZFS.

12 § 6 ods. 1 *in fine,* § 10 ods. 1 *in fine* ZFS.

13 SLEZÁKOVÁ, A. – ŠIMONOVÁ, J. – JEDINÁK, P. a kol.: cit. dielo, str. 89.

14 Porov. § 6 ods. 1 v spojení s § 1 ods. 2 písm. i) ZFS.

15 Porov. § 10 ods. 1 v spojení s § 1 ods. 2 písm. i) ZFS.

2. Definícia finančného poradcu v slovenskej právnej úprave

Okrem prípadov, kedy sa subjekt stáva (stal) finančným poradcom *ex lege*[16], tvoria kategóriu finančných poradcov fyzické a právnické osoby so sídlom, umiestnením organizačnej zložky alebo miestom podnikania na území Slovenska, u ktorých sú súčasne splnené dve podmienky[17]:

1. vykonávajú finančné poradenstvo,
2. vykonávajú ho na základe písomnej zmluvy o poskytnutí finančného poradenstva uzavretej s klientom.

Ad 1.: Vykonávanie finančného poradenstva je prvou nutnou podmienkou toho, aby bol konkrétny podnikateľ považovaný za finančného poradcu. Pri výklade pojmu finančné poradenstvo sa vychádza z § 3 ZFS (pozri výklad vyššie). Tento pojem však môže mať rôzne právne významy, a to nielen oproti právnej úprave európskeho práva, ale aj špeciálnym normám našej vlastnej právnej úpravy, napr. vo vzťahu k pojmu investičné poradenstvo, ktoré sa považuje za jednu z investičných služieb.

Ad 2.: Druhým nutným definičným znakom finančného poradcu ako podnikateľa je, že je činný na základe písomnej zmluvy o poskytnutí finančného poradenstva uzatvorenej s klientom. Pristavme sa trochu pri tomto definičnom znaku. Finančný poradca sa tým odlišuje od finančného agenta, ktorý je vždy zadefinovaný prostredníctvom písomnej zmluvy s finančnou inštitúciou alebo so samostatným finančným agentom (porov. § 6 ods. 1 ZFS). Pri definovaní finančného agenta v jeho jednotlivých formách (samostatný, podriadený, viazaný, viazaný investičný či sprostredkovateľ doplnkového poistenia) však pri vytváraní definičných znakov dáva druh uzatvorenej zmluvy a jej protistrana zmysel, pretože sa tak vytvárajú jednotlivé úrovne a rozsah činnosti agentov (najmä vo vzťahu k jednotlivým sektorom finančného trhu), už menší zmysel to však dáva pri definovaní finančného poradcu. Finančný poradca teda má byť priamo *per definitionem* protikladom finančných agentov, pretože nemá uzatvorenú zmluvu s finančnou inštitúciou, resp. iným finančným agentom, ale s klientom[18]. Neplatia ho teda finančné inštitúcie, ale priamo klient. Táto snaha odlíšiť tieto dva druhy podnikateľov, ktorých činnosť sa nesmie kumulovať, však vytvorila nečakaný dôsledok, a to, že finančný poradca sa v našom právnom poriadku stal pravdepodobne jediným podnikateľom, ktorý je zadefinovaný prostredníctvom existencie písomnej zmluvy medzi ním a klientom, ktorá navyše nemá určené obsahové náležitosti, takže prichádza do úvahy aj formalizovaný výklad tohto ustanovenia[19]. Ide o veľkú zvláštnosť najmä v kontexte iných regulovaných subjektov finančného trhu, ktoré sú zvyčajne definované prostred-

16 Na základe § 41 ods. 1 ZFS platí (platila) nevyvrátiteľná právna domnienka, podľa ktorej poisťovací maklér podľa doterajších predpisov sa považuje za finančného poradcu v sektore poistenia a zaistenia podľa tohto zákona. K vzniknutým právnym následkom pozri napr. rozsudok Krajského súdu Bratislava, sp. zn. 3Co/232/2016 z 27. 7. 2017.

17 Porov. § 10 ods. 1 ZFS.

18 Porov. Osobitnú časť Dôvodovej správy k návrhu ZFS, str. 1 (k § 3). Cit. podľa https://www.nrsr.sk/ web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=326887 [31. 10. 2020].

19 Odlišným prípadom je mediátor, ktorý je v zmysle zákona č. 420/2004 Z. z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov definovaný ako *„fyzická osoba zapísaná v registri mediátorov, na ktorej sa osoby zúčastnené na mediácii dohodnú a ktorá s osobami zúčastnenými na mediácii uzavrie dohodu o začatí mediácie podľa § 14 ods. 1"*, teda definovaný je aj prostredníctvom existencie zmluvy, pričom sú stanovené jej podstatné náležitosti (viď spomínaný § 14 ods. 1 zákona); hlavným kritériom je však zápis v registrii mediátorov vedenom Ministerstvom spravodlivosti SR.

níctvom udeleného povolenia na ich činnosť zo strany Národnej banky Slovenska[20]. Takéto povolenie pritom potrebuje na svoju činnosť aj finančný poradca (porov. § 18 ZFS).

Ďalší možný dôvod, prečo sa pristúpilo k takémuto zadefinovaniu finančných poradcov (aj finančných agentov), bolo zrejme vytvoriť vonkajšie definičné znaky, ktoré by sa vzťahovali na dovtedy neregulované subjekty a dostatočne jednoznačne ich tak podriadili ustanoveniam nového zákona. Čo však dáva zmysel pri subjektoch existujúcich v čase prijatia novej právnej úpravy[21], nedáva veľkú logiku ohľadne novovznikajúcich, a tak pri striktnom výklade platnej právnej úpravy sa podnikateľ nestane finančným poradcom, pokým neuzavrie s klientom „písomnú zmluvu o poskytnutí finančného poradenstva". To podľa nášho názoru vytvára priestor na obchádzanie zákona, kedy určitá osoba uzatvorí s klientom zmluvu pomenovanú napr. „zmluva o finančnej analýze", ktorá bude len čiastočne pokrývať definičné znaky finančného poradenstva podľa § 3, prípadne s ním neuzatvorí žiadnu písomnú zmluvu a bude tak pôsobiť v neregulovanom priestore v tom zmysle, že nebude dodržiavať napr. povinnosti podľa štvrtej časti ZFS argumentujúc, že nie je finančným poradcom, keďže nenaplnila definičné znaky tohto pojmu.[22] Vzhľadom na vágnosť pojmu „finančné poradenstvo" môže za určitých okolností dokonca tvrdiť, že nevykonáva ani finančné poradenstvo a podniká pod voľnou živnosťou s označením 7001 činnosť podnikateľských, organizačných a ekonomických poradcov[23].

Hoci príliš veľa regulácie nepôsobí priaznivo na podnikateľské prostredie[24], keď však už zákonodarca nejakú reguláciu vytvoril, mal by jasne zadať jej rozsah a zadefinovať hranice jej aplikácie, inak hrozí právna neistota. O nejasnej hranici medzi finančnými poradcami a „podnikateľskými poradcami" svedčí podľa nášho názoru aj malý počet zaregistrovaných subjektov v tejto kategórii. Ku dňu finalizácie tohto článku bolo ako finanční poradcovia zaregistrovaných len 9 subjektov, z toho väčšina (8) v sektore poskytovania úverov, úverov na bývanie a spotrebiteľských úverov[25].

Vzhľadom na uvedené nedostatky existujúcej právnej úpravy navrhujeme zadefinovať pojem „finančný poradca" prostredníctvom činnosti finančného poradenstva, ktorú vykonáva a zároveň prostredníctvom povolenia, ktoré mu je zo strany regulátora – Národnej banky Slovenska na túto činnosť udelené (§ 18 ZFS). Definíciu zmluvy o poskytnutí finančného poradenstva, ktorá má v zákone svoj význam, navrhujeme presunúť do ustanovenia § 3 ZFS definujúceho finančné poradenstvo, pričom povinnosť uzatvoriť ju by sa mala vzťahovať na všetky subjekty, ktoré môžu túto činnosť vykonávať, teda aj sprostredkovateľov z iného členského štátu v sektore poistenia a zaistenia a v oblasti poskytovania úverov na bývanie.

---

20 Napr. podľa § 2 ods. 3 zákona č. 483/2001 Z.z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov banka je právnická osoba so sídlom na území Slovenskej republiky založená ako akciová spoločnosť, ktorá je úverovou inštitúciou podľa osobitného predpisu a ktorá má bankové povolenie. Podľa § 54 ods. 1 ZCP obchodníkom s cennými papiermi je akciová spoločnosť so sídlom na území Slovenskej republiky, ktorej predmetom činnosti je poskytovanie investičných služieb klientom alebo výkon investičných činností na základe povolenia na poskytovanie investičných služieb udeleného Národnou bankou Slovenska.

21 Porov. § 41 ods. 6 ZFS.

22 Takáto osoba by mohla tiež argumentovať rozsudkom Najvyššieho súdu SR sp. zn. 8Sžp/1/2010 zo dňa 1. 7. 2010, podľa ktorého „nejasné aneurčité právne normy nemožno aplikovať a vykladať na ťarchu adresáta právnej normy – účastníka správneho konania, ale vždy na ťarchu tvorcu právnej normy", t. j. štátu.

23 Podľa zoznamu odporúčaných voľných živností prístupnom na stránke Ministerstva vnútra SR (https://www.minv.sk/swift_data/source/verejna_sprava/zivnostenske_podnikanie_zuborova/2010%20%20VOLNE%20ZIVNOSTI.pdf) [31. 10. 2020].

24 Vo vzťahu k finančnému poradenstvu je možné stretnúť sa aj s opačným názorom, podľa ktorého by bolo potrebné jeho reguláciu ešte viac sprísniť. Porov. SLEZÁKOVÁ, A.: Návrhy de lege ferenda vzťahujúce sa na reguláciu finančného poradenstva. *Studia Iuridica Cassoviensia*, 2020, 8 (1), str. 89 a nasl.

25 Pozri https://subjekty.nbs.sk/?aa=select_sector&bb=6&cc=&qq [1. 11. 2020].

3. Vykonávanie finančného poradenstva finančným sprostredkovateľom z iného členského štátu EÚ

Podľa platnej právnej úpravy môže finančné sprostredkovanie alebo finančné poradenstvo v Slovenskej republike vykonávať okrem domácich subjektov s príslušným oprávnením (pozri časť 1.) aj finančný sprostredkovateľ z iného členského štátu EÚ:

a) v oblasti poskytovania úverov na bývanie v rozsahu, v akom je oprávnený vykonávať finančné sprostredkovanie alebo finančné poradenstvo v tejto oblasti vo svojom domovskom členskom štáte prostredníctvom pobočky alebo na základe práva na slobodné poskytovanie služieb[26],

b) v sektore poistenia alebo zaistenia, ak mu bolo oprávnenie na vykonávanie finančného sprostredkovania alebo finančného poradenstva udelené v príslušnom členskom štáte EÚ, a to prostredníctvom pobočky alebo na základe práva na slobodné poskytovanie služieb[27].

Ako sme už uviedli, slovenská právna úprava[28] striktne rozlišuje medzi finančným sprostredkovaním a finančným poradenstvom, pričom tieto činnosti sú vzájomne nekompatibilné, zároveň však obsahuje právnu úpravu zahrňujúcu možnosť vykonávať finančné sprostredkovanie aj finančné poradenstvo finančnými sprostredkovateľmi s oprávnením z iného členského štátu, kde oddelenie uvedených činností nemusí existovať vôbec alebo nemusí byť natoľko striktné. Môže teda na území Slovenskej republiky vykonávať takýto finančný sprostredkovateľ so všeobecným oprávnením udeleným iným členským štátom EÚ finančné poradenstvo aj finančné sprostredkovanie? Alebo si musí vybrať, ktorú z týchto činností bude vykonávať? Analýze tejto otázky sa venujeme v nasledujúcom texte.

Všeobecné formulácie vo vyššie citovanej právnej úprave predpokladajú, že činnosť, ktorá sa podľa nášho zákona považuje za finančné poradenstvo, bude podľa právnej úpravy platnej v inom členskom štáte spadať pod finančné sprostredkovanie. Je to dôsledkom toho, že pojmy „finančné poradenstvo“ a „finančný poradca“ vytvoril náš zákonodarca nezávisle od právnej úpravy európskeho práva.

Ako sme uviedli už v kapitole 1 tohto článku, pojmy finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo sa podľa slovenskej právnej úpravy v určitých čiastkových činnostiach prelínajú. Ako je to však v európskom práve? Príslušné európske smernice definujú poradenstvo, resp. poradenské služby ako poskytovanie osobných odporúčaní klientovi v súvislosti s jednou alebo viacerými zmluvami o úvere na bývanie[29], resp. o poistení[30]. Takto definované poradenstvo má prirodzene **užší význam** než finančné poradenstvo podľa § 3 ZFS, už len tým, že sa vzťahuje len na jeden druh produktov finančného trhu. Zároveň takto definované poradenstvo je súčasťou činností, ktoré podľa príslušných

26 Pozri § 10 ods. 4 a § 11d ods. 1 ZFS.

27 Pozri § 10 ods. 4, § 11 ods. 1 a § 11a ods. 1 ZFS.

28 Na rozdiel napr. od českej právnej úpravy, ktorá osobitne upravuje len investičné poradenstvo. Pozri napr. MAJTÁNOVÁ, A. – SNOPKOVÁ, A.: Perspektívy finančného sprostredkovania a finančného poradenstva na poistnom trhu. *Acta Academica Karviniensia*, 2014, 14(3): str. 129.

29 Čl. 4 bod 21. MCD.

30 Čl. 2 ods. 1 bod 15. IDD.

smerníc spadajú pod širší pojem distribúcie poistenia alebo zaistenia[31], resp. sprostredkovania úverov na bývanie[32]. Sprostredkovateľ úverov na bývanie, poistenia alebo zaistenia je oprávnený, ale nie povinný poskytovať poradenské služby; o tom, či ich poskytuje, je však povinný klienta vopred informovať[33]. V tomto zmysle má poradenstvo podľa smerníc **širší význam** než finančné poradenstvo podľa § 3 ZFS, lebo zahŕňa nielen objektívne zhodnotenie finančných produktov dostupných na trhu (t. j. tzv. nestranné poradenstvo v zmysle čl. 22 ods. 4 MCD alebo tzv. poradenstvo na základe objektívnej a osobnej analýzy v zmysle čl. 20 ods. 3 IDD), na ktoré sa vzťahujú dodatočné podmienky, ale aj poradenstvo pri poskytovaní informácií klientovi v rámci samotného predajného procesu konkrétneho finančného produktu.

Členské štáty sú zároveň povinné zabezpečiť:

- ak sprostredkovatelia úverov na bývanie poskytujú poradenské služby, aby štruktúrou odmeňovania príslušných zamestnancov sprostredkovateľa úverov na bývanie nebola dotknutá ich schopnosť konať v najlepšom záujme ich klienta a najmä nezávisela od predajných cieľov[34],
- aby distribútori (sprostredkovatelia) poistenia neboli odmeňovaní ani neodmeňovali alebo neposudzovali výkonnosť svojich zamestnancov spôsobom, ktorý by bol v rozpore s ich povinnosťou konať v súlade s najlepšími záujmami ich klientov; distribútor poistenia predovšetkým nesmie zaviesť žiadne mechanizmy v podobe odmien, cieľov predaja ani iných, ktoré by mohli byť pre neho samotného alebo jeho zamestnancov stimulom, aby klientovi odporúčali určitý poistný produkt, keď by distribútor poistenia mohol ponúknuť iný poistný produkt, ktorý by lepšie spĺňal potreby klienta[35].

Členské štáty sú dokonca oprávnené zakázať vyplácanie provízií, ktoré veriteľ platí sprostredkovateľovi úverov na bývanie poskytujúcemu poradenské služby[36], resp. ktoré by tretie strany (vrátane poisťovní) platili distribútorom investičných produktov založených na poistení v súvislosti s poskytovaním poistného poradenstva alebo v súvislosti s distribúciou poistných produktov všeobecne[37]. Uvedenou cestou zákazu šiel aj slovenský zákonodarca, keď zákaz prijímania akýchkoľvek plnení s výnimkou plnení od klienta ustanovil pre všetkých finančných sprostredkovateľov z iného členského štátu v sektore poistenia alebo zaistenia a v oblasti poskytovania úverov na bývanie, ktorí na území Slovenskej republiky vykonávajú finančné poradenstvo, bez ohľadu na to, či so založením pobočky alebo na základe práva slobodného poskytovania služieb[38]. Tým zároveň bolo finančným sprostredkovateľom z iného členského štátu znemožnené vykonávané finančného sprostredkovania podľa ZFS, ktorého definičným znakom je prijímanie odplaty[39].

31 Čl. 1 ods. 1 body 1. a 2. IDD.

32 Odsek 63 preambuly MCD.

33 Pozri čl. 15 bod 1. písm. d), čl. 22 bod 1. MCD, čl. 18 písm. a) bod (ii) IDD.

34 Čl. 7 bod 4. MCD.

35 Čl. 17 bod 3. IDD.

36 Čl. 7 bod 4. *in fine* MCD.

37 Čl. 29 bod 3. a čl. 22 bod 3. IDD.

38 Porov. § 11 ods. 2 *in fine*, § 11a ods. 1 *in fine* a § 11d ods. 1 *in fine* v spojení § 32 ods. 5 ZFS.

39 Pozri § 1 ods. 2 písm. i) ZFS.

Z týchto ustanovení smerníc umožňujúcich členským štátom zaviesť zákaz vyplácania provízií pre sprostredkovateľov možno odvodiť právny základ pre špecifickú právnu úpravu na Slovensku zakazujúcu kombinovať finančné sprostredkovanie s finančným poradenstvom. Pokiaľ by teda sprostredkovateľ úverov na bývanie alebo sprostredkovateľ poistenia, príp. zaistenia z iného členského štátu EÚ chcel vykonávať svoju činnosť na území Slovenskej republiky (či už prostredníctvom pobočky alebo bez nej), **musel by sa rozhodnúť, či bude vykonávať finančné sprostredkovanie alebo finančné poradenstvo** v zmysle slovenskej právnej úpravy. Obidve tieto činnosti by mohol vykonávať naraz len vtedy, ak by bola druhá ním vykonávaná činnosť bezodplatná[40].

4. Záver a návrhy *de lege ferenda*

Aktuálna právna úprava finančného poradcu v zmysle § 10 ZFS prostredníctvom výkonu činnosti finančného poradenstva a existencie písomnej zmluvy o poskytnutí finančného poradenstva uzavretej s jeho klientom je nedostatočná a zmätočná. Oveľa vhodnejšie sa nám javí zadefinovať pojem finančného poradcu prostredníctvom činnosti finančného poradenstva a zároveň povolenia, ktoré mu je udelené zo strany Národnej banky Slovenska. Ustanovenie § 10 ods. 1 ZFS by teda malo znieť takto:

(1) Finančným poradcom je osoba so sídlom, miestom podnikania alebo umiestnením organizačnej zložky na území Slovenskej republiky, ktorej predmetom činnosti je finančné poradenstvo a ktorá má na túto činnosť udelené povolenie Národnou bankou Slovenska (§ 18), ak nie je v tomto zákone uvedené inak. Finančný poradca nemôže vykonávať finančné sprostredkovanie.

Zároveň navrhujeme do ustanovenia § 3 doplniť piaty odsek, ktorý bude znieť:

(5) Finančné poradenstvo je vykonávané na základe písomnej zmluvy o poskytnutí finančného poradenstva uzavretej medzi oprávnenou osobou na poskytovanie finančného poradenstva a klientom (ďalej len „zmluva o poskytnutí finančného poradenstva“).

Čo sa týka výkonu činnosti finančného poradenstva inými subjektami než finančným poradcom, je možné uzavrieť, že v Slovenskej republike má:

a) finančný sprostredkovateľ z iného členského štátu EÚ v oblasti poskytovania úverov na bývanie právo vykonávať:

- len finančné sprostredkovanie vrátane poradenstva, ktoré je podľa § 2 ods. 1 písm. b) ZFS súčasťou finančného sprostredkovania, t. j. poskytovania odbornej pomoci, informácií a odporúčaní klientovi na účely uzavretia, zmeny alebo ukončenia zmluvy o poskytnutí finančnej služby; alebo
- len finančné poradenstvo, t. j. tzv. nestranné poradenstvo v zmysle čl. 22 ods. 4 MCD, ale len v oblasti poskytovania úverov na bývanie (v rámci sektoru poskytovania úverov, úverov na bývanie a spotrebiteľských úverov); alebo
- obidve vyššie uvedené činnosti, ak ktorúkoľvek z nich bude vykonávať bezodplatne; a

40 § 1 ods. 2 písm. i) ZFS *a contrario.*

b) finančný sprostredkovateľ z iného členského štátu EÚ v sektore poistenia alebo zaistenia právo vykonávať:

- len finančné sprostredkovanie vrátane poradenstva podľa § 2 ods. 1 písm. b) ZFS; alebo
- len finančné poradenstvo, t. j. poradenstvo na základe objektívnej a osobnej analýzy v zmysle čl. 20 ods. 3 IDD, ale len v sektore poistenia a zaistenia;… alebo
- obidve vyššie uvedené činnosti, ak ktorúkoľvek z nich bude vykonávať bezodplatne.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] ČUNDERLÍK, Ľ. – KATKOVČIN, M. – RAKOVSKÝ, P. (eds.): Inovatívne formy tvorby peňažných fondov a ich prevodov. *Zborník príspevkov z vedeckej konferencie „Inovatívne formy tvorby peňažných fondov a ich prevodov“* organizovanej Katedrou finančného práva Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave dňa 28. septembra 2018. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, 2018, 138 s., ISBN 978-80-7160-473-0.

[2] MAJTÁNOVÁ, A. – SNOPKOVÁ, A.: Perspektívy finančného sprostredkovania a finančného poradenstva na poistnom trhu. *Acta Academica Karviniensia*, 2014, 14(3), ISSN 1212-415X.

[3] SLEZÁKOVÁ, A. – ŠIMONOVÁ, J. – JEDINÁK, P. a kol.: *Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2020, 496 s., ISBN 978-80-571-0193-2.

[4] SLEZÁKOVÁ, A.: Návrhy de lege ferenda vzťahujúce sa na reguláciu finančného poradenstva. *Studia Iuridica Cassoviensia*, 2020, 8 (1), ISSN 1339-3995.

[5] Legislatívne zdroje a judikatúra podľa textu.

[6] Internetové zdroje podľa textu.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Ing. Martin Winkler, Ph.D.
Katedra obchodného práva
Obchodná fakulta Ekonomickej univerzity v Bratislave
Dolnozemská cesta 1
852 35 Bratislava
E-mail: martin.winkler@euba.sk

Bartosz Ziemblicki bartosz.ziemblicki@ue.wroc.pl

ODPOVĚDNOST OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ PŘED MEZINÁRODNÍMI TRESTNÍMI SOUDY

LIABILITY OF COMPANIES BEFORE INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS

Abstrakt: U odborné veřejnosti bývá účelnost trestní odpovědnosti obchodních korporací často zpochybňována, byť je i tak její zakotvení na úrovni vnitrostátního práva na vzestupu. Sporné však zůstává, zda lze i v rovině mezinárodněprávní tuto odpovědnost zakotvit a pokud ano, zda to lze vůbec očekávat. Historicky první případ dle mezinárodního práva, v němž byla dovozena trestní odpovědnost právnické osoby, představoval Norimberský proces před Mezinárodním vojenským tribunálem. Byl to však až Zvláštní tribunál pro Libanon, jenž dovodil trestní odpovědnost obchodní korporace dle mezinárodního práva. Vzhledem k tomu, že právní základ zřízení tohoto *ad hoc* soudu se neliší od jiných stálých mezinárodních trestních soudů, nelze ani v budoucnu podobné spory týkající se obchodních korporací vyloučit.

Abstract: The purposefulness of criminal liability of commercial companies is still questioned by many scholars. Nevertheless, it cannot be denied that such regulations are more and more frequent in domestic law. The question is whether such liability is also possible under international law and whether it is something that we should expect in the near future? The first case in which an international criminal court tried legal persons of domestic law was the Nuremberg Trial before the International Military Tribunal. None of them, however, was a commercial company. Since then, many international criminal courts have been established around the world. The first one that decided on the admissibility of judging commercial companies was the Special Tribunal for Lebanon. However, an examination of the regulation of its statutory jurisdiction shows that it is no different from several other international criminal courts. This leads to the conclusion that further cases of commercial companies being tried by various international criminal courts cannot be ruled out even without the need to amend their statutes.

Klíčová slova: *trestní odpovědnost obchodních společností, mezinárodní trestní soudy, odpovědnost obchodních společností před mezinárodními trestními soudy, Zvláštní tribunál pro Libanon, Mezinárodní vojenský tribunál.*

Key words: *criminal liability of companies, international criminal courts, liability of companies before international criminal courts, Special Tribunal for Lebanon, International Military Tribunal.*

Introduction

The rationale behind holding companies criminally liable (both under domestic and international law) is still strongly contested in legal literature.[1] Nevertheless there has been much progress in legislation of many states towards introduction of such liability.[2] In is quite popular in common law states. For example in the United States it began to spread since the judgement of the Supreme Court in the *New York Central* case. This approach also gains popularity in Europe.[3] However, in international law until recently it seemed quite obvious that corporations do not bear international criminal liability, or at least that none of the modern international criminal courts had jurisdiction over juridical persons. In 2013 H. van der Wilt expressed the view that corporations still have no international criminal responsibility.[4] The breakthrough came before the Special Tribunal for Lebanon, which was created to investigate and prosecute the assassination of the former Lebanese Prime Minister R. Hariri, along with more than 20 other people in the Beirut bombing of February 14, 2005 (Article 1 of the Statute of the Special Court for Lebanon). Since holding companies legally accountable for breaching against the standards of corporate social responsibility[5] is problematic, international criminal liability may be an attractive alternative.

1. The International Military Tribunal

Before I discuss the breakthrough in the jurisprudence of the Special Tribunal of Lebanon, I want to mention the heritage of the International Military Tribunal and the Nuremberg trial, which opened the door to this possibility. In the Nuremberg trial, apart from judging the main war criminals, the International Military Tribunal, in accordance with its Charter,[6] had a competence to declare whole organizations criminal (Article IX). In case of such declaration by the Tribunal, the competent national authorities had the right to bring individuals to trial for membership in such organization and the nature of those organizations was considered proved and couldn't be questioned (Article X). The purpose of this principle was to limit the number of trials.[7] The accused organizations included NSDAP (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei), SS (die Schutzstaffel der NSDAP), SD (Si-

1 See for example FRANCIS, J. F.: Criminal Responsibility of Corporations. *Illinois Law Review*, No 8, 1923-1924, at 307; HASNAS, J.: The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability. *American Criminal Law Review*, No 46, 2009; KHANNA, V. S.: Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve? *Harvard Law Review*, No 7, 1996; KARSKI, K.: *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*. Warszawa 2009, at 216-217; HEINE, G.: *Odpowiedzialność prawnokarna podmiotów zbiorowych w prawie niemieckim*, [in:] ESER, A. ZOLL, A. (red.): *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Kraków 1998.

2 This article builds on the chapter VI of ZIEMBLICKI B.: *Status korporacji transnarodowych w prawie międzynarodowym*. Warszawa: C.H. Beck, 2020.

3 KEITH, N. WALSH, G.: International Corporate Criminal Liability, World Focus, Vol 8 No 3; SPISAROVÁ, S.: Přičitatelnost trestného činu právnické osobě. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2018.

4 VAN DER WILT, H.: Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities. *12 Chinese Journal of International Law*, No. 12, 2013, 44.

5 See for example SPISAROVÁ, S.: Společenská odpovědnost podnikatelů aneb slušné chování se vyplácí. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2019.

6 Annex to the Agreement on the Prosecution and Punishment of the major war criminal of the European Axis, signed in London, Aug. 8, 1945, by the United Kingdom, the United States, France and the Soviet Union.

7 KARSKI, K. *op. cit*., at 219.

cherheitsdienst des Reichsführers SS), and Gestapo (Geheime Staatspolizei), as well as the Reich government, NSDAP Assault Units – SA (die Sturmabteilungen der NSDAP), the General Staff and the Supreme Command of the Armed Forces. It is noteworthy that none of them still existed during the trial.[8] The first four of them were declared by the Tribunal to be criminal organizations.[9] All of the accused organizations were of political and military natures – not business entities. It should also be mentioned that the Allied Control Council decided that only the International Military Tribunal had the right to declare organizations criminal[10] – military courts of Allied states did not (Article III of the Directive no 9 of the Allied Control Council)[11]. Despite having such a competence by the Tribunal, and even having used it, it has famously stated, that *"crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced."*[12]

It should be noted that in the main Nuremberg trial for the first time the international court ruled on the criminal nature of juridical persons of domestic law (NSDAP, SS, SD, Gestapo) and also that in other Nuremberg trials people were judged and punished for criminal aspects of economic activity (*Flick, Krupp* and *IG Farben* cases).[13] However, these two cases did not coincide, i.e. there has been no trial on the criminal nature of economic entities nor on criminal liability for belonging to them. It seems though, that it was possible and that there were no legal obstacles to such proceedings. Simply it was decided otherwise and one should keep in mind that it was a situation without precedence, therefore contained important elements of improvisation. This does not change the fact that the only competence of the International Military Tribunal in relation to juridical persons was to declare them criminal organizations. No penalties could be imposed against them. Moreover, none of the tried organizations existed at the time of the trial. The very reason for which juridical persons were judged was motivated by a pragmatic approach - the need to bring a large number of natural person to individual criminal liability. For this reason, conscious and voluntary membership in criminal organizations has become punishable. It should be emphasized that only the International Military Tribunal had competence to decide on the criminal nature of organizations, and the courts of individual states were not (neither did the International Military Tribunal for the Far East).

The importance of the above-discussed trial before the International Military Tribunal for the potential legal international criminal liability of multinational corporations should be appreciated. It was undoubtedly proceeding before an international criminal court. The defendants were juridical persons of domestic law, and from a formal point of view, there could have been economic entities among them, including multinational corporations. Ju-

8 Ibid, at 228.

9 Ibid, at 223.

10 Article II(1)(d) of the Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, Dec. 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946).

11 Directive no. 9 of the Allied Control Council, Developing Measures and Procedures Regarding Major War Criminals of European Axis, Enactments and Approved Papers ofof the Control Council and Coordinating Committee, Volume 1, Aug. 30, 1945.

12 Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal: Proceedings Volumes (the Blue Set), Military Legal Resources, vol. 22, 466 (Aug. 22, 2020) https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html.

13 The United States of America vs. Friedrich Flick, et al. (US Military Tribunal, 1947); The United States of America vs. Carl Krauch, et al. (US Military Tribunal, 1948); The United States of America vs. Alfried Krupp, et al. (US Military Tribunal, 1948).

ridical persons under domestic law were not only tried, but half of them were convicted. It should also be mentioned, that the substantive legal basis of this judgment was not any treaty of international law previously adopted by the Third Reich, but the newly codified Nuremberg Principles,[14] which stated the existence of norms on the responsibility for crimes of international law. Its wording in no way precluded the possible criminal liability of corporations under international law.

2. The Special Tribunal for Lebanon

The first goal in the preamble of the United Nations Charter[15] to "save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind" was not realized. Therefore, over time, beginning in the 1990s, it became necessary to set up more international criminal courts: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (1993), International Criminal Tribunal for Rwanda (1994), Special Court for Sierra Leone (2002), International Criminal Court (2002), Special Tribunal for Lebanon (2009), International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (2012) and Residual Special Court for Sierra Leone (2013). Until recently none of them ever tried a juridical person and much less – an economic entity. The breakthrough occurred before the Special Tribunal for Lebanon in two cases - *New TV S.A.L., Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*[16] and *Akhbar Beirut S.A.L, Ibrahim Mohamed Ali Al Amin.*[17] In both of them the court of first instance (Contempt Judge) ruled, that legal persons were not subject to its jurisdiction, and the Appeals Panel overturned those decisions.

It should be noted here that pursuant to Rule 60bis of the Rules of Procedure and Evidence[18] the Tribunal had jurisdiction not only over persons involved in the assassination of the prime minister and his entourage, but also in cases related to obstruction of justice. In the first case, the TV station revealed secret personal data of witnesses in the trial, and also did not comply with the court's order to remove the reports on the proceedings from its website and YouTube channel. In the second case, the publishing house also published classified data of witnesses. In both cases, in the first instance it was Judge Lettieri who delivered the decisions and in both cases he decided that the Tribunal had no right to rule on criminal liability of juridical persons. It is noteworthy that the first instance judgment in the second case was delivered after the judgement in the first case was already overturned by the Appeals Panel. Yet, the judge did not change his mind.

The rationale behind the decisions of the Appeals Panel was very interesting. It ruled that the spirit of law and not its literal wording should be decisive. According to the Rule 3 (A) of the Rules of Procedure and Evidence, the Rules should be interpreted in a manner consonant with the spirit of the Statute and, in order of precedence, with (i) the principles of

14 Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal General Assembly resolution 95 (I) New York, Dec. 11, 1946; Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 1950, vol. 2, 374–378.

15 United Nations Charter, San Fransisco, Oct. 24, 1945.

16 New TV S.A.L., Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, STL-14-05/PT/AP/AR126.1 (Special Tribunal for Lebanon, Oct. 2, 2014).

17 Akhbar Beirut S.A.L, Ibrahim Mohamed Ali Al Amin, STL-14-06/PT/AP/AR126.1 (Special Tribunal for Lebanon, Jan. 23, 2015).

18 Special Tribunal for Lebanon Rules of Procedure and Evidence.

interpretation laid down in customary international law as codified in Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), (ii) international standards on human rights, (iii) the general principles of international criminal law and procedure, and, as appropriate, (iv) the Lebanese Code of Criminal Procedure. However, according to Rule 3 (B) any ambiguity that has not been resolved in the manner provided for in paragraph (A) shall be resolved by the adoption of such interpretation as is considered to be the most favourable to any relevant suspect or accused in the circumstances then under consideration. The court of first instance decided that the ambiguity as to jurisdiction over juridical persons exists and has applied Rule 3 (B). However, the court of second instance took the view that ambiguity did not exist. It stated that the rules of interpretation from the Vienna Convention on the Law of Treaties do not determine that the term "person" is limited to natural persons. On the contrary, it usually means both natural and legal persons in law.[19] As for human rights, the Tribunal has pointed out that corporations (it specifically used the word "corporations") are actually subjects of international law[20] and that judicial remedies are not barred against legal persons.[21] As for international criminal law, it came to the conclusion that the Statute of the International Criminal Court does not constitute a codification of that area of law, and its lack of jurisdiction over juridical persons is not the only legally permissible option.[22] Finally, regarding the Lebanese domestic law, the Code of Criminal Procedure did not regulate this issue, while the Criminal Code provided for the punishment of juridical persons.[23] As a result of the above analysis, the Tribunal recognized its jurisdiction over juridical persons.

In the case of *New TV S.A.L., Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, the Appeals Panel ruled in the above manner by a two-to-one majority, and a dissenting opinion was submitted by Judge Akoum. He argued that the spirit of the law is not *carte blanche*, allowing for any interpretation. Judge Lettieri, ruling in the second case (*Akhbar Beirut S.A.L, Ibrahim Mohamed Ali Al Amin*), took the opportunity to respond to the majority position of the court of second instance in the first case. He strongly criticized it, comparing it to the standards of adjudication in totalitarian systems. In this case, judges Hrdličková and Nosworthy, whose votes determined the decision in the first case, again sat on the Appeals Panel. The third judge, Chamseddine, also supported their position, so it was made unanimously.[24] Eventually the television station was acquitted and the publishing house was sentenced to a fine of EUR 6,000. The above cases are the first in which modern international criminal court ruled on criminal liability of juridical persons.

19 New TV S.A.L., Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, para. 42, 44.

20 Ibid, para. 46.

21 Ibid, para. 48.

22 Ibid para. 66.

23 Ibid para. 68-69; VENTURA, M. J.: The Prosecution of Corporations before a Hybrid International Criminal Court, *African Journal of International Criminal Justice*, No. 1-2, 2016,74-76 (2016); MAREČEK, L.: Criminal Responsibility of Legal Persons Introduced by the Special Tribunal for Lebanon, *Pécs Journal of International & European Law*, No. 2, 2017, 62-65.

24 VENTURA, M. J. op. cit., at 76–77.

3. The Jurisdiction of Modern International Criminal Courts

It is true, that the consequences for companies in the first criminal cases of juridical persons before an international court were not serious. One company was acquitted and the other had to pay only EUR 6,000. But in a broader picture it was a dramatic change of approach to criminal liability of companies in international law. It is a clear signal, that companies are subjects to international criminal liability. What is particularly important is that the Statute of the Special Tribunal for Lebanon did not explicitly mention such liability. It did not differ in this regard from the statutes of some other international criminal courts. Article 1 of the Statute of the Special Tribunal for Lebanon regulates jurisdiction over "persons responsible for the attack of 14 February 2005". Rule 60 bis of the Rules of Evidence and procedure regulates the "power to hold in contempt any person". Similarly, the Statute of the Special Court for Sierra Leone, which is an annex to the Agreement between Sierra Leone and the United Nations of 16.1.2002, does not indisputably exclude the court's jurisdiction over legal persons. Article 1 of the Agreement and article 1 (1) and (3) of the Statute regulate jurisdiction over "persons" and not "natural persons". The same is true for the Statute of the Residual Special Court for Sierra Leone.[25] However, the liability of only natural persons may be suggested by the wording providing only for "individual criminal responsibility".[26] What other purpose could such a wording have than to limit the jurisdiction of the Court to natural persons? Also in the Statute of the United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals, the term "natural" was skipped and the jurisdiction simply applies to "persons".[27] In practice, however, there was no case of a juridical entity being tried by the Special Court for Sierra Leone. In addition, if such a situation were to occur, the only penalty that the Court could impose would be forfeiture, and even that is doubtful, since the provision stipulates that this penalty is imposed in addition to the penalty of deprivation of liberty, which, after all, cannot be imposed on a juridical person (Article 9 paragraph 3 of the Statute).

It is only the Statutes of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia[28] and International Criminal Tribunal for Rwanda[29] which explicitly limited the jurisdiction of the courts to natural persons. In the past the same was true for the International Military Tribunal for the Far East.[30] Also the International Criminal Court, which has the widest geographical coverage,[31] has no jurisdiction over legal persons (Article 25 (1) of the International Criminal Court Statute), although it was not obvious during preparatory works on this treaty.[32]

---

25 Article 1(1) of the Statute of the Residual Special Court for Sierra Leone (appendix to the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of Residual Special Court for Sierra Leone (2010)).

26 The title of Article 6 of the Statute.

27 Article 1(1-5) of the Statute of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Resolution 1966 (2010) adopted by the Security Council at its 6463rd meeting, on Dec. 22, 2010, U.N. Doc. S/RES/71966 (2010).

28 Article 6 of the Statute of the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, Resolution 827 adopted by the Security Council at its 3217th meeting on May 25, 1993.

29 Article 5 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, annex to the Resolution 955 adopted by the Security Council at its 3453rd meeting, Nov. 8, 1994.

30 Article 5 of the Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Special proclamation by the Supreme Commander tor the Allied Powers at Tokyo, Jan. 19, 1946.

31 Although three of the most powerful states in the world (United States, China and Russia) did not submit to its jurisdiction.

32 Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Part I: Draft Statute for the International Criminal Court, 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 49.

In conclusion of this part, it must be said that because of the two recent decisions of the Special Tribunal of Lebanon, companies can no longer consider themselves immune from the jurisdiction of international criminal courts. Only some of them (for the former Yugoslavia, Rwanda and the International Criminal Court) explicitly exclude jurisdiction over legal persons. In other courts such liability is theoretically possible. And, ever since the adoption of the Nurnberg Principles, substantive international criminal law binds everyone. Tribunal for Lebanon also expressed the view that corporations do have international legal subjectivity at least in the area of international human rights. It is true that it referred to individual companies rather than whole multinational corporations, but it was already explained that (unfortunately still) law (both domestic and international) generally applies to such companies instead of whole corporations, therefore affects only parts of those corporations.

Conclusion

The rationale behind criminal liability of commercial companies is controversial and is contested by many researchers. However, the reality is that it is gaining popularity all over the world in domestic law. Until recently it seemed that international law did not follow this path and that companies cannot be held criminally liable before international criminal courts. The first such court which was capable of judging legal person was the International Military Tribunal in Nuremberg. None of those legal persons, which were brought to justice before that court, was actually a commercial company.

In the last three decades many new international criminal courts were established. Statute of none of them explicitly mentions jurisdiction over legal person, much less companies. However, one of them, namely the Special Tribunal for Lebanon, decided (on the appeal) that it does and actually did so already twice. That was not without controversies, as the court of first instance did not agree with this approach in either of the cases. These cases show that it may happen in the future that also other contemporary international criminal courts begin to interpret their jurisdiction as inclusive with respect to commercial companies. That would be a revolution in international criminal liability. The time will show whether it becomes the reality.

✪ ✪ ✪

LITERATURE

[1] FRANCIS, J. F.: Criminal Responsibility of Corporations, *Illinois Law Review*, No 8, 1923-1924, 307.

[2] HASNAS, J.: The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability, *American Criminal Law Review*, No 46, 2009.

[3] HEINE, G.: *Odpowiedzialność prawnokarna podmiotów zbiorowych w prawie niemieckim*, [in:] ESER, A. ZOLL, A. (eds.): *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego.* Kraków: 1998. ISBN 83-7211-024-7.

[4] KARSKI, K.: *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Warszawa: 2009. ISBN 978-83-235-0557-0.

[5] KEITH, N. WALSH, G.: International Corporate Criminal Liability, *World Focus,* Vol. 8, No 3.

[6] KHANNA, V. S.: Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve? *Harvard Law Review*, No 7, 1996.

[7] MAREČEK, L.: Criminal Responsibility of Legal Persons Introduced by the Special Tribunal for Lebanon. *Pécs Journal of International & European Law*, No 2, 2017, 62–65.

[8] SPISAROVÁ, S.: Společenská odpovědnost podnikatelů aneb slušné chování se vyplácí. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké conference*. 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2019. ISBN: 978-80-88055-08-2.

[9] SPISAROVÁ, S.: Přičitatelnost trestného činu právnické osobě. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké conference.* 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2018, ISBN: 978-80-88055-04-4.

[10] VAN DER WILT, H.: Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities, *Chinese Journal of International Law*, No. 12, 2013, 44.

[11] VENTURA, M. J.: The Prosecution of Corporations before a Hybrid International Criminal Court, *African Journal of International Criminal Justice*, No. 1–2, 2016, 74–76.

[12] ZIEMBLICKI, B.: *Status korporacji transnarodowych w prawie międzynarodowym*. Warszawa: C. H. Beck, 2020. ISBN 978-83-8198-413-3.

Kontaktní adresa autora:
Bartosz Ziemblicki, Ph.D.
Wroclaw University of Economics and Business
ul. Komandorska 118/120
53-345 Wrocław
E-mail: bartosz.ziemblicki@ue.wroc.pl

OCHRANA SPOTŘEBITELE
CONSUMER PROTECTION

2.

Daniela Gandžalová daniela.gandzalova@umb.sk

OCHRANA SPOTREBITEĽA V CIVILNOM KONANÍ V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

CONSUMER PROTECTION IN CIVIL PROCEEDINGS IN THE SLOVAK REPUBLIC

Abstrakt: Spotrebiteľské spory patria do kategórie osobitných druhov konaní pred súdom s názvom: „Spory s ochranou slabšej strany", v ktorých sa uplatňujú osobitné pravidlá súdneho konania za účelom ochrany tzv. slabšej strany. Cieľom príspevku je poukázať na jednotlivé mechanizmy, ktorými zákonodarca posilňuje postavenie slabšej strany v jednom z druhov osobitných konaní – konkrétne spotrebiteľa v spotrebiteľských sporoch.

Abstract: Consumer disputes belong to the category of special types of court proceedings entitled: Disputes with the protection of the weaker party, in which special rules of court proceedings apply in order to protect the so-called weaker party. The aim of the paper is to point out the individual mechanisms by which the legislator strengthens the position of the weaker party in one of the types of special proceedings – specifically the position of the consumer in consumer disputes.

Kľúčové slová: *civilné právo procesné, civilný proces, rekodifikácia civilného práva procesného, spory s ochranou slabšej strany, spotrebiteľská zmluva, spotrebiteľ.*

Key words: *civil procedural law, civil proceedings, recodification of civil procedural law, disputes with protection of the weaker party, consumer contract, consumer.*

Úvod

Napriek tomu, že problematika ochrany spotrebiteľa v našom právnom poriadku nie je témou novou, niet pochýb o tom, že ide o tému stále aktuálnu a diskutovanú v odborných kruhoch. Osobitná úprava sporov s ochranou slabšej strany v právnom poriadku SR sleduje zabezpečenie ochrany práv osôb, ktorých postavenie je v hmotnoprávnom vzťahu slabšie. Procesné právo sa snaží túto nerovnosť vyvážiť, a to procesnou úpravou, ktorá túto nerovnosť vyvažuje. Cieľom príspevku je poukázať na niektoré vybrané konkrétne odklony právnej úpravy spotrebiteľských sporov od klasického všeobecného sporového konania za účelom ochrany spotrebiteľa ako tzv. slabšej strany v civilnom procese a na dôvody vzniku tejto právnej úpravy.

Motívy vzniku právnej úpravy chrániacej spotrebiteľa (resp. regulácie spotrebiteľských vzťahov) v slovenskej vnútroštátnej úprave má svoje základy v práve EÚ. Ochrane spotrebiteľa je totiž na úrovni Európskej únie už dlhodobo venovaná mimoriadna pozornosť, a to až

do takej miery, že ochrana spotrebiteľa predstavuje jednu zo samostatných politík Európskej únie. Právna politika ochrany spotrebiteľa patrí už od 70. rokov minulého storočia medzi preferované politiky v rámci práva EÚ. Samotná právna politika v tejto oblasti je prierezová, čo znamená, že je upravená nie len v primárnom práve EÚ, ale pravidlá ochrany spotrebiteľov sú obsiahnuté v celom rade smerníc ako prameňov sekundárneho práva EÚ. Slovenská republika spolu s ostatnými členskými krajinami EÚ postupne preberala a preberá prevzaté medzinárodné záväzky vrátane tých, ktoré vyplývajú z plnenia programu EÚ v rámci ochrany spotrebiteľov.[1] Dnes tak už právne normy chrániace spotrebiteľa (máme na mysli najmä hmotnoprávne normy, chrániace spotrebiteľa v záväzkových vzťahoch), patria k realite nielen európskeho, ale i slovenského vnútroštátneho práva a sú dokonca tak významné, že zásadným spôsobom ovplyvnili charakter civilného práva vôbec.[2] Vychádzajúc z existujúceho vzájomného vzťahu medzi hmotným a procesným civilným právom, je logickou následná nevyhnutnosť regulácie týchto vzťahov i v procesnom práve v civilnom procese, prostredníctvom ktorého dochádza k poskytnutiu ochrany subjektívnych práv a zákonom chránených záujmov. Stotožňujeme sa absolútne s konštatovaním prezentovaným v literatúre civilného procesného práva, že „rovnako ako hmotné právo ochrany spotrebiteľa aj procesné spotrebiteľské právo má identifikovať skutočnú reálnu disparitu strán v civilnom procese, vyplývajúcu z charakteru strán sporu, túto vo svojej regulácii čo možno najviac zohľadniť a hľadať vhodné inštrumenty na jej kompenzáciu. Samotné zabezpečenie rovnosti zbraní strán v súdnom procese vo formálnom slova zmysle nie je schopné takúto disparitu strán v spotrebiteľských sporoch odstrániť. Každý spotrebiteľ má de jure možnosť uplatniť svoj nárok na súde alebo brániť sa voči iným nárokom v rovnakom rozsahu a za rovnakých podmienok ako každý iný účastník právnych vzťahov de facto je však táto rovnováha len iluzórna.“[3]

1. Právna ochrana spotrebiteľa v spotrebiteľských sporoch

Ako sme uviedli v úvode príspevku, potreba regulácie spotrebiteľských vzťahov bola v európskom práve identifikovaná už pred niekoľkými desaťročiami a následne sa potreba regulácie týchto vzťahov ako v oblasti hmotného civilného práva, tak aj v právnej úprave civilného procesu, ktorého obsahom je v tomto prípade ochrana záujmov spotrebiteľa, ukázala nevyhnutnou aj v našom vnútroštátnom práve. Postupne sa už tieto ochranné normy stali realitou, ako v európskom práve, tak aj v právnom poriadku Slovenskej republiky.

Súčasná právna úprava civilného procesu obsahuje viacero ustanovení, ktorých obsahom je ochrana niektorých záujmov spotrebiteľov, pričom ich cieľom je dať procesnej ochrane spotrebiteľa taký obsah, ktorý bude konformný s právami druhej strany a ktorý vytvorí predpoklady na hospodárny postup súdu. Takéto ochranné normy, ktoré upravujú procesné prostriedky ochrany spotrebiteľa, sú upravené najmä v Civilnom sporovom poriadku, zákone č. 160/2015 Z.z. (ďalej v texte len CSP), v prvom diely, druhej hlave, tretej časti s názvom: „Spory s ochranou slabšej strany“, ale aj v niektorých iných častiach CSP a v osobitných zákonoch.

1 VOJČÍK, P. a kol.: *Občianske právo hmotné 1, 2. vyd.* Plzeň: Aleš Čenek, 2018, s. 40.

2 VOJČÍK, P. a kol.: *Občianske právo hmotné 2, vyd.* Plzeň: Aleš Čenek, 2018, s. 102.

3 PAGÁČ, Ľ: §290 in ŠTEVČEK, M, FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M, a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár.* Praha : C. H. Beck, 2016, s 1015.

V tomto príspevku budeme ďalej venovať pozornosť ustanoveniam na ochranu spotrebiteľa upraveným v § 290 až 306 CSP, kde sú upravené Spotrebiteľské spory.

Prvý diel druhej hlavy tretej časti s názvom Spotrebiteľské spory sa delí na prvý oddiel Všeobecné ustanovenia a druhý oddiel Konanie o abstraktnej kontrole v spotrebiteľských veciach. Prvý oddiel (§ 290 až 300 CSP) upravuje osobitosti konania v individuálnych spotrebiteľských sporoch so zohľadnením potreby aktívnej kompenzácie nerovného postavenia dodávateľa a spotrebiteľa. Druhý oddiel (§ 301 až 306 CSP) upravuje konanie, v ktorom súd skúma neprijateľnosť zmluvnej podmienky v spotrebiteľskej zmluve alebo v iných zmluvných dokumentoch súvisiacich so spotrebiteľskou zmluvou a nekalé obchodné praktiky nezávisle od okolností konkrétneho prípadu.

Spotrebiteľské spory patria medzi tzv. Spory s ochranou slabšej strany v zmysle druhej hlavy, tretej časti CSP, pričom túto kategóriu sporov tvoria okrem spotrebiteľských sporov ešte antidiskriminačné spory a individuálne pracovnoprávne spory. Civilný sporový poriadok zavádza na týchto miestach právnej úpravy pomerne významnú kategóriu druhov konaní, v rámci ktorých sa uplatňujú niektoré špecifické pravidlá pre postup súdu a sporových strán, pričom charakteristické pre tento druh konaní je to, že slabšej strane je zákonom účelovo priznaných viac práv a povinností, aby bola zabezpečená rovnosť postavenia strán v spore.

Z dôvodovej správy k novým procesnoprávnych predpisov vyplýva, že odôvodnenosť tohto postulátu vyplýva práve z už vyššie popísanej objektívnej (a to ako hmotnoprávnej, tak i procesnoprávnej) nerovnosti určitých subjektov práva, ktoré súd musí kompenzovať uplatnením osobitných procesných postupov, ktoré sú odlišné od všeobecných procesných inštitútov sporového konania, aby bol naplnený základný účel sporového konania, ktorým je rýchla a spravodlivá ochrana porušených alebo ohrozených subjektívnych práv, čím právna úprava civilného procesu po rekodifikácii civilného procesného práva reflektuje jeden zo základných princípov nového sporového konania, podľa ktorého prísne dopady kontradiktórneho, koncentrovaného sporu na určité subjekty nie sú žiaduce.

Súčasná právna úprava označuje za subjekt, ktorému patrí takáto procesná ochrana, v spotrebiteľských procesných vzťahov spotrebiteľa, v pracovnoprávnych vzťahov zamestnanca a v antidiskriminačných sporoch je takýmto subjektom subjekt domáhajúci sa ochrany z porušenia zásady rovnakého zaobchádzania podľa antidiskriminačného zákona (Zákon NR SR č. 365/2004 Z.z.).

Ústredným pojmom obsahu právnej úpravy spotrebiteľských sporov v ustanoveniach §290 až 300 CSP a súčasne základnou podmienkou, aby mohla byť uplatnená vyššie uvedená právna úprava spotrebiteľských sporov, je spotrebiteľský spor, ktorý vyplýva zo spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisí so spotrebiteľskou zmluvou.[4]

---

4 Za spotrebiteľský spor sa považuje spor medzi dodávateľom a spotrebiteľom, vyplývajúci zo spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisiaci so spotrebiteľskou zmluvou. Takmer identická formulácia definuje spotrebiteľský spor v § 2 ods. 1 prvej vete zákona č. 335/2014 Z.z. o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní (Spotrebiteľským sporom je spor medzi dodávateľom a spotrebiteľom vyplývajúci zo spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisiaci so spotrebiteľskou zmluvou) a rovnako je spotrebiteľský spor definovaný v § 1 ods. I písm. a) zákona č. 391/2015 Z. z. o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov a o zmene a doplnení niektorých zákonov. (Tento zákon upravuje alternatívne riešenie sporu medzi spotrebiteľom a predávajúcim, vyplývajúceho zo spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisiaceho so spotrebiteľskou zmluvou subjektom alternatívneho riešenia sporov.)

Charakter sporu vyplývajúceho zo spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisiacej so spotrebiteľskou zmluvou je zachovaný aj v prípade, ak sa spor týka iných zmluvných dokumentov súvisiacich so spotrebiteľskou zmluvou). Týmito dokumentmi sa rozumejú najmä všeobecné obchodné podmienky, poistné podmienky, prepravné poriadky, reklamačné poriadky a pod. Ak boli dodržané podmienky hmotného práva, predstavujú tieto dokumenty súčasť spotrebiteľskej zmluvy.

Vymedzenie pojmu dodávateľ, spotrebiteľ a spotrebiteľská zmluva vyplýva z právnej úpravy v Občianskom zákonníku (ďalej v texte len OZ).[5]

2. Osobitné procesné postupy, ktorými zákon posilňuje postavenie spotrebiteľa ako slabšej strany v spotrebiteľských sporoch

Ako už bolo uvedené vyššie, v spotrebiteľských sporoch (ako v jednom z druhov sporov s ochranou slabšej strany) sa za účelom poskytnutia procesnej ochrany spotrebiteľa, v zmysle posilnenia postavenia slabšej strany, uplatňujú niektoré osobitné procesné postupy odlišné od pravidiel klasického (všeobecného sporového konania).

Konkrétne ide o nasledujúce zákonom vymedzené pravidlá, ktoré je súd povinný aplikovať v konaní o sporoch s ochranou slabšej strany, konkrétne v spotrebiteľských sporoch, za účelom posilnenia spotrebiteľa ako slabšej strany v tomto konaní. Prvým odlišným pravidlom od klasického sporového konania je, že spotrebiteľ sa môže dať v spotrebiteľskom spore zastupovať právnickou osobou založenou alebo zriadenou na ochranu spotrebiteľa.[6] Spotrebiteľským združením sú združenia založené na účely ochrany spotrebiteľa. Podľa zákona o ochrane spotrebiteľa (zákon č. 250/2007 Z.z. o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona slovenskej Národnej rady č. 372/1990 Z.b. o priestupkoch v zmení neskorších predpisov) má totiž každý spotrebiteľ právo združovať sa spolu s inými spotrebiteľmi v združeniach a prostredníctvom týchto združení, v súlade so zákonom, chrániť a presadzovať chránené záujmu spotrebiteľov ako aj uplatňovať práva zo zodpovednosti voči osobám, ktoré spôsobili škodu na právach spotrebiteľov[7], pričom ale platí, že ak zákon (CSP) vyžaduje zastúpenie strany advokátom, zastúpenie spotrebiteľa združením túto povinnosť nenahrádza.

Ďalej za účelom vyvažovania procesnej nerovnosti sporových strán v spotrebiteľských sporoch je vo zvýšenej miere individualizovaná samotná poučovacia povinnosť súdu vo vzťahu k spotrebiteľovi. Táto poučovacia povinnosť je konštruovaná širšie než všeobecná poučovacia povinnosť súdu v prípade poučenia strany, ktorá nemá postavenie slabšej strany v klasickom sporovom konaní. Napriek tomu, že zákon neobsahuje taxatívny výpočet[8] toho, čo má byť obsahom poučovacej povinnosti, je zrejmé, že v súvislosti so snahou docieliť zabezpečenie rovnosti postavenia spotrebiteľa s postavením protistrany, že poučenie súdu by malo smerovať k tomu, aby spotrebiteľ podával v ko-

5 Podľa §52 ods. 3 OZ je dodávateľom osoba, ktorá pri uzatváraní a plnení spotrebiteľskej zmluvy koná v rámci predmetu svojej obchodnej alebo inej podnikateľskej činnosti.

Spotrebiteľom je podľa §52 OZ fyzická osoba, ktorá pri uzatváraní a plnení spotrebiteľskej zmluvy nekoná v rámci predmetu svojej obchodnej činnosti alebo inej obchodnej činnosti. Spotrebiteľskou zmluvou je podľa §51 OZ každá zmluva bez ohľadu na právnu formu, ktorú uzatvára dodávateľ so spotrebiteľom. Za spotrebiteľskú zmluvu sa považuje akákoľvek zmluva uzavretá medzi dodávateľom a spotrebiteľom bez ohľadu na to, či je upravená v Občianskom zákonníku.

6 Z právnej úpravy §291 CSP ďalej vyplýva, že spotrebiteľ má vždy sám možnosť rozhodnúť sa, či sa dá zastúpiť spotrebiteľským združením, advokátom alebo či bude konať sám.

7 PAGÁČ, Ľ: §290 in ŠTEVČEK, M, FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M, a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár.* Praha : C. H. Beck, 2016, s. 1025.

8 Tamtiež, s. 1026.

naní včasné a k podstate veci smerujúce návrhy.[9] Súd je povinný poučiť spotrebiteľa ako slabšiu stranu v konaní i o možnostiach zastúpenia, o čom v rámci všeobecnej poučovacej povinnosti v klasickom sporovom konaní súd nepoučuje.[10]

Zvýšená miera procesnej ochrany spotrebiteľa sa prejavuje aj dôslednou diferenciáciou spotrebiteľských sporov a iných prípadných sporov, ktoré teoreticky môže spotrebiteľ s dodávateľom viesť. Ak by súd spojil spotrebiteľský spor s prípadným iným sporom nespotrebiteľskej povahy, mohlo by dôjsť k zmareniu účelu zvýšenej procesnej ochrany spotrebiteľa nemožnosťou odlíšiť procesné postavenie spotrebiteľa v prípadnom inom ako spotrebiteľskom spore. Preto sa ustanovenia o spojení vecí použijú iba na prípady, ak by sa viedlo viacero spotrebiteľských sporov. Vylučuje sa možnosť spojiť na spoločné konanie spotrebiteľský a iný právny spor medzi sporovými stranami.

Podľa §294 CSP sa zmena žaloby v spotrebiteľských sporoch, ak je žalovaným spotrebiteľ, vôbec nepripúšťa, to znamená uplatnené nároky nemôže žalobca počas konania meniť, môže len žalobu zobrať späť.

Veľmi dôležitým špecifikom konania resp. osobitosť konania v spotrebiteľských sporoch predstavuje odklon od všeobecnej úpravy procesného dokazovania v sporovom konaní (pre ktoré je typický prísne dispozičný princíp), a to konkrétne v zmysle uplatňovania sa vyšetrovacieho princípu v týchto konaniach, čo je spôsobené zvýšenou mierou ingerencie súdu ako právno-ochranného orgánu do spotrebiteľských právnych vzťahov.[11]

Zákon za týmto účelom vyslovene v §295 CSP umožňuje súdu v spotrebiteľských sporoch obstarať, zabezpečiť a vykonať aj také dôkazy, ktoré spotrebiteľ nenavrhol, ak má súd za to, že je to nevyhnutné pre rozhodnutie vo veci.[12] Potrebné je v tejto súvislosti pripomenúť, že zaobstarávanie a vykonávanie dôkazov v prospech spotrebiteľa *ex offo* nie je myšlienkou novou (aj napriek tomu, že naplno sa prejavila hlavne v rámci rekodifikácie civilného procesného práva), táto idea bola podrobne rozpracovaná v judikatúre SDEÚ a medzičasom sa vo širokej miere etablovala aj vo vnútroštátnej rozhodovacej činnosti súdov SR všetkých inštancií.[13] V nadväznosti na popis konkrétnych osobitostí procesného dokazovania v spotrebiteľskom spore je (vzhľadom k obsahu §296 CSP) možné konštatovať, že povaha spotrebiteľského sporu a postavenie spotrebiteľa, ako objektívne a prirodzene slabšej strany právneho i procesnoprávneho vzťahu ipso facto, vylučujú uplatnenie prísnej koncentrácie konania typickej pre všeobecné sporové konania, čo znamená, že prísna sudcovská koncentrácia je voči spotrebiteľovi v spotrebiteľskom spore úplne vylúčená a zákonná koncentrácia je posunutá až do momentu vyhlásenia rozhodnutia vo veci samej

9 ŠTEVČEK, M., STRAKA, R. a kol.: *Prednášky a texty z civilného procesu*. Skriptá. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2018, s. 110.

10 V rámci širšej poučovacej povinnosti vo vzťahu k slabšej strane súd poučí pri svojom prvom procesnom úkone vo vzťahu k slabšej strane o možnosti zastúpenia v spore, ďalej poučuje aj o dôkazoch, ktoré je potrebné predložiť, o možnosti podať návrh na nariadenie neodkladného alebo zabezpečovacieho opatrenia a o iných možnostiach v súvislosti s účelným uplatnením alebo bránením práv slabšej strany.

11 Prakticky sa uplatnenie vyšetrovacieho princípu v konaniach o spotrebiteľských sporoch prejavuje najmä v tom, že súd sa nebude spoliehať v plnej miere na splnenie si dôkaznej povinnosti spotrebiteľa, ale môže prevziať dôkaznú iniciatívu sám s cieľom poskytnúť spotrebiteľovi čo najväčšiu mieru ochrany jeho práv garantovaných hmotným právom.

12 Podľa judikatúry SDEÚ platí, že ak súd vykoná nejaký dôkaz bez návrhu strán, z princípu kontradiktórnosti vyplýva právo každej zo strán vyjadriť sa k týmto dôkazom a tiež k takto určeným skutkovým a právnym okolnostiam, ktoré sú rozhodujúce pre výsledok konania. – SDEÚ vo veci C-89/08 *Komisia /Írsko* a vo veci C-472/11 *Banif Plus Bank Zrt*.

13 ŠTEVČEK, M, FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M, a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha : C. H. Beck, 2016, s 1028.

(a nie do momentu vyhlásenia dokazovania za skončené, ako je to mu vo všeobecnom sporovom konaní).

Podľa § 298 v spojení s § 295 CSP je súd povinný, aj bez návrhu, skúmať neprijateľnosť zmluvných podmienok uvedených v spotrebiteľskej zmluve alebo v iných zmluvných dokumentoch súvisiacich so spotrebiteľskou zmluvou, a to nielen tých, na ktorých spočíva uplatnený nárok, ale všetkých ostatných podmienok spotrebiteľskej zmluvy alebo iných zmluvných dokumentoch súvisiacich so spotrebiteľskou zmluvou.[14]

Treba si povšimnúť, že ustanovenia § 290 až 300 CSP sa použijú jedine na individuálne spory medzi dodávateľom a spotrebiteľom, teda na spory o individuálnom nároku dodávateľa voči spotrebiteľovi alebo spotrebiteľa voči dodávateľovi. Ak by bolo predmetom sporu určenie neplatnosti zmluvnej podmienky v spotrebiteľskej zmluve alebo nekalosti obchodnej praktiky bez väzby na konkrétny nárok v individuálnej veci, na konanie nemožno použiť ustanovenia § 290 až 300 CSP, ale ustanovenia o abstraktnej kontrole v spotrebiteľských veciach podľa § 301 až 306 CSP.[15]

Ďalším špecifikom, resp. odklonom od právnej úpravy kontumačného rozsudku v sporovom konaní je v spotrebiteľských sporoch vylúčenie kontumačných rozsudkov v neprospech spotrebiteľa. Ak sa uplatňuje právo na zaplatenie peňažnej sumy zo spotrebiteľskej zmluvy a žalovaným je spotrebiteľ, súd nevydá platobný rozkaz, ak spotrebiteľská zmluva, alebo iné zmluvné dokumenty súvisiace so spotrebiteľskou zmluvou obsahujú zmluvnú podmienku, ktorá je neprijateľná.

Výsledkom rekodifikácie civilného procesného práva je, v súvislosti so spotrebiteľskými spormi, zavedenie úplne nového konania s názvom Konanie o abstraktnej kontrole v spotrebiteľských veciach. Ide o osobitný typ konania, ktorého zmyslom a účelom je skúmať a následne vysloviť neprijateľnosť zmluvných podmienok v spotrebiteľských zmluvách, alebo iných zmluvných dokumentoch súvisiacich so spotrebiteľskou zmluvou, prípadne určiť obchodnú praktiku za nekalú mimo rámca všeobecného sporu spotrebiteľ – dodávateľ, to znamená prakticky nezávisle od okolností konkrétneho prípadu.

Súd o žalobe rozhodne spravidla bez pojednávania a môže *ex offo* vykonať aj tie dôkazy, ktoré neboli navrhnuté, ak je to nevyhnutné na rozhodnutie vo veci. Ak súd žalobe vyhovie, vo výroku rozsudku určí neprijateľnosť zmluvnej podmienky a znenie tejto zmluvnej podmienky výslovne uvedie alebo vo výroku určí, že obchodná praktika je nekalá. Žalobca je následne oprávnený vhodnou formou zabezpečiť zverejnenie takéhoto právoplatného rozsudku.[16]

Abstraktná kontrola neprijateľnosti zmluvných podmienok prebieha mimo rámca konkrétneho konania na podnet špecificky legitimovaných subjektov (ktorými sú iba právnické osoby založené alebo zriadené na ochranu spotrebiteľa a orgán dohľadu podľa osobitného predpisu) a so špecifickými účinkami tohto rozsudku, konkrétne to znamená, že rozsudok vydaný v tomto konaní je záväzný pre každého.

---

14 V zmysle európskeho úniového práva, ako aj konštantnej judikatúry SDEÚ, je zachovaná možnosť súdu aj v individuálnom konaní s účinkami inter partes vysloviť neprijateľnosť zmluvnej podmienky v spotrebiteľskej zmluve, alebo v inom zmluvnom dokumente súvisiacom so spotrebiteľskou zmluvou.

15 viď.: SDEÚ vo veci C-243/08, *Pannon GSM Zrt*.
SDEÚ vo veci C-240/98 až C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*.
SDEÚ vo veci C-464/01, *Johann Gruber*.

16 ŠTEVČEK, M., STRAKA, R. a kol.: *Prednášky a texty z civilného procesu*. Skriptá. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2018, s. 106.

Záver

Tak ako už bolo uvedené v úvode tohto príspevku, kde sme sa snažili poukázať na motívy vzniku novej právnej úpravy procesných prostriedkov ochrany spotrebiteľa, ako tzv. slabšej strany v civilnom konaní pred súdom, potreba regulácie spotrebiteľských vzťahov bola v európskom práve identifikovaná už pred niekoľkými desaťročiami a nie je novinkou ani v slovenskom vnútroštátnom práve.

Hmotnoprávna úprava ochrany spotrebiteľa v záväzkovo-právnych vzťahoch patrila už niekoľko rokov k realite európskeho i slovenského vnútroštátneho práva a bolo len otázkou času, kedy sa regulácia spotrebiteľských vzťahov stane nevyhnutnou i v procesnom práve. Vzhľadom k tejto skutočnosti, ako je známe už aj právna úprava civilného procesu pred rekodifikáciou civilného procesného práva v SR, obsahovala ustanovenia, ktorých obsahom bola ochrana niektorých záujmov spotrebiteľa. Súčasná procesnoprávna úprava tieto ochranné normy v rozličnom rozsahu buď recipovala, rozšírila, alebo nahradila inými prostriedkami ochrany, ktoré sú dnes obsiahnuté najmä v CSP, ale aj v niektorých osobitných zákonoch. V príspevku bolo poukázané najmä na tie ustanovenia na ochranu spotrebiteľa v civilnom konaní, ktoré sú dnes upravené v rámci právnej úpravy: „Sporov s ochranou slabšej strany“ §290 až 306 CSP, v rámci spotrebiteľských sporov v zmysle ich odklonov od pravidiel všeobecného sporového konania, za účelom poskytnúť procesnú ochranu spotrebiteľa v konaní pred súdom v spotrebiteľských sporoch. Osobitná úprava sporov s ochranou slabšej strany sleduje zabezpečenie ochrany práv osôb, ktorých postavenie je v hmotnoprávnom vzťahu slabšie. Procesné právo sa snaží túto nerovnosť vyvážiť, a to procesnou úpravou, ktorá túto nerovnosť vyvažuje.

V ustanoveniach, na ktoré bolo v príspevku poukázané, sú zákonom vymedzené pravidlá, ktorými sa má posilniť postavenie spotrebiteľa ako slabšej strany v konaní pred súdom v tom zmysle, že majú umožniť dostať spotrebiteľa z prirodzene nerovnovážneho postavenia na úroveň protistrany. Kľúčovú úlohu pri prekonávaní informačného deficitu spotrebiteľa v civilnom procese zohráva poučovacia povinnosť súdu. Samozrejme obsah poučenia je širší v porovnaní s poučovaním strany, ktorá nemá postavenie slabšej strany v konaní, ale keďže zákon neurčuje taxatívne obsah poučovacej povinnosti, rozhodujúcim pre súd pri zvažovaní, o čom spotrebiteľa poučí, je najmä dosiahnutie takej vedomosti spotrebiteľa o súdnom konaní, ktorá mu umožní účelné uplatnenie alebo bránenie jeho práv. Pritom je ale nevyhnutné stále dbať na dodržanie zásady rovnosti strán konania.

Osobitnú pozornosť si zasluhuje tiež odklon od dispozičného princípu (ktorý je typický pre sporové konanie) v procese dokazovania. Zaobstarávanie a vykonávanie dôkazov v prospech spotrebiteľa ex offo v spotrebiteľských sporoch predstavuje totiž zásadné prelomenie dispozičného princípu v civilnom procese s cieľom poskytnúť spotrebiteľovi čo najväčšiu mieru ochrany jeho práv stanovených hmotným právom. Vychádza sa z toho, že v dôsledku informačného deficitu, ktorý je možné u spotrebiteľa ako slabšej strany v spotrebiteľských sporoch predpokladať, má dôkaznú povinnosť za spotrebiteľa nahrádzať súd a to aj v prípade, ak spotrebiteľ nepredložil alebo nemôže predložiť dôkazy vlastnou vinnou.

Záverom, v súvislosti s problematikou ochrany spotrebiteľa v civilnom procese, považujeme za vhodné poukázať aj na rekodifikáciu spotrebiteľského rozhodcovského konania, pri ktorej boli zákonom č. 335/2014 Z.z. o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní

s účinnosťou od 1. 1. 2015, novo upravené postavenie a činnosť rozhodcovských súdov v spotrebiteľských veciach, pretože pre tento právny predpis je charakteristická kogentná právna úprava s výraznými spotrebiteľsko-ochrannými prvkami.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] CSACH, K.: Spor a spotrebiteľské rozhodcovské konanie. *Právny obzor,* 2016, č. 3, s. 234–244.

[2] ŠTEVČEK, M. a kol.: *Civilné právo procesné – Základné konanie a správne súdnictvo.* 3 zmenené a doplnené vydanie. Žilina: Eurokódex, 2013. ISBN 978-80-89447-18-3.

[3] ŠTEVČEK, M, DULÁK, A. BAJÁNKOVÁ, J., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: *Občiansky zákonník 1. § 1–450. Komentár. 1. vydanie.* Praha : C. H. Beck, 2015. ISBN 978-80-7400-770-5.

[4] ŠTEVČEK, M, FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M, a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár.* Praha: C. H. Beck, 2016. ISBN 978-80-7400- 629-6.

[5] ŠTEVČEK, M., STRAKA, R. a kol.: *Prednášky a texty z civilného procesu.* Skriptá. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2018. ISBN 978-80-89630-65-7.

[6] Zákon č. 160/2015 Z.z. Civilný sporový poriadok.

[7] Zákon č. 250/2007 Z. z. – Zákon o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov.

[8] Zákon č. 365/2004 Z. z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon).

[9] Zákon č. 335/2014 Z.z. o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Kontaktná adresa autora:
doc. JUDr. Daniela Gandžalová, Ph.D.
Katedra občianskeho a pracovného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenkého 2
974 01 Banská Bystrica
E-mail: daniela.gandzalova@umb.sk

Václav Pilík vaclav.pilik@vsci.cz

SPOTŘEBITELSKÁ OCHRANA DĚTÍ VE SVĚTLE PRÁVA EU

CONSUMER PROTECTION OF CHILDREN IN THE LIGHT OF EU LAW

Abstrakt: Tento příspěvek si klade za cíl podat charakteristiku celkového přístupu současného spotřebitelského práva EU k ochraně dětí jako specifického segmentu spotřebitelů. Znalost tohoto přístupu je tím důležitější, že zvláštní ochrana dětských spotřebitelů jen dílem spočívá ve výslovných právních ustanoveních, zatímco dílem je ponechána na interpretaci obecnějších ustanovení (principů, konceptů). Je stejně důležitá pro pochopení samotného práva EU jako pro „eurokonformní" výklad vnitrostátního práva ve zkoumané oblasti.

Abstract: This contribution aims to put forward the characteristic of overall approach to protection of children as a specific segment of consumers in the recent EU consumer law. Knowledge of the approach seems all the more important that the specific protection of minor consumers partly consists in explicit legal provisions and partly remains on the interpretation of more general provisions (principles, concepts). This knowledge serves the understanding the EU law *per se* as well as the "Euro-conforming" interpretation of national law on the explored field.

Klíčová slova: *dítě, dítě jako spotřebitel, spotřebitel, zranitelný spotřebitel.*

Key words: *child, consumer, child as a consumer, vulnerable consumer*

1. Východiska

Děti tvoří významný segment adresátů spotřebitelské ochrany. Podle produktového kritéria lze identifikovat řadu trhů, které cílí (především) na děti (hračky, oblečení, rychlé občerstvení aj.). Z jiného kritéria vyplývá, že děti ovlivňují několik trhů: trh, na němž vystupují přímo (*primary market*), trh, na němž vystupují jejich rodiče, popř. zákazníci v podobném postavení (*parental market*), ale i budoucí trh, na němž budou vystupovat později jako dospělí (*future market*).[1]

Dětské spotřebitele lze charakterizovat „dvojím znevýhodněním": poprvé vzhledem ke spotřebitelskému postavení a podruhé vzhledem k nižšímu věku; faktor věku působí ovšem různou měrou. Tento segment spotřebitelů pak zasluhuje speciální pozornost z více důvodů. K nim patří zejména soudobé trendy zvyšování standardu právní ochrany spotřebitele i dítěte, zrychlujícího se životního tempa (které se dotýká i dětí a jejich role

1 GARDE, A.: Advertising Regulation and the Protection of Children-Consumers in the European Union: In the Best Interests of … Commercial Operators? *International Journal of Children's Rights*, 19/2011, s. 152.

na trhu, srov. např. rozšiřování dostupnosti bankovních produktů cílících na nezletilé klienty) a v neposlední řadě robustního technického vývoje (který zejména dětem a mladším generacím obecně rozšiřuje možnost účasti na trhu, srov. např. rozšiřování nabídky zábavního digitálního obsahu).

Speciální pozornost ke spotřebitelské ochraně dětí zapadá i do aktuálního vývoje relevantních politik EU. Nový program pro spotřebitele (*A New Consumer Agenda*), jenž je součástí nedávno prezentovaných nových iniciativ EU v oblasti ochrany spotřebitele, vytyčil jako jednu ze svých prioritních oblastí ochranu zranitelných spotřebitelů.[2] Strategie týkající se práv dětí (*EU strategy on the rights of the child*) na léta 2021 až 2024 vychází z postulátu, že všechny děti bez rozdílu svého postavení požívají stejných práv, včetně práv hospodářských.[3]

2. Legislativní řešení ochrany

Právo EU přistupuje ke spotřebitelské ochraně dětí jako k typicky průřezové problematice, což se projevuje z více hledisek. Z legislativně systematického samozřejmě tak, že tuto problematiku nevyčleňuje v podobě soustavné zvláštní úpravy.

Z legislativně technického hlediska odpovídá průřezovému přístupu spotřebitelského práva EU zase to, že specifika dětí jsou zde reflektována již z prvního pohledu různě zřetelně. Zcela typicky, třebas ne výlučně, sleduje ochranu dětí zejména směrnice o bezpečnosti hraček.[4] Dílčími zvláštními ustanoveními pamatuje na ochranu dětí například směrnice o audiovizuálních mediálních službách (audiovisual media services);[5] novelizace z roku 2018 tuto ochranu ještě posílila.[6] Zvláštní ochrany se dětem může dostávat i v širším segmentu zvlášť zranitelných spotřebitelů (consumers who are particularly vulnerable), jako je tomu ve směrnici o nekalých obchodních praktikách.[7] Významný podíl na spotřebitelské ochraně dětí mají ovšem ustanovení podle své formulace obecná, leč podle svého smyslu vyžadující interpretační a aplikační adaptaci na situaci dětí (popř. i jiných zranitelných kategorií spotřebitelů).[8] Pro jeden příklad za všechny budiž uveden požadavek

2 Consumer policy – the EU's new 'consumer agenda'. Public consultations. In *ec.europa.eu* [on-line, 30. 6. 2020]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12464-A-New-Consumer-Agenda/public-consultation [cit. 20. 10. 2020].

3 EU strategy on the rights of the child (2021-24). Public consultation. In *ec-europa.eu* [on-line, 1. 9. 2020]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12454-Delivering-for-children-an-EU-strategy-on-the-rights--of-the-child/public-consultation [cit. 20. 10. 2020].

4 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/48/ES o bezpečnosti hraček. In Úřední věstník EU L 170 30. 6. 2009, s. 1.

5 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/13/EU o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních mediálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách). In Úřední věstník EU L 95, 15. 4. 2010, s. 1.

6 Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/1808, kterou se mění směrnice 2010/13/EU o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních mediálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách) s ohledem na měnící se situaci na trhu. In Úřední věstník EU L 303 ze dne 28. 11. 2018, s. 69. Viz zejm. připomenutí v bodě 60 větě druhé preambule, že úprava *„si zejména klade za cíl ctít právo na svobodu projevu, svobodu podnikání a právo na soudní přezkum a právo prosazovat uplatňování práv dítěte zakotvených v Listině."* „Připomenutí" proto, že novelizace uvedený řečený (zvláštní) cíl nezavádí, nýbrž jen posiluje.

7 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004. In Úřední věstník EU L 149, 11. 6. 2005, s. 22.

8 V té souvislosti se někdy hovoří o *de facto* nebo *implicitní* ochraně zranitelných spotřebitelů. Tak WADDINGTON, L.: Reflections on the Protection of 'Vulnerable' Consumers under EU Law. *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 2/2013, s. 9–12.

směrnice o právech spotřebitelů[9] na srozumitelnost a jasnost předsmluvních informací poskytovaných podnikatelem spotřebiteli (čl. 5 odst. 1 návětí, čl. 6 odst. 1 návětí): u informací směřujících k dětem bude posuzován přísněji. Třeba dodat, že různou zřetelnost, s jakou předpisy spotřebitelského práva EU zohledňují specifika ochrany dětí, nelze chápat jako obecný indikátor rozsahu nebo důležitosti těchto specifik.

3. Vymezení adresátů ochrany

Pojetí spotřebitele v EU jako fyzické osoby vystupující nepodnikatelsky vůči podnikatelskému subjektu (vymezenému ale zčásti účelově) je notoricky známé, třebaže se v konkrétním případě může ukázat interpretačně problémové.[10] Naopak vymezení dětí jako specifické subkategorie spotřebitelů v právu EU je problémové již v obecné rovině. Bývá tu připomínáno, že právní vymezení dítěte úzce souvisí s úpravou způsobilosti k právnímu jednání, jež zůstává záležitostí vnitrostátních právních řádů.[11] Také bývá upozorňováno na rozsah a vnitřní různorodost množiny „dětí"; do ní patří jak ty skutečně zranitelné, tak ty, které mohou být naopak dosti informovanými a aktivními spotřebiteli (což lze demonstrovat na dnešním on-line trhu, kde se řada dospívajících pohybuje s daleko větší jistotou než generace jejich rodičů či prarodičů, včetně schopnosti obstarat si relevantní právní informace). Zejména posledně zmíněný fakt vede ke konstatování, že obraz dětského spotřebitele je ve skutečnosti značně neostrý.[12]

V naznačeném kontextu je třeba vidět i přístup předpisů spotřebitelského práva EU k dítěti. Lze se setkat s:

- paušálním přístupem, jenž zahrnuje všechny nezletilé (*minors*). Tak je tomu například ve zvláštních ustanoveních směrnice o audiovizuálních mediálních službách[13] na ochranu (všech) nezletilých před škodlivým obsahem, například před zdravotně nebo mravně rizikovými audiovizuálními obchodními sděleními [např. čl. 9 odst. 1 písm. e) a g)];
- přístupem, jenž akcentuje ochranu dětí bez jejich přesnějšího vymezení. Tak stejná směrnice několikrát zvláště ustanovuje o pořadech pro děti (*children's programmes*).[14] Absence přesnějšího vymezení této kategorie pořadů je potom různě problematická. Méně v ustanoveních, která ponechávají členskému státu při implementaci směrnice větší prostor nebo podněcují širší než právní regulaci (srov. např. čl. 9 odst. 4, podle něhož členské státy podporují využívání samoregulace a koregulace audiovizuálních

9 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU o právech spotřebitelů, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušuje směrnice Rady 85/577/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES. In Úřední věstník EU L 304 22.11.2011, s. 64.

10 Blíže k pojetí spotřebitele, včetně vývoje, např. CHADIMOVÁ, I.: *Ochrana spotřebitele jako nutný předpoklad funkčního trhu*. 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.46–52.

11 Blíže PESSERS, L.: Refining the legal approach towards the underage consumer: A process still in its infancys. *JIPITEC [Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law]* 1/2012, s. 5–6.

12 Ibid., s. 4–5.

13 Cit. sub 5.

14 Podrobněji např. GARDE, A., op. cit. sub 1, s. 161–162. Autorka odkazuje na stanovisko platformy EU Pledge, které pracuje s věkovou hranicí 12 let. V českém prostředí lze pro zajímavost upozornit, že se stejnou věkovou hranicí pracovalo stanovisko Rady pro rozhlasové a televizní vysílání ze dne 17. 12. 2013, k výkladu pojmu pořad pro děti. In rrtv.cz [online]. Dostupné z: https://www.rrtv.cz/cz/static/metodiky/Stanovisko_porad_pro_deti.pdf [cit. 20. 10. 2020]; znění stanoviska je nutno korigovat s ohledem na pozdější vývoj právní úpravy.

obchodních sdělení, jež provázejí pořady pro děti a mohou negativně ovlivňovat přístup dětí k životosprávě); více již v ustanoveních, která zavazují, popř. opravňují členský stát přijmout konkrétní příkazy, zákazy či omezení [srov. např. čl. 11 odst. 2, podle něhož není dovoleno umístění produktu (*product placement*) mj. v pořadech pro děti, nebo čl. 10 odst. 4 věta druhá, podle níž mohou členské státy zakázat sponzorování pořadů pro děti];

- přístupem založeným na přesnějším vymezení dětí podle objektivního kritéria. Jde o přístup vcelku výjimečný a použitelný jen pro ochranu na úzce vymezeném trhu; využila ho zejména směrnice o bezpečnosti hraček[15] při stanovení, že se vztahuje *„na výrobky navržené nebo určené, výlučně či nevýlučně, ke hraní dětem mladším 14 let (dále jen „hračky")"* (čl. 2 odst. 1);
- přístupem, jenž podřazuje děti širší kategorii zvláště zranitelných spotřebitelů (*consumers who are particularly vulnerable*). Obecně vzato, takový přístup balancuje mezi známými výhodami a nevýhodami neurčitého právního pojmu. Využila ho například směrnice o nekalých obchodních praktikách[16] při stanovení pravidla, že *„[o]bchodní praktiky, jež mohou podstatně narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymezitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou [...] zvlášť zranitelní takovou praktikou [...], se hodnotí z pohledu průměrného člena dané skupiny"* (čl. 5 odst. 2). Zranitelnost je přitom stavem dynamickým a relativním.[17] Děti jsou směrnicí uznány za zvlášť zranitelné spotřebitele výslovně (třebas jen v preambuli, viz bod 18).[18, 19] Tomu je třeba rozumět tak, že děti budou zvlášť zranitelnými spotřebiteli často a typicky, nicméně i jejich zvláštní zranitelnost zůstává dynamická a relativní.

Shora zmiňované přístupy právních předpisů jsou především přístupy legislativně formulační, a tím jsou dány jejich možnosti a meze. Celkový právní přístup k dětem (zejména v případech, kdy není paušální nebo založený na přesném vymezení dětí) musí být nevyhnutelně širší a primárně vycházet z poznatků dalších společenskovědních disciplín (zejména psychologie, etiky, ale také sociologie). Schematicky může být vyjádřen ve třech bodech:

- Vyjít lze z obecného poznatku dětské psychologie, že *„děti do určitého věku nejsou schopny porozumět významu a funkci reklamy způsobem odpovídajícím jejímu působení na trhu"*[20] (obdobně je třeba uvažovat o působení jakýchkoli obchodních aktivit na děti).
- Obecné východisko je třeba korigovat podle konkrétního kontextu, neboť teprve z něho lze posoudit, nakolik a v čem je dětský spotřebitel zranitelnější oproti spotřebiteli „nespecifickému".

---

15 Cit. sub 4.

16 Cit. sub 7.

17 WADDINGTON, L., op. cit. sub 8, s. 18, s odkazem na Consumer Focus, Citizens Advice and Citizens Advice Scotland, *Empowering Consumers in vulnerable positions*. Interim draft report, 7.

18 V řečeném uznání je spatřován milník vývoje spotřebitelské ochrany dětí v EU. Tak např. GARDE, A., op. cit. sub 1, s. 151.

19 Vedle bodu 18 preambule jsou děti výslovně zmíněny v bodě 28 seznamu nekalých obchodních praktik v příloze I (jde o reklamní praktiku začleňující přímé nabádání určené dětem, aby si inzerované produkty koupily nebo aby přesvědčily své rodiče nebo jiné dospělé, aby jim je koupili).

20 WILHELMSSON, T.: *The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment*. In HOWELLS, G. – NORDHAUSEN, A. – PARRY, D – TWIGG-FLESNER, Ch.: *The Yearbook of Consumer Law 2007*. 1. vyd. Aldershot: Ashgate, 2007, s. 213.

- K objektivizaci posouzení budou sloužit obecně uznávané věkové hranice, jimiž prochází intelektuální vývoj člověka.[21] Tak přibližně do věku 12 let je přístup člověka ke spotřebě předurčen a omezen jeho dětským myšlením (dítě v tomto věku přemýšlí jiným způsobem než dospělí, často není schopno dostatečně porozumět tomu, co je určeno typicky dospělým[22]). Kolem věku 12 let člověk myšlenkový svět dítěte opouští a naplňuje již podstatné aspekty spotřebitelského chování; přitom zdaleka ještě není vyzrálou osobností.[23] Ještě ve věku 16 let člověk nemá plně vyvinutou schopnost činit informovaná a nezávislá rozhodnutí; to i přes úspěchy v oblasti ekonomické gramotnosti dospívajících.[24]

Naznačené schéma staví na primárně mimoprávní („před-právní") úvaze, a proto vyžaduje „převodník" do právní regulace. Ten je třeba vidět především v Listině základních práv EU, zejm. v zárukách prvořadé ochrany nejvlastnějšího zájmu dítěte (*child's best interests*) při všech činnostech týkajících se dětí, *„ať už uskutečňovaných veřejnými orgány nebo soukromými institucemi"* (čl. 24 odst. 2), a vysoké úrovně ochrany spotřebitele v politikách EU (čl. 38).

4. Nastavení způsobů a úrovně ochrany

Na otázky, jak spotřebitelské právo EU začleňuje ochranu dětí do svých právních předpisů a jak pojímá děti, logicky navazuje otázka, jakými způsoby a na jaké úrovni (obecně vzato) nastavuje zvláštní ochranu dětí. Z tohoto pohledu vykazuje unijní úprava následující rysy.

Prvním rysem je, že směrnicová úprava stanovuje různý princip harmonizace, nicméně i při stanovení tzv. maximální harmonizace ponechává členským státům přijímajícím zvláštní opatření na ochranu dětí, popř. jiných zranitelných osob na trhu určitou míru autonomie. Klíčový je v tomto ohledu závěr judikatury Soudního dvora EU, že ochrana dítěte představuje legitimní zájem, který může v zásadě odůvodnit omezení i základních tržních svobod garantovaných zakládacími smlouvami; to za podmínky, že jde o omezení, které ochranný cíl nejen sleduje, ale také je způsobilé ho zaručit a které při tom nevykročí z mezí nezbytných k jeho dosažení.[25]

Třeba ale upozornit, že ne každé vnitrostátní opatření přijaté *prima facie* „nad rámec" opatření nebo případů podle směrnice ukládající tzv. maximální harmonizaci koliduje s tímto principem. Lze to dovodit ze závěru Soudního dvora EU o nepřípustnosti zákazu uvaleného členským státem na obchodní praktiku neuvedenou ve výčtu směrnice o nekalých obchodních praktikách. Zákaz byl shledán nepřípustným nikoli proto, že praktika nebyla uvedena ve výčtu, nýbrž proto, že byla zakázána paušálně, bez individuálního hodnocení „nekalosti" ve smyslu směrnice.[26] *A contrario*, pokud by zákaz byl formulován tak, aby vyhověl cíli směrnice, byl by také v intencích principu tzv. maximální harmonizace.

---

21 Tento bod schématu zaujímá mezipolohu mezi dvěma předchozími. Věkové hranice, jimiž prochází kognitivní i sociální vývoj člověka, jsou přirozeně jen přibližné a mohou být diskuzní. Mohou však usnadnit postup od obecného východiska ke konkrétnímu posouzení zvláštní zranitelnosti dětí na trhu.

22 Právě uvedené lze dobře ilustrovat na vnímání mediálního obsahu. To je ostatně jeden z významných aspektů ochrany dětí spotřebitelským právem.

23 VALKENBURG, P. M. – CANTOR, J.: The development of a child into a consumer. *Applied Developmental Psychology* 2001, s. 69. K uvedeným aspektům spotřebitelského chování podle autorek patří (1) pociťování přání a preferencí, (2) snaha naplnit je, (3) rozhodování a nákup a (4) hodnocení produktu a jeho alternativ.

24 PESSERS, L., op. cit. sub 11, s. 4.

25 Např. rozsudky Soudního dvora EU ze dne 14. 2. 2008 ve věci C-244/06, *Dynamic Medien*, nebo ze dne 14. 10. ve věci C-36/02, *Omega*.

26 Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 10. 7. 2014 ve věci C-421/12, *Evropská komise v. Belgické království*.

Jako druhý rys právní úpravy lze vysledovat minimálně dvojí rozlišování mezi těmi, kdo jsou vůči působení trhu zvlášť chráněni z důvodu nízkého věku, a to

- mezi širší kategorií nezletilých (*minors*) a užší (konkrétně „mladší“) kategorií dětí (*children*);
- mezi dětmi i staršími nezletilými, kteří přímo vystupují na trhu jako spotřebitelé, a nejmladšími dětmi, které ovlivňují chování rodičů nebo osob v podobném vztahu na trhu.

Z toho je zřejmé, že spotřebitelská ochrana dětí cílí na skupinu sice specifickou, ale nijak homogenní, což zejména v oblasti legislativy limituje možnosti ucelenějšího řešení.

Třetím rysem právní úpravy je to, že zvláštní ochraně dětí do značné míry ponechává „interpretativní“ charakter. To platí nejen pro obecná ustanovení, dopadající také na ochranu dětí (např. kvalitativní požadavky na předsmluvní informace pro spotřebitele), ale také pro zvláštní ustanovení na ochranu dětí, popř. i jiných zranitelných kategorií spotřebitelů (např. ochrana zvlášť zranitelných spotřebitelů proti nekalým obchodním praktikám), neboť i zvláštní ustanovení bude vyžadovat interpretační přizpůsobení konkrétnímu „profilu“ chráněné osoby.

Čtvrtým rysem právní úpravy je to, že počítá s podporou samoregulace (*self-regulation*), popř. i koregulace (*co-regulation*). Z výše odkazovaných předpisů tak činí výslovně směrnice o audiovizuálních mediálních službách,[27] nicméně význam uvedených mechanismů v oblasti ochrany spotřebitele byl na úrovni EU uznán již dříve.[28] Samoregulace a koregulace dokáží svými (flexibilnějšími a také možno říci „senzitivnějšími“[29]) nástroji podpořit účinnost a zároveň snížit rozsah legislativní regulace. Samoregulace spočívá v sebekontrole, kterou může uplatňovat jednotlivý subjekt, nebo ji může více subjektů sdílet; k typickým nástrojům patří etické kodexy. Koregulace nemá obecně platné vymezení, lze ji ale chápat jako kombinaci státní regulace a samoregulace[30] (podle bodu 14 preambule směrnice o audiovizuálních mediálních službách „*ve své minimální podobě poskytuje v souladu s právními tradicemi členských států právní vazbu mezi samoregulací a vnitrostátním zákonodárcem*“); prakticky může fungovat v podobě institucionalizovaných forem spolupráce mezi orgány veřejné moci a samoregulátory.

5. Zhodnocení recentní ochrany a její perspektivy

Recentní ochranu dětí spotřebitelským právem EU charakterizuje legislativní regulace, která je dílčím způsobem zvláštní (s tím, že na úrovni směrnic lze za „kvaziobecnou“ úpravu ochrany dětí považovat úpravu směrnice o nekalých obchodních praktikách) a dílem spočívá na obecných ustanoveních (z nichž některá umožňují i vyžadují aplikační adaptaci na situaci dětí). Přitom ponechává vždy jistý prostor vnitrostátním zákonodárcům. A počítá s podporou nelegislativní regulace (samoregulace, popř. koregulace).

---

27 Cit. sub 5, viz zejm. čl. 4a.

28 Viz např. stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k Spotřebitelské politice po rozšíření EU (2005/C 221/24). Úřední věstník EU, C 221/153, 8. 9. 2005, body 8.8 a 8.8.1. Dostupné také z: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:221:0153:0172:CS:PDF [cit. 20. 10. 2020].

29 K tomu srov. jejich řazení k tzv. měkké regulaci (*‘soft regulation’*).

30 *Studijní texty ke služebnímu oboru Media, audiovize, regulace vysílání*. Praha: Ministerstvo kultury, aktualizováno k datu 18. 6. 2020, s. 72–73. In mvcr.cz [on-line]. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/sluzba/soubor/skripta-12-media-a-audiovize-20200703-pdf.aspx [cit. 20. 10. 2020].

Tento (z prvního pohledu snad složitý) stav (ve skutečnosti) odráží malou homogenitu dětí coby adresátů zvláštní spotřebitelské ochrany. Perspektivně proto zřejmě nesměřuje k nějakému ucelenému legislativnímu řešení. Pokud jde o již dosaženou úpravu, stála by za zvážení obecná otázka, kdy může být ochrana cílená výslovně na „děti" upřesněna věkovou kategorií (zejména tam, kde je svázána s paušálním příkazem, zákazem či omezením, viz zejm. pojem pořadů pro děti ve směrnici o audiovizuálních mediálních službách), a kdy ne (tam, kde je třeba aplikační přizpůsobení). Pokud jde o budoucí úpravy, lze očekávat, že budou opět jen dílčí. Pokud jde o celkovou efektivitu úpravy, lze jen kvitovat výslovnou podporu doplňování legislativních nástrojů těmi nelegislativními (s tím, že podpora ze strany EU je důležitá, nicméně rozhodující bude odezva ze strany členských států).

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] GARDE, A.: Advertising Regulation and the Protection of Children-Consumers in the European Union: In the Best Interests of … Commercial Operators? *International Journal of Children's Rights*, 19/2011, s. 149–171.

[2] CHADIMOVÁ, I.: *Ochrana spotřebitele jako nutný předpoklad funkčního trhu.* 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. 42–57.

[3] PESSERS, L.: Refining the legal approach towards the underage consumer: A process still in its infancys. *JIPITEC [Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law]* 1/2012, s. 1–11.

[4] *Studijní texty ke služebnímu oboru Media, audiovize, regulace vysílání.* Praha: Ministerstvo kultury, aktualizováno k datu 18. 6. 2020, s. 72–73. In *mvcr.cz* [on-line]. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/sluzba/soubor/skripta-12-media-a-audiovize--20200703-pdf.aspx .

[5] VALKENBURG, P. M. – CANTOR, J.: The development of a child into a consumer. *Applied Developmental Psychology* 2001, s. 61–72.

[6] WADDINGTON, L.: Reflections on the Protection of 'Vulnerable' Consumers under EU Law. *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 2/2013, 41 s.

[7] WILHELMSSON, T.: *The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment.* In HOWELLS, G. – NORDHAUSEN, A. – PARRY, D – TWIGG-FLESNER, Ch.: *The Yearbook of Consumer Law 2007.* 1. vyd. Aldershot: Ashgate, 2007, s. 211–228.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Václav Pilík, Ph.D.
Katedra soukromého práva
Vysoká škola CEVRO Institut
Jungmannova 28/17
110 00 Praha
E-mail: vaclav.pilik@vsci.cz

Andrea Slezáková andrea.slezakova@euba.sk

ČINNOSŤ TIPÉRA, BEZPODIELOVÉ SPOLUVLASTNÍCTVO MANŽELOV A OCHRANA FINANČNÉHO SPOTREBITEĽA (ALEBO AKO KOEXISTUJE ZÁKON O FINANČNOM SPROSTREDKOVANÍ A OBČIANSKY ZÁKONNÍK)

TIPPER´S ACTIVITY, JOINT PROPERTY OF SPOUSES AND FINANCIAL CONSUMER PROTECTION (OR HOW FINANCIAL INTERMEDIATION ACT AND CIVIL CODE CO-EXIST)

Abstrakt: Zákon č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v § 1 ods. 2 písm. b) výslovne určuje, že činnosť tzv. tipéra nespadá do jeho pôsobnosti. Zároveň predmetný normatívny právny akt zakotvuje, že v súvislosti s vykonávaním finančného sprostredkovania nesmie finančný agent poskytovať klientovi alebo potenciálnemu klientovi žiadne finančné výhody alebo výhody hmotnej povahy alebo nehmotnej povahy.

Príspevok sa venuje otázke interakcie finančnoprávnych a občianskoprávnych noriem, v situácii, ak tipér sprístupní samostatnému/podriadenému finančnému agentovi tip (údaje) o osobe, ktorá je blízkou osobou (manželom/manželkou) podľa § 116 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov a následne je tejto osobe poskytované finančné sprostredkovanie a dôjde k uzatvoreniu zmluvy o poskytnutí finančnej služby. Je tipér oprávnený za túto činnosť získať odplatu od samostatného/ podriadeného finančného agenta?

Abstract: Act No. 186/2009 Coll. on Financial Intermediation and Financial Advisory and on Amendments to Certain Acts, as amended, states in Article 1 paragraph 2 letter b) explicitly that the activity of the so-called the tipper does not fall within his scope. At the same time, the normative legal act in question stipulates that in connection with the performance of financial intermediation, the financial agent may not provide the client or potential client with any financial benefits or benefits of a tangible or intangible nature.

The paper deals with the issue of the interaction of financial and civil law norms, in a situation where the tipper makes provides to an independent/ subordinate financial agent a tip (data) about a person who is a close person (husband/wife) according to § 116 of Act No. 40/1964 Coll. The Civil Code, as amended and subsequently financial intermediation is provided to this person and a contract for the provision of a financial service is concluded. Is the tipper entitled to receive remuneration from an independent / subordinate financial agent for this activity?

Kľúčové slová: *bezpodielové spoluvlastníctvo manželov, ochrana finančného spotrebiteľa, finančné sprostredkovanie, činnosť tipéra.*

Key words: *joint property of spouses, protection of the financial consumer, financial intermediation, activity of a tipper.*

Úvod

Regulácia uvedená v § 1 ods. 2 písm. b) zákona č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o finančnom sprostredkovaní") vyníma poskytovanie referencií, z pôsobnosti predmetného zákona a reflektuje európsku legislatívu, konkrétne smernicu Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/97 z 20. januára 2016 o distribúcii poistenia (prepracované znenie).

Na pomerne saturovanom trhu spravidla fyzické osoby (ale môže ísť aj o obchodné spoločnosti) tzv. tipéri poskytujú „tip" na nového klienta, čím výrazne napomáhajú finančným inštitúciám, finančným agentom, finančným sprostredkovateľom z iného členského štátu v sektore poistenia alebo zaistenia, finančným sprostredkovateľom z iného členského štátu v oblasti poskytovania úverov na bývanie alebo finančným poradcom v činnosti. Z uvedenej skupiny pozornosť zameriavame na vykonávanie činnosti pre samostatného/podriadeného finančného agenta.

Je nutné podotknúť, že aktivita tipéra nepredstavuje finančné sprostredkovanie. Podmienkou vyňatia z pôsobnosti zákona o finančnom sprostredkovaní je skutočnosť, že činnosť sa obmedzí na poskytnutie údajov potenciálneho klienta, ale poskytujúca osoba nesmie vykonať iné úkony smerujúce k uzavretiu zmluvy o poskytnutí finančnej služby a nemala by ani finančnú službu aktívne propagovať.[1] Máme za to, že je prípustné, aby tipér zistil záujem potenciálneho klienta o sprostredkovanie konkrétneho finančného produktu (výlučne vo všeobecnej rovine).

Neprípustné je, aby tipér vykonával akékoľvek z činností uvedených v § 2 zákona o finančnom sprostredkovaní spadajúce pod legálnu definíciu finančného sprostredkovania (napr. predkladal ponuky na uzavretie zmluvy o poskytnutí finančnej služby), zhotovoval záznam o rokovaní s klientom pred uzatvorením zmluvy o poskytnutí finančnej služby podľa § 33 a nasl. zákona o finančnom sprostredkovaní, pripravoval podklady k jeho zhotoveniu, či vykonával rôzne asistenčné úkony (práce) pre samostatného/podriadeného finančného agenta. Taktiež nesmie plniť povinnosti povinnej osoby podľa zákona č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a o ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Predmetom nášho ďalšieho záujmu bude analyzovanie platnej právnej úpravy s cieľom zistenia, či inštitút bezpodielového spoluvlastníctva manželov môže mať vplyv na porušenie zákonného zákazu poskytovania výhod klientovi v súvislosti finančným sprostredkovaním, v prípade, že klient je manželom/manželkou tipéra.

1 SLEZÁKOVÁ, A. ŠIMONOVÁ, J. JEDINÁK, P. a kol.: *Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár.* Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2020, s. 35.

1. Vybrané právne aspekty činnosti tipéra

1. 1 Podnikanie tipéra

Činnosť tipéra bude neregulovanou, z hľadiska zákona o finančnom sprostredkovaní, za dodržania hore uvedených podmienok. V tomto kontexte je potrebné odpovedať na otázku, či je podnikaním. Podľa § 2 ods. 1 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník"): *„Podnikaním sa rozumie sústavná činnosť vykonávaná samostatne podnikateľom vo vlastnom mene a na vlastnú zodpovednosť za účelom dosiahnutia zisku alebo na účel dosiahnutia merateľného pozitívneho sociálneho vplyvu, ak ide o hospodársku činnosť registrovaného sociálneho podniku podľa osobitného predpisu."*

Vymedzenie pojmu podnikanie úzko súvisí s pojmom podnikateľ, lebo podnikanie je definované ako činnosť vykonávaná podnikateľom.[2]

Zákonnú definíciu podnikania charakterizuje päť znakov, ktoré musia byt splnené súčasne:

a) sústavná činnosť – je opakom jednorazovej, príležitostnej činnosti. Sústavnosť spočíva v opakovaní tejto činnosti zo strany podnikateľa, aj keď jej intenzita nemusí byt stále rovnaká, môže to byť aj sezónna činnosť.
b) samostatnosť sa prejavuje v metódach rozhodovania a riadenia podniku podnikateľa.
c) vlastné meno prezentuje podnikateľa navonok a rozlišuje ho od iných podnikateľov.
d) podnikanie je činnosť vykonávaná na vlastnú zodpovednosť to znamená, že podnikateľ sám znáša všetky podnikateľské riziká spojené s podnikaním.
e) dosiahnutie zisku je konečným cieľom podnikateľskej činnosti. Nie je však vylúčená aj iná motivácia, ako napríklad sebarealizácia bez ohľadu na dosahovanie zisku.[3]

Vzhľadom na skutočnosť, že je daný úmysel tipéra vykonávať ju opakovane, vychádzame z toho, že ide o podnikanie. Za tipérsku činnosť by nemala byť považovaná činnosť jednorazová. V praxi bude tipérom predovšetkým fyzická osoba - podnikateľ, disponujúca živnostenským oprávnením s predmetom podnikania sprostredkovateľská činnosť v oblasti obchodu, činnosť podnikateľských, organizačných a ekonomických poradcov, sprostredkovateľská činnosť v oblasti služieb, administratívne služby, prieskum trhu a verejnej mienky. Pôjde o voľnú živnosť, tzn. nevyžaduje odbornú spôsobilosť a môže ju prevádzkovať každý, kto plní všeobecné podmienky pre prevádzkovanie živnosti.

1. 2 Obchodný záväzkový vzťah medzi tipérom a samostatným/podriadeným finančným agentom

V súkromnom práve rozumieme pod záväzkovým vzťahom právny vzťah, v ktorom jeden subjekt je oprávnený od druhého subjektu „niečo" požadovať a druhý subjekt je povinný „to" poskytnúť, t. j. zachovať sa tak, ako to zodpovedá oprávneniu veriteľa, pričom obidva subjekty sú individuálne určené a ich oprávnenia ani povinnosti nevyplývajú z vlastníctva

2 OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník 1. Komentár*. 3. doplnené a prepracované vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2012, s. 34.

3 VETERNÍKOVÁ, M. a kol.: *Základy obchodného práva pre ekonómov*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 36.

určitej veci, ale z iného osobitného dôvodu.[4] Takýmto dôvodom vzniku záväzku môžu byť protiprávne úkony, konštitutívne rozhodnutia štátnych orgánov, predovšetkým súdov, iné právne dôvody ustanovené zákonom a právne úkony, najmä zmluvy.[5] Je dôležité rozlišovať zmluvy upravené v Obchodnom zákonníku ako zmluvné typy a zmluvy nepomenované.[6]

Potenciálne pre spoluprácu medzi tipérom a samostatným/podriadeným finančným agentom prichádza do úvahy niekoľko zmluvných typov zakotvených v Obchodnom zákonníku, predovšetkým zmluva o obchodnom zastúpení či zmluva o sprostredkovaní.

Zmluva o obchodnom zastúpení podľa § 652 a nasl. Obchodného zákonníka vytvára predpoklady na organizovanie distribučnej siete samostatnými podnikateľmi.[7] Máme za to, že k uzatvoreniu predmetnej zmluvy dôjde v praxi zriedkavo, a to z dôvodu kogentnej obchodnoprávnej úpravy priznávajúcej za zákonných podmienok obchodnému zástupcovi právo na odstupné.

Zmluva o sprostredkovaní podľa § 642 a nasl. Obchodného zákonníka predstavuje odplatnú zmluvu uzavieranú medzi záujemcom a sprostredkovateľom, pričom táto zmluva na rozdiel od zmluvy o obchodnom zastúpení sa nevzťahuje na sústavnú, ale na jednorazovú činnosť.[8] Vzhľadom na skutočnosť, že samostatný/podriadený finančný agent budú mať spravidla záujem na sústavnej činnosti tipéra, možno predmetnú pomenovanú zmluvu vylúčiť ako zmluvný typ.

Ako vhodné sa pre potreby praxe javí, aby tipér vykonával činnosť na základe inominátnej zmluvy uzatvorenej podľa Obchodného zákonníka (keďže na oboch stranách právneho vzťahu ide o podnikateľov, predstavuje splnenie podmienky zákonom stanoveného „statusu“[9]). Medzi podstatné obsahové náležitosti inominátnej zmluvy uzatvorenej medzi samostatným/podriadeným finančným agentom a tipérom možno zaradiť najmä:

a) označenie zmluvných strán;
b) určenie výšky odplaty a podmienok za ktorých vznikne tipérovi nárok na odplatu – ak na základe tipérskej činnosti samostatný finančný agent/podriadený finančný agent uzatvorí zmluvu o poskytnutí finančnej služby, resp. mu bude umožnené zmluvu o poskytnutí finančnej služby uzatvoriť;
c) určenie povinnosti zabezpečovať ochranu informácií, ako aj obchodného tajomstva samostatného finančného agenta/podriadeného finančného agenta, t. zn. zakotvenie povinnosti tipéra, že nesmie bez písomného súhlasu samostatného finančného agenta/podriadeného finančného agenta poskytnúť tretím alebo pre seba či pre tretie osoby použiť žiadne informácie získané pri výkone tipérskej činnosti, v záujme právnej istoty zmluvných strán sa ako vhodné javí, aby bola výslovne určená povinnosť tipéra chrániť osobné údaje klientov;

4 PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník*. *Komentár*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 1071.

5 Tamže.

6 OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník 2. Komentár*. 3. doplnené a prepracované vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2012, s. 56.

7 Tamže, s. 757.

8 Tamže, s. 748.

9 PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník*. *Komentár*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 743.

d) výhradnosť a konkurenčná doložka – samostatný finančný agent (podriadený finančný agent) je podľa nášho názoru oprávnený v zmluve zakotviť povinnosť, že po dobu trvania zmluvného vzťahu nebude tipér pre seba, a ani pre konkurenčný podnik na území Slovenskej republiky vykonávať samostatnú činnosť, nesamostatnú činnosť, závislú činnosť, a ani inú obdobnú činnosť, činnosti, ktorú vykonáva podľa inominátnej zmluvy v prospech samostatného/podriadeného finančného agenta a ani nebude takúto činnosť vykonávať ako štatutárny orgán inej právnickej osoby.

2. Ochrana finančného spotrebiteľa a činnosť tipéra

Zákon o finančnom sprostredkovaní predstavuje normatívny právny akt. Tvorí formálny prameň právneho odvetvia finančného práva, ktoré prináleží do štrukturálneho celku verejného práva. Dominantnú skupinu právnych noriem predmetného právneho predpisu tvoria kogentné právne normy predstavujúce ingerenciu do vykonávania podnikania.

Ako už bolo uvedené vyššie, zákon o finančnom sprostredkovaní v § 1 ods. 2 písm. b) výslovne určuje, že činnosť tzv. tipéra nespadá do pôsobnosti daného právneho predpisu a jeho podnikanie má súvzťažnosť štrukturálny celok súkromného práva.

Sme názoru, že väčšina tipérov spravidla v začiatkoch svojej činnosti poskytne kontaktné údaje na blízku osobu. Podľa § 116 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník"): *„Blízkou osobou je príbuzný v priamom rade, súrodenec a manžel; iné osoby v pomere rodinnom alebo obdobnom sa pokladajú za osoby sebe navzájom blízke, ak by ujmu, ktorú utrpela jedna z nich, druhá dôvodne pociťovala ako vlastnú ujmu."*

Zo skupiny blízkych osôb sa zameriavame na stav, v ktorom bude poskytované finančné sprostredkovanie manželke/manželovi tipéra[10] a dôjde k uzatvoreniu zmluvy o poskytnutí finančnej služby. Je tipér (manžel/manželka daného klienta, ktorý uzatvoril zmluvu o poskytovaní finančnej služby) oprávnený za túto činnosť získať odplatu od samostatného/podriadeného finančného agenta?

Z hľadiska ochrany finančného spotrebiteľa sa javí ako nevyhnutné preskúmať v tomto kontexte interakciu finančnoprávnych a občianskoprávnych noriem.

2. 1 Finančnoprávne normy

V súlade s § 5 zákona o finančnom sprostredkovaní sa klientom na účely predmetného zákona rozumie osoba, ktorej je poskytované finančné sprostredkovanie, a potencionálnym klientom sa rozumie osoba, ktorej bola predložená ponuka alebo výzva na účely poskytovania finančného sprostredkovania.

Podľa § 32 ods. 3 zákona o finančnom sprostredkovaní: *„V súvislosti s vykonávaním finančného sprostredkovania nesmie finančný agent poskytovať klientovi alebo potenciálnemu klientovi žiadne finančné výhody alebo výhody hmotnej povahy alebo nehmotnej povahy. Za takéto výhody sa nepovažuje poskytnutie drobných reklamných predmetov."*

10 Pozn. Na základe poskytnutia kontaktných údajov tipérom (manželom/manželkou).

Ak v praxi napríklad nastane situácia, že manželka poskytne tip (manželove kontaktné údaje) a manželovi následne sprostredkuje finančný agent (samostatný alebo poriadený) uzatvorenie zmluvy o poskytnutí finančnej služby, možno uvedené vykladať tak, že osoba klienta je odlišná od osoby tipéra a odplatou nadobudnutou tipérom (manželkou) nie sú klientovi (manželovi) poskytnuté žiadne finančné výhody. A teda nedošlo k porušeniu § 32 ods. 3 prvá veta zákona o finančnom sprostredkovaní.[11]

Hore uvedenú situáciu skúmame aj vo vzťahu k § 27 zákona o finančnom sprostredkovaní regulujúcom konflikt záujmov, pričom relevantný je v tomto kontexte odsek prvý. Podľa § 27 ods. 1 zákona o finančnom sprostredkovaní: *„Finančný agent a finančný poradca sú povinní prijať opatrenia potrebné na zistenie vzájomného konfliktu záujmov medzi ním, ak ide o fyzickú osobu, štatutárnym orgánom, členmi jeho štatutárneho orgánu, ak ide o právnickú osobu, a jeho zamestnancami a osobami prepojenými s finančným agentom alebo finančným poradcom vzťahom kontroly a ich klientmi alebo medzi klientmi navzájom. Ak sa pri vykonávaní finančného sprostredkovania alebo finančného poradenstva nemožno vyhnúť konfliktu záujmov, musí sa povaha a príčina konfliktu záujmov oznámiť klientovi v dostatočnom časovom predstihu pred uzavretím zmluvy o finančnej službe, pričom táto informácia musí byť poskytnutá písomne alebo na trvanlivom médiu a zároveň musí zahŕňať dostatočné podrobnosti, ktoré zohľadňujú povahu klienta, aby sa mu umožnilo prijať informované rozhodnutie s ohľadom na činnosti finančného sprostredkovania a finančného poradenstva, v súvislosti s ktorými dochádza ku konfliktu záujmov. Ak sa nemožno vyhnúť konfliktu záujmov, je finančný agent a finančný poradca povinný uprednostniť záujmy klienta pred vlastnými záujmami a ak vznikne konflikt záujmov medzi klientmi navzájom, zaistiť rovnaké a spravodlivé zaobchádzanie so všetkými klientmi.“* Máme za to, že zmluvným vzťahom medzi tipérom a samostatným/podriadeným finančným agentom bol pre klienta (manžela/manželku) vytvorený stimul uzatvoriť zmluvu o poskytnutí finančnej služby sprostredkúvanú konkrétnym subjektom. Vznikla situácia konfliktu záujmov. Vyhnúť sa jej možno iba v prípade, že by finančné sprostredkovanie vykonal iný samostatný/podriadený finančný agent ako ten, s ktorým má tipér uzatvorenú zmluvu.[12] Ak sa tak v praxi nestane a konfliktu záujmov sa nebude možné vyhnúť, je finančný agent povinný postupovať v súlade s hore uvedeným a plniť si informačnú povinnosť voči klientovi. Sme názoru, že zákonodarca po splnení danej zákonnej povinnosti umožňuje vykonať finančné sprostredkovanie vo vzťahu ku klientovi (manželovi/manželke tipéra). Ako vhodné sa teda javí uvažovať aj o novelizácii § 27 zákona o finančnom sprostredkovaní.[13]

Predmetný stav (tipér – manžel/manželka) je však potrebné vnímať nielen z hľadiska zákona o finančnom sprostredkovaní. Pozornosť zameriavame aj na reguláciu obsiahnutú v Občianskom zákonníku, konkrétne druhú časť „vecné práva“, prvú hlavu upravujúcu vlastnícke právo.

---

11 Pozn. výlučne pohľadom na finančnoprávne normy sa k opačnému záveru dostávame v sektore poskytovania úverov, úverov na bývanie a spotrebiteľských úverov, v ktorom, ak sa tipér ako spoludlžník dostáva v zmysle zmluvných podmienok príslušnej finančnej inštitúcie do postavenia klienta, už sa na neho nevzťahuje § 32 ods. 3 prvá veta zákona o finančnom sprostredkovaní.

12 Čo považujeme za najlepšie riešenie.

13 Ako vhodné by sa javilo uvažovať nad novelizáciou § 27 zákona o finančnom sprostredkovaní, spôsobom, ktorý by sa približoval úprave obsiahnutej v § 31 zákona č. 39/2015 Z. z. o poisťovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení nehorších predpisov. Úvahy *de lege ferenda* na danú tému si však zasluhujú osobitný príspevok.

2. 2 Občianskoprávne normy (činnosť tipéra a bezpodielové spoluvlastníctvo manželov)

Vo všeobecnosti pod „vecným vlastníckym právom" rozumieme právo určitého subjektu vo vzťahu ku konkrétnej veci, a to nezávisle vo vzťahu k ostatným osobám vykonávať vlastnícke právo absolútne, spočívajúce v práve vec vlastniť a z toho vyplývajúce právo vec držať, užívať, s vecou nakladať a brať plody.[14]

V bezpodielovom spoluvlastníctve manželov je vyjadrené rovnaké právne postavenie manželov po stránke hospodárskej, miera účasti manželov na právach a povinnostiach vyplývajúcich z bezpodielového spoluvlastníctva nie je vyjadrená podielmi.[15] Bezpodielovosť je teda pojmovým znakom tohto druhu spoluvlastníctva.[16] Tým sa bezpodielové spoluvlastníctvo manželov odlišuje od podielového spoluvlastníctva, v ktorom miera účasti spoločníkov na právach a povinnostiach z neho vyplývajúcich je vyjadrená číselnými podielmi.[17]

Vznik bezpodielového spoluvlastníctva manželov Občiansky zákonník viaže na splnenie týchto štyroch predpokladov: uzavretie manželstva, trvanie manželstva počas nadobúdania vecí do bezpodielového spoluvlastníctva, k nadobudnutiu veci došlo za trvania manželstva, ide o veci, ktoré môžu byť predmetom bezpodielového spoluvlastníctva a ktoré nie sú z neho vylúčené.[18]

Bezpodielové spoluvlastníctvo manželov je základným modelom usporiadania majetkových vzťahov medzi manželmi a vychádza zo zásady, že majetok, ktorý manželia nadobudli za trvania manželstva, je ich spoločným vlastníctvom.[19] Výnimky z tejto zásady sú buď uvedené priamo v zákone, alebo môžu byť uvedené v zmluve, ak ju zákon pripúšťa.[20]

Vznik, trvanie a zánik bezpodielového spoluvlastníctva sú zásadne podmienené vznikom, trvaním a zánikom manželstva, ide o právny vzťah, ktorý existuje v nerozlučnej spojitosti s manželstvom.[21] Len výnimočne, v prípade splnenia v zákone ustanovených dôvodov, môže nastať situácia, že bezpodielové spoluvlastníctvo zanikne a manželstvo trvá.[22]

Právna úprava bezpodielového spoluvlastníctva sa týka aj podnikateľov – fyzických osôb.[23]

Príjem z podnikateľskej činnosti je predmetom bezpodielového spoluvlastníctva manželov iba za predpokladu, že toto spoluvlastníctvo nebolo zrušené počas trvania manželstva podľa § 148a Občianskeho zákonníka.[24] Ustanovenie § 148a Občianskeho zákonníka predstavuje spôsob zániku bezpodielového spoluvlastníctva manželov. Ide o zánik súdnym

---

14 KRAJČO, J.: *Občiansky zákonník pre prax (komentár). Judikatúra NS SR, NS ČR, ESD, ESĽP*. Bratislava: EUROUNION, 2015, s. 935.

15 SVOBODA, J. a kol.: *Občiansky zákonník I diel. Komentár*. 4. vyd. Bratislava EUROUNION, 2000, s. 215.

16 Tamže.

17 VOJČÍK, P. a kol.: *Občiansky zákonník. Stručný komentár*. 2. doplnené a prepracované vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2009, s. 350.

18 FEKETE, I. FEKETEOVÁ, M.:*Občiansky zákonník. Prehľadný komentár*. Bratislava: EPOS, 2012, s. 334.

19 Tamže, s. 333.

20 Tamže.

21 VOJČÍK, P. a kol.: *Občiansky zákonník. Stručný komentár.* 2. doplnené a prepracované vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2009, s. 350.

22 Tamže.

23 Tamže.

24 SVOBODA, J. a kol.: *Občiansky zákonník I diel. Komentár.* 4. vyd. Bratislava: EUROUNION, 2000, s. 216.

rozhodnutím, pričom vo vzťahu k § 148 Občianskeho zákonníka pôjde o špeciálne ustanovenie, dôvod pre zrušenie bezpodielového spoluvlastníctva manželov počas trvania manželstva je determinovaný priamo zákonom a spočíva v získaní oprávnenia na podnikateľskú činnosť buď jedným z manželov alebo oboma manželmi.[25]

Inominátna zmluva uzatvorená podľa Obchodného zákonníka medzi tipérom a samostatným/poriadeným finančným agentom bude právnou skutočnosťou, s ktorou právny predpis spája vznik vlastníckeho práva k peňažným prostriedkom.

Ak je medzi tipérom a klientom platne uzavreté manželstvo, ktoré trvá, k nadobudnutiu peňazí došlo za trvania manželstva, tieto sú predmetom bezpodielového spoluvlastníctva, pretože nedošlo k ich vylúčeniu z bezpodielového spoluvlastníctva manželov ani k zrušeniu bezpodielového spoluvlastníctva manželov, príjem z tipérskej činnosti, z daného podnikania, bude predmetom bezpodielového spoluvlastníctva manželov. A preto máme za to, že klient (manžel/manželka), ktorý uzatvoril zmluvu o poskytnutí finančnej služby, nadobudne finančnú výhodu a uvedené možno vykladať ako porušenie § 32 ods. 3 prvá veta zákona o finančnom sprostredkovaní.

Záver

Zákon o finančnom sprostredkovaní v § 1 ods. 2 písm. b) výslovne určuje, že činnosť tzv. tipéra nespadá do pôsobnosti daného právneho predpisu.

Väčšina tipérov spravidla v prvopočiatkoch činnosti poskytne kontaktné údaje na blízku osobu. Konkrétne manžela, manželku, ktorému/ktorej je následne sprostredkovaná zmluva o poskytnutí finančnej služby. Tipérovi (manželovi/manželke klienta) bude poskytnutá odplata. Došlo k porušeniu zákona o finančnom sprostredkovaní?

Vo svetle finančnoprávnej regulácie, osoba klienta je odlišná od osoby tipéra a odplatou nadobudnutou tipérom (manželkou) nie sú klientovi (manželovi) poskytnuté žiadne finančné výhody. A teda nedošlo k porušeniu ustanovení zákona o finančnom sprostredkovaní, konkrétne § 32 ods. 3 prvá veta zákona o finančnom sprostredkovaní.

Máme za to, že je neprípustné, aby bola načrtnutá situácia vnímaná výlučne z hľadiska finančnoprávnych noriem. Sme názoru, že vedie k nesprávnemu právnemu posúdeniu a záveru, že nedošlo k porušeniu zákona o finančnom sprostredkovaní.

Komplexný výklad, aj vo svetle občianskoprávnych noriem, ukazuje, že tipérskou činnosťou manžela získa finančnú výhodu aj druhý manžel, čím podľa nášho názoru dochádza k porušovaniu zákona o finančnom sprostredkovaní. Prostredníctvom bezpodielového spoluvlastníctva manželov sa aktíva premietnu aj v majetkovej sfére klienta. V praxi predmetné finančné prostriedky môžu predstavovať motivačný prostriedok, ktorý vedie k uzatváraniu zmluvy o poskytnutí finančnej služby. Osobitne vo svetle skutočnosti, že podľa § 5 ods. 3 zákona o finančnom sprostredkovaní sa neprofesionálnym klientom na účely predmetného zákona rozumie klient, ktorý je fyzickou osobou, ktorej je poskytované finančné sprostredkovanie pre osobnú potrebu alebo pre potrebu príslušníkov jeho domácnosti, vystáva otázka, či finančný spotrebiteľ (klient) bude motivovaný svojimi potrebami, alebo „vidinou zárobku“ pre tipéra (manžela/manželku).

25 Tamže, s. 229.

Z hľadiska ochrany finančného spotrebiteľa by bolo potrebné do zákona o finančnom sprostredkovaní, konkrétne do § 1 ods. 2 písm. b) inkorporovať druhú vetu, ktorá znie „Poskytovanie kontaktných údajov klienta alebo potenciálneho klienta nemožno uskutočňovať vo vzťahu k blízkej osobe, ktorá je manželom podľa § 116 Občianskeho zákonníka."

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] FEKETE, I. FEKETEOVÁ, M.: *Občiansky zákonník. Prehľadný komentár*. 1. vyd. Bratislava: EPOS, 2012, 1314 s., ISBN 978-80-8057-972-2.

[2] KRAJČO, J.: *Občiansky zákonník pre prax (komentár). Judikatúra NS SR, NS ČR, ESD, ESĽP*. 1. vyd. Bratislava: EUROUNION, 2015, 1247 s. ISBN 978-80-89374-32-8.

[3] KUNŠTÁKOVÁ, T. SOLOMONOVÁ, K. DICKELT, F. BALADA, L.: *Živnostenský zákon. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2019, 452 s. ISBN 978-80-7400-731-6.

[4] OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník 1. Komentár*. 3. doplnené prepracované vyd. Bratislav : IURA EDITION, 2012, 1182 s., ISBN 978-80-8078-434-8.

[5] OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník 2. Komentár.* 3. doplnené a prepracované vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2012, 995 s., ISBN 978-80-8078-434-8.

[6] PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Komentár*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, 1219 s., ISBN 978-80-7400-314-1.

[7] SLEZÁKOVÁ, A. ŠIMONOVÁ, J. JEDINÁK, P. a kol.: *Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár.* 1. vyd. Bratislava: WoltersKluwer SR, 2020, 496 s. ISBN 978-80-571-0193-2.

[8] SVOBODA, J. a kol.: *Občiansky zákonník I diel. Komentár.* 4. vyd. Bratislava: EUROUNION, 2000, 826 s. ISBN 80-88984-09-2.

[9] VETERNÍKOVÁ, M. a kol.: *Základy obchodného práva pre ekonómov*. 1. vyd. Bratislava: WoltersKluwer, 2017, 311 s., ISBN 978-80-8168-727-3.

[10] VOJČÍK, P. a kol.: *Občiansky zákonník. Stručný komentár*. 2. doplnené a prepracované vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2009, 1234 s. ISBN 978-80-8078249-8.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Andrea Slezáková, LL.M., Ph.D.
Katedra obchodného práva
Obchodná fakulta Ekonomickej univerzity v Bratislave
Dolnozemská cesta 1
852 35 Bratislava
E-mail: andrea.slezakova@euba.sk

MEZINÁRODNÍ PRÁVO SOUKROMÉ A PRÁVO MEZINÁRODNÍHO OBCHODU

PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL TRADE LAW

3.

Alexander J. Bělohlávek

KONFLIKT PRÁVNÍCH AKTŮ WTO A PRÁVA EU V ROZHODOVACÍ PRAXI SOUDNÍHO DVORA EU SE ZAMĚŘENÍM NA GATT A TRIPS

CONFLICT BETWEEN WTO LEGAL ACTS AND EU LAW IN CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE, WITH FOCUS ON GATT AND TRIPS AGREEMENTS

Abstrakt: Evropský soudní dvůr již v roce 1972 postuloval, že ustanovením GATT nelze přiznat přímý účinek jako u sekundárního práva. Dle Soudního dvora nepřísluší předpisům WTO přímý účinek v rámci práva Společenství ani po změně charakteru a duchu úmluv ve světle vzniku WTO. Výjimkou by mohla být taková ustanovení, která zakládají občanům EU práva, jež tito mohou přímo uplatnit u soudu. Současně je nezbytné, aby touto mezinárodní smlouvou bylo Společenství (EU) vázáno. Pro přímý účinek, resp. odmítání přímého účinku mezinárodních smluv platí dvě výjimky, a to referenční výjimka a transpoziční výjimka. V případě referenční výjimky sekundární právo EU výslovně odkazuje na mezinárodní smlouvu. Transpoziční výjimka postihuje případy, kdy určitá norma sekundárního práva byla přijata za účelem transpozice normy mezinárodního práva. Tento výklad je podle autora vysoce sporný s ohledem na skutečnost, že existence Společenství (EU) a jeho pravomoci byly založeny primárními akty, které je nutno považovat za normy práva mezinárodního.

Abstract: As far back as 1972, the European Court of Justice postulated that the provisions of the GATT could not be ascribed the same direct effect as secondary law. The Court determined that, under Community law, WTO rules have no direct effect, even in the wake of changes to the nature and spirit of conventions following the WTO's formation. Provisions establishing rights for EU citizens that they could exercise directly in court may be an exception, provided that the Community (EU) is bound by this international agreement. There are two exceptions applicable for international agreements to have direct effect (or for such direct effect to be denied): the clear reference exception and the transposition exception. In relation to the clear reference exception, secondary EU law explicitly refers to an international agreement. The transposition exception covers cases in which certain rules of secondary law are adopted to transpose rules of international law. Bearing in mind that the existence of the Community (EU) and its powers were established by primary acts that must be regarded as rules of international law, I find this interpretation highly questionable.

Klíčová slova: *jasná referenční výjimka, GATT, loajalita, mezinárodní právo, přímý účinek, transpozice, sekundární právo, TRIPS, výklad, WTO.*

Key words: *clear reference exception, GATT, loyalty, international law, direct effect, transposition, secondary law, TRIPS, interpretation, WTO.*

Introduction

The first contours of the global regulation of international trade were sketched by the GATT[1] in 1947. It was on this basis that the World Trade Organisation (WTO) itself subsequently came into being on 1 January 1995 during the "Uruguay Round"[2] of negotiations. The World Trade Organisation is no longer just the sum of the international agreements GATS,[3] GATT and TRIPS,[4] but a fully-fledged international organisation in its own right. Over time, however, WTO acts have come into conflict with the application of Community (EU) law, and it has been the EU's Court of Justice that has had to rule on whether or not such international acts take precedence over EU law. This paper is an attempt to approach this matter with a particular focus on the GATT and TRIPS.

1. Conflict between GATT and EU Law

1.1 GATT Provisions and Direct Effect

The doctrine of direct effect first emerged in the landmark *Van Gend en Loos* case.[5] In terms of the effects of Community (EU) law and the GATT, however, the preliminary ruling in *International Fruit Company NV*,[6] in which the European Court of Justice first addressed the conflict between the GATT and Community law, can be considered a key case. Here the court expressly held that: "[...] *the jurisdiction of the Court cannot be limited by the grounds on which the validity of those measures may be contested. Since such jurisdiction extends to all grounds capable of invalidating those measures, the Court is obliged to examine whether their validity may be affected by reason of the fact that they are contrary to a rule of international law.*"[7] In this case, the ECJ also examined the compatibility of the GATT and the Community's founding treaties. In hearing this case, it considerably reworded this matter and postulated that, in order to be able to rely on the invalidity of Community law on grounds of the incompatibility thereof with international law, such international law must produce direct effect.[8] To this end, much like in Van Gend en Loos, the ECJ examined the meaning and structure of the GATT and concluded: "*... when examined in such a context, Article XI of the General Agreement is not capable of conferring on citizens of the Community rights which they can invoke before the courts.*"[9] In other words, unlike under secondary EU law, direct effect cannot be ascribed. The ECJ framed this claim around

1 General Agreement on Tariffs and Trade.

2 For more, see, for example, CASSESE, A.: *International Law.* 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 517.

3 General Agreement on Trade in Services.

4 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

5 Judgment of the Court of 5 February 1963 in Case 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECLI:EU:C:1963:1.

6 See Judgment of the Court of 12 December 1972 in Joined Cases 21 to 24–72, *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit.*, ECLI:EU:C:1972:115.

7 See Judgment of the Court of 12 December 1972 in Joined Cases 21 to 24–72, *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit.*, ECLI:EU:C:1972:115, paras 5 and 6.

8 See Judgment of the Court of 12 December 1972 in Joined Cases 21 to 24–72, *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit.*, ECLI:EU:C:1972:115, para. 7.

9 See Judgment of the Court of 12 December 1972 in Joined Cases 21 to 24–72, *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit.*, ECLI:EU:C:1972:115, para. 27.

the argument that the GATT is highly flexible. In order for an international agreement to be able to affect the validity of secondary Community legislation, it is necessary for the Community to be bound by such an international agreement and for that agreement to be able to confer rights on Community citizens that they can invoke before the courts.[10] This view was reiterated by the Court of Justice in *Germany v Council*,[11] in which the ECJ stated that the provisions of the GATT were highly flexible and that, considering the general spirit of the convention, no direct effect could be observed in relation to them. Given the nature of the proceedings, *i.e.* the fact that the action was brought by the state and not by an individual, in addition to reiterating those arguments, the Court added that: *"... those features of GATT, from which the Court concluded that an individual within the Community cannot invoke it in a court to challenge the lawfulness of a Community act, also preclude the Court from taking provisions of GATT into consideration to assess the lawfulness of a regulation in an action brought by a Member State under Article 173 of the Treaty."*[12]

1.2 Exceptions to Rule on Impossibility of Direct Effect

Chronologically, even before the formation of the WTO itself, it is necessary to draw attention here to the exceptions to the rule that the GATT has no direct effect within the framework of Community law on which the Court of Justice has ruled. These are known as the clear reference exception and the transposition exception. In these two situations, the Court has accepted the direct effect of GATT law within the Community. The first of these exceptions, the clear reference exception, was invoked in *Fediol*.[13] As the very wording of that exception suggests, where a particular provision of a secondary Community legal act expressly refers to a specific provision of the GATT, it is appropriate to consider the GATT when assessing the validity of those legal acts. In the words of the Court of Justice: *"It should be recalled that the Court has certainly held, on several occasions, that various GATT provisions were not capable of conferring on citizens of the Community rights which they can invoke before the courts [of Member States] [...]. Nevertheless, it cannot be inferred from those judgments that citizens may not, in proceedings before the Court, rely on the provisions of GATT in order to obtain a ruling on whether conduct criticized in a complaint lodged under Article 3 of Regulation No 2641/84*[14] *constitutes an illicit commercial practice within the meaning of that regulation. The GATT provisions form part of the rules of international law to which Article 2(1) of that regulation refers, as is borne out by the second and fourth recitals in its preamble, read together."*[15]

---

10 See Judgment of the Court of 12 December 1972 in Joined Cases 21 to 24/72, *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit*., ECLI:EU:C:1972:115, Operative Part 1.

11 See Judgment of the Court of 5 October 1994 in Case C-280/93, *Federal Republic of Germany v Council of the European Union*, ECLI:EU:C:1994:367.

12 See Judgment of the Court of 5 October 1994 in Case C-280/93, *Federal Republic of Germany v Council of the European Union*, ECLI:EU:C:1994:367, para. 109.

13 Judgment of the Court of 22 June 1989 in Case 70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1991:186.

14 Council Regulation (EC) No 356/95 of 20 February 1995 amending Regulation (EC) No 3286/94 laying down Community procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Community's rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization (WTO). OJ L 41, 23. 2. 1995, p. 0003ff. [EUR-Lex: 31995R0356].

15 Judgment of the Court of 22 June 1989 in Case 70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1989: 254, para. 19.

The second exception, the transposition exception, concerns situations in which a legal act has been adopted in order to implement a specific GATT obligation. According to the Court of Justice, in *Nakajima*,[16] unlike the *International Fruit Company* case, the applicant does not invoke direct effect. This is because, in the Court's view, the contested anti-dumping regulation should have been regarded as the transposition of the GATT into Community law.[17] Although, in both cases, the Court's ruling on the merits was unfavourable, these judgments pave the way for an assessment of inconsistencies between the provisions of the GATT and EU law.

1.3 Subsequent Developments in Decision-making Practice

The Court's negative stance on the direct effect of the GATT and, later, of the WTO legal framework, has remained unchanged (apart from the above-mentioned exceptions) for almost 50 years. In *International Fruit Company*, 20 years later in *Germany v Commission*, and in other proceedings, the Court of Justice has adhered to the same line of reasoning, referring to the nature and structure of WTO agreements (*e.g.* in *Portugal v Council*).[18] Even after the formation of the WTO, the Court more or less stuck to its earlier arguments. The last cited case was another that involved an action brought by a Member State. Here, the Court issued the following opinion rejecting the action: *"Although the Court held in [...] Germany v Council [...], paragraphs 103 to 112, that the GATT rules do not have direct effect and that individuals cannot rely on them before the courts, it held in the same judgment that that does not apply where the adoption of the measures implementing obligations assumed within the context of the GATT is in issue or where a Community measure refers expressly to specific provisions of the general agreement. In such cases, as the Court held in paragraph 111 of that judgment, the Court must review the legality of the Community measure in the light of the GATT rules. [...] It follows from all those considerations that, having regard to their nature and structure, the WTO agreements are not in principle among the rules in the light of which the Court is to review the legality of measures adopted by the Community institutions. That interpretation corresponds, moreover, to what is stated in the final recital in the preamble to Decision 94/800, according to which 'by its nature, the Agreement establishing the World Trade Organisation, including the Annexes thereto, is not susceptible to being directly invoked in Community or Member State courts'."*[19] The Court of Justice determined that, under Community law, WTO rules have no direct effect, even in the wake of changes to the nature and spirit of conventions following the WTO's formation. The excessive flexibility of the GATT agreement, long criticised by the Court, was thus clearly not reined in to a satisfactory degree of rigidity by the formation of the WTO.

---

16 Judgment of the Court of 7 May 1991 in Case C-69/89, Federal *Nakajima All Precision Co. Ltd v Council of the European Communities*, ECLI:EU:C:1991:186.

17 See Judgment of the Court of 7 May 1991 in Case C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd v Council of the European Communities,* ECLI:EU:C:1991:186, para. 31.

18 Judgment of the Court of 23 November 1999 in Case C-149 96, *Portuguese Republic v Council of the European Union*, ECLI:EU:C:1999:574.

For more, see, for example, CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G.: *European Union Law: Cases and Materials.* 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 653ff.

19 Judgment of the Court of 23 November 1999 in Case C-149/96, *Portuguese Republic v Council of the European Union*, ECLI:EU:C:1999:574, paras 27, 47 and 48.

The Court maintained this negative position in *Atlanta*,[20] *Cordis*,[21] *Bocchi Food*[22] and *Port*.[23] These latter cases did not involve actions brought by a Member State, but actions for damages sought by these entities to make good the losses incurred by the adoption of secondary law.[24] Scholars note that the Community's legal act assessed in the case at hand was created with the intention of implementing a specific obligation under WTO law, and "[...] *the doctrine developed in the Nakajima case should have been applied. In keeping with that doctrine, the Court should therefore have granted the applicants' request and examined the legality of Regulation No 2362/98 in the light of WTO law. Regrettably, it* [the Court] *reiterated the line of reasoning it had articulated in Portugal v Council.*"[25] The same situation is mentioned by another source: *"While it is possible to disagree with the Court's conclusions and reasoning, the inference for the purposes of case law is clear – not only are operators in international trade unable to invoke WTO rules directly, but they are also unable, in any legally relevant way, to challenge the validity of secondary Community legislation conflicting with those rules."*[26] The methodology for the autonomous interpretation of WTO law (GATT) is also derived from this.

2. Conflict between TRIPS Agreement and EU Law

The Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) is another integral part of the WTO legal framework. This is another international agreement for which the Court of Justice has considered a possible direct effect within the scope of EU law. Here too, however, it formulated a negative position with essentially the same reasoning, and noted that *"the Court rules that the provisions of TRIPs [...] are not such as to create rights upon which individuals may rely directly before the national courts by virtue of Community law"*.[27] In its arguments, the Court refers to the aforementioned judgment in Portugal v Council, noting that it did not recognise direct effect in EU law in this case either, and stating that *"in the absence of any Community rules in the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to lay down the detailed procedural rules relating to actions for the enforcement of intellectual property rights."*[28]

---

20 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 14 October 1999 in Case C-104/97, *Atlanta AG and others v Commission of the European Communities and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:1999:498.

21 Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 20 March 2001 in Case T-18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH v Commission of the European Communities*, ECLI:EU: T:2001:95.

22 Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 20 March 2001 in Case T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH v Commission of the European Communities*. ECLI:EU:T:2001:96.

23 Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 20 March 2001 in Case T-52/99, T. Port GmbH & Co. KG v *Commission of the European Communities*.

24 Council Regulation (EC) No 1637/98 of 20 July 1998 amending Regulation (EEC) No 404/93 on the common organisation of the market in bananas, CELEX 31998R1637, and Commission Regulation (EC) No 2362/98 of 28 October 1998 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EEC) No 404/93 regarding imports of bananas into the Community, CELEX 31998R2362.

25 HERBOCZKOVÁ, J.: *GATT/WTO a judikatura Evropského soudního dvora* [title in translation: GATT/WTO and the Case Law of the European Court of Justice]. 5 PRÁVNÍ ROZHLEDY 172 (2008).

26 PETR, M.: *Účinky právních norem WTO v rámci komunitárního právního řádu* [title in translation: Effects of WTO Rules in Community Law]. 8 PRÁVNÍ ROZHLEDY 292 (2004).

27 Judgment of the Court of 13 September 2001 in Case C-89/99, *Schieving-Nijstad vof and Others v Robert Groeneveld*, ECLI:EU:C:2001:438, para. 53.

28 Judgment of the Court of 13 September 2001 in Case C-89/99, *Schieving-Nijstad vof and Others v Robert Groeneveld*, ECLI:EU:C:2001:438, para. 34.

3. Opportunities for Indirect Effect of WTO Legal Acts Following Model of EU Directives

Although WTO rules have no direct effect, their influence on EU law can be observed in the form of an indirect effect, *i.e.* the obligation to have an interpretation in conformity with EU law. Although this concept was established in relation to – and is most often associated with the binding nature of – directives for Member States, the Court of Justice has concluded that it may also be applied in conjunction with WTO law. It judged that there was a basis for this in *Von Colson*.[29] Here, the Court assessed whether a directive could produce legal consequences in the absence of direct effect. In this case, the provisions of the directive did not inherently elicit direct effect in accordance with the requirements explained in Van Gend en Loos, namely clarity and unconditionality. Moreover, the Court has repeatedly rejected the ability of a directive to produce effects directly against or for individuals,[30] and stated that "[...] *even a clear, precise and unconditional provision of a directive seeking to confer rights or impose obligations on individuals cannot of itself apply in proceedings exclusively between private parties."*[31] That is not to say that a directive would have no other effect. In Von Colson, the Court concluded that, because of the binding nature of a directive and the duty of loyalty of the Member States, national courts were also required to interpret their national law in light of the directives implemented by that law. Since then, however, the Court's approach has shifted considerably. The current view is that a national court, *"when hearing a case between individuals* [...] *is required, when applying the provisions of domestic law adopted for the purpose of transposing obligations laid down by a directive, to consider the whole body of rules of national law and to interpret them, so far as possible, in the light of the wording and purpose of the directive in order to achieve an outcome consistent with the objective pursued by the directive."*[32]

This principle is essentially also the same for the indirect effect of WTO law. There is therefore an obligation here to interpret secondary EU law in accordance with overriding international agreements, *i.e.* including WTO agreements.[33] In the words of the Court of Justice: *"When the wording of secondary Community legislation is open to more than one interpretation, preference should be given as far as possible to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty. Likewise, an implementing regulation must, if possible, be given an interpretation consistent with the basic regulation* [...]. *Similarly, the primacy of international agreements concluded by the Community over provisions of secondary Community legislation means that such provisions must, so far as is possible, be interpreted in a manner that is consistent with those agreements."*[34]

---

29 Judgment of the Court of 10 April 1984 in Case 14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153.

30 Judgment of the Court of 26 February 1986 in Case C-152/84, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, ECLI:EU:C:1986:84, para. 48.

31 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 October 2004 in the joined cases *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) and Matthias Döbele (C-403/01) v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584.

32 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 October 2004 in the joined cases *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) and Matthias Döbele (C-403/01) v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584, Operative Part 3, third indent.

33 Judgment of the Court of 13 September 2001 in Case C-89/99, *Schieving-Nijstad vof and Others v Robert Groeneveld*, ECLI:EU:C:2001:438, paras 35 and 55.

34 Judgment of the Court of 10 September 1996 in Case C-61/94, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, ECLI:EU:C:1996:313, para. 52.

LITERATURE

[1] CASSESE, A.: *International Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005, 558 pages, ISBN 9780199259397.

[2] CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G.: *European Union Law: Cases and Materials*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, 1116 pages, ISBN 978-05-2112-151-4.

[3] HERBOCZKOVÁ, J.: GATT/WTO a judikatura Evropského soudního dvora [title in translation: GATT/WTO and the Case Law of the European Court of Justice]. *Právní rozhledy*, 5/2008, pp. 172–177.

[4] PETR, M.: Účinky právních norem WTO v rámci komunitárního právního řádu [title in translation: Effects of WTO Rules in Community Law]. Právní rozhledy, 8/2004, pp. 292–294.

Kontaktní adresa autora:
Alexander J. Bělohlávek
Prof. (mult.), Dr. iur. et Mgr. iur, Dipl. Ing. (oec.), prof. hon., dr.h.c.
ORCID iD 0000-0001-5310-5269
https://orcid.org/0000-0001-5310-5269

Sandra Brožová xbros00@vse.cz

ELEKTRONICKÁ DOKUMENTACE V MEZINÁRODNÍM OBCHODĚ (VYUŽITÍ TECHNOLOGIE BLOCKCHAIN PODLE VZOROVÉHO ZÁKONA UNCITRAL)

ELECTRONIC DOCUMENTATION IN INTERNATIONAL TRADE (THE USE OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY ACCORDING TO THE UNCITRAL MODEL LAW)

Abstrakt: Hlavním cílem příspěvku je vysvětlení právní povahy konceptu elektronických dokumentů používaných v současném mezinárodním obchodě, jejich fungování na základě technologie „blockchain" a odlišení od elektronických cenných papírů a jiných právních aspektů elektronického obchodu. S tímto cílem příspěvek analyzuje hlavní konstrukční prvky vzorového zákona o elektronických převoditelných dokumentech, vydaného Komisí OSN pro mezinárodní obchodní právo UNCITRAL v roce 2017, a vysvětluje, proč je dosud obtížné promítnout některé klíčové aspekty do českého právního řádu.

Abstract: The main goal of the contribution is to explain the legal nature of the concept of electronic documents used in today's international trade, their operation on the basis of "blockchain" technology and the distinction from electronic securities and other legal aspects of electronic commerce. To this aim, the contribution analyses the principal elements of the Model Law on Electronic Transferable Records, issued by the UN Commission on International Trade Law UNCITRAL in 2017, and explains why some crucial aspects of the Model Law may not yet easily be reflected in the Czech national legal order.

Klíčová slova: *elektronický obchod, mezinárodní obchod, vzorový zákon, UNCITRAL, elektronické dokumenty, blockchain.*

Key words: *electronic commerce, international trade, Model Law, UNCITRAL, electronic documentation, blockchain.*

Úvod

Současný svět elektronické dokumenty v mezinárodních obchodních transakcích běžně využívá v soukromoprávních vztazích na základě dobrovolného uznávání smluvních stran, a to i bez výslovného právního základu, zatímco praktickým problémem může být přetrvávající povinnost dokládat písemné verze dokumentů např. pro účely celního řízení v ně-

kterých státech.[1] Časové a nákladové nároky na celní řízení se nyní ukazují jako významná hrozba v případě, že by nedošlo k uzavření výhodné dohody mezi EU a Velkou Británií o režimu obchodních vztahů EU po 1. lednu 2021.[2] Posunout ekvivalenci elektronické formy právního jednání i na veřejnoprávní úroveň může přinést značné úspory transakčních nákladů a širší využití bezkontaktních forem celního odbavení, což v neposlední řadě může napomáhat aktuálně nezbytným opatřením proti šíření infekčních nemocí.

1. Komise UNCITRAL a její přínos k elektronickému obchodu

1.1. Úmluva OSN o uzavírání smluv prostředky elektronické komunikace (2005)

První mezinárodní smlouva upravující problematiku elektronického obchodu byla na půdě Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (dále jen „UNCITRAL") přijata v roce 2005. Úmluva OSN o uzavírání smluv prostředky elektronické komunikace (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, dále jen „Úmluva") vstoupila v platnost až v roce 2013 a její význam zůstal spíše okrajový, neboť v současné době má pouze 14 smluvních stran, mezi nimiž chybějí např. USA nebo významné evropské státy. Stranou této Úmluvy není ani Česká republika.[3] Úmluva upravuje zapojení elektronických metod komunikace smluvních stran v průběhu kontraktačního procesu.

Nízký počet ratifikací a dlouhý časový interval mezi sjednáním Úmluvy a jejím vstupem v platnost nebrání ovšem tomu, aby její text sloužil jako inspirace pro vnitrostátní zákonodárce přijímající relevantní ustanovení do kodexů soukromého práva. U nás je klíčovým ustanovením v tomto smyslu § 562 odst. 1 občanského zákoníku, zákona č. 89/2012 Sb., podle nějž je písemná forma právního jednání zachována i při využití elektronických nebo jiných technických prostředků umožňujících zachycení obsahu jednání a určení jednající osoby. Mezinárodní smlouva má tedy potenciál působit podobně jako *soft-law* dokumenty i pro státy, které jí formálně vázány jako smluvní strany nejsou.

To je zřejmě důvod, proč komise UNCITRAL v poslední době upřednostnila spíše formu vzorového zákona, která nevyžaduje ratifikaci ve členských státech. Téma elektronického obchodu je jedním z nejvýznamnějších v současné agendě UNCITRAL. Česká republika je v komisi UNCITRAL zastoupena od roku 2005 a dlouhodobě prosazuje aktivní přístup k procesu tvorby právních norem o nových technologiích v mezinárodním obchodě, a to i v úzké spolupráci s vědeckou sférou. Na návrh české delegace bylo v roce 2018 do pracovního programu UNCITRAL zařazeno téma umělé inteligence.[4]

---

1 CIVELEK, M. E. – SECKIN, N.: Paperless Trade: Evaluation of the Current Situation &t owards the Integrated Single Foreign Trade Document. *Journal of Management Research*. č. 2/2017, s. 2.

2 Celní správa České republiky. Informace o vystoupení Spojeného království Velké Británie a Severního Irska z Evropské unie. [on-line, 30. 1. 2020] Dostupné z: https://www.celnisprava.cz/cz/Stranky/INFORMACE-O-VYSTOUPEN%C3%8D-SPOJEN%C3%89HO-KR%C3%81LOVSTV%C3%8D-VELK%C3%89-BRIT%C3%81NIE-A-SEVERN%C3%8DHO-IRSKA-Z-EVROPSK%C3%89--UNIE11.aspx [cit. 30. 10. 2020].

3 Status: United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005) UNCITRAL. [on-line] Dostupné z: https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications/status [cit. 26. 10. 2020].

4 UN GA. United Nations Commission on International Trade Law. Fifty-first session, New York, 25 June – 13 July 2018. Work programme of the Commission. UN Doc. A/CN.9/960. [on-line, 30. 5. 2018] Dostupné z: https://www.mpo.cz/assets/cz/zahraniczni-obchod/mezinarodni-organizace-a-obchod/2019/2/Navrh-CR-pro-praci-UNCITRAL.pdf [cit. 27. 10. 2020].

1.2. Vzorový zákon UNCITRAL o elektronických převoditelných dokumentech (2017)

V červenci 2017, když komise UNCITRAL na velkém mezinárodním kolokviu[5] připomínala 50 završených let své činnosti, vydala rovněž nový vzorový zákon o elektronických převoditelných dokumentech (UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records, dále jen „MLETR“).[6] Aplikační rozsah vzorového zákona MLETR vymezený v čl. 1 je poměrně úzký, neboť z jeho působnosti jsou vyňaty cenné papíry, jako např. akcie, dluhopisy a další investiční nástroje, se kterými se obchoduje na kapitálových trzích. Znění čl. 1 vzorového zákona výslovně dává členským státům možnost ještě rozšířit výčet vyloučených aktiv. Elektronické převoditelné dokumenty (*electronic transferable records*, resp. *transferable instruments and documents*) jsou ve vzorovém zákoně v čl. 2 pojaty jako nástroje či dokumenty, jejichž držitel je oprávněn nárokovat splnění závazku, který je v dokumentu obsažen, a zároveň je oprávněn tento dokument spolu s daným právem převést na jiný subjekt.

2. Základní principy právní úpravy elektronických dokumentů

2.1. Hlavní zásady právní úpravy elektronických forem právního jednání

Vzorový zákon MLETR je postaven na zásadě funkční rovnocennosti písemné a elektronické formy dokumentu, přičemž na obě formy jsou kladeny stejné materiální požadavky, aby byly zajištěny shodné právní účinky daného dokumentu bez ohledu na jeho formu. Jde např. o požadavky na rozpoznatelný podpis jako projev souhlasné vůle subjektu, integritu dokumentu, nepochybnou identifikaci oprávněného subjektu a zajištění výlučnosti jeho práv. Vzorový zákon rozvádí jednotlivé prvky podrobněji v čl. 8–11. Takovou rovnocennost můžeme nalézt také v již citovaném ustanovení § 562 odst. 1 českého nového občanského zákoníku.

Druhou zásadu MLETR představuje princip technologické neutrality, který připouští jakékoli vhodné technologické řešení elektronické formy dokumentu tak, aby mohla být naplněna ústřední zásada funkční rovnocennosti. Čl. 12 MLETR vystihuje klíčové prvky spolehlivé technologie, jako je např. zajištění integrity dat nebo schopnost systému zabránit přístupu a možnosti provádění úprav neautorizovaným osobám.

Třetím hlavním principem vzorového zákona MLETR je nediskriminace na základě původu, zakotvená v čl. 19. Ta se vztahuje k jednotlivým zemím, kde byly dokumenty vydány, předpokládá se vzájemné uznávání. Vzájemné uznávání elektronických dokumentů by mohlo významně urychlit, zpřehlednit a zjednodušit ověřování a přijímání dokumentů v mezinárodním obchodě, zejména ze strany státních orgánů. Subjekty na trhu, např. dopravní a přepravní společnosti nebo zprostředkovatelé, již s elektronickými dokumenty

5 UNCITRAL Congress "Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development", 4-6 July 2017, Vienna Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development. [on-line] Dostupné z: https://uncitral.un.org/en/colloquia/general [cit. 30.10.2020].

6 UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records. [on-line] Dostupné z: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf [cit. 27. 10. 2020].

pracují i bez formálně závazných zákonů. Vývoj v následujících letech ukáže, zda ambiciózní cíle UNCITRAL při přijetí vzorového zákona budou naplněny a zda členské státy budou mít zájem zahraniční elektronické formy uznávat ve větším měřítku.

2.2. Co nespadá do okruhu působnosti MLETR a související legislativy?

Transakce v dnešním mezinárodním obchodě využívají širokou škálu elektronických instrumentů, které ovšem do věcné působnosti MLETR nespadají.

Při elektronicky uzavíraných obchodních transakcích se uplatňují elektronické platební služby. V českém právním řádu jsou upraveny s účinností od 13. ledna 2018 v zákoně o platebním styku, č. 370/2017 Sb., dvě zcela nové digitální platební služby: správa informací o platebním účtu (*account information service*, tzv. AIS) a možnost iniciace platební transakce, tzv. nepřímé dání platebního příkazu, bez komunikace se systémem banky (*payment initiation service*, tzv. PIS). Česká legislativa navazuje na druhou směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2366 ze dne 25. listopadu 2015 o platebních službách na vnitřním trhu, tzv. směrnici PSD2.[7]

V soukromém i veřejném sektoru se využívá elektronický podpis pro identifikaci jednajícího subjektu. Komise UNCITRAL vydala vzorový zákon o elektronickém podpisu už v roce 2001, stal se inspirací pro vnitrostátní právní úpravu mnoha zemí, u nás byl ve stejné době přijat první zákon o elektronickém podpisu, č. 227/2000 Sb., který byl nahrazen zákonem č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce. Elektronickým podpisem jsou údaje v elektronické podobě, které slouží jako metoda k jednoznačnému ověření identity podepsané osoby.

3. Aplikace MLETR ve vnitrostátním právu

3.1 Příklady použití MLETR ve světě

Prvním státem světa, který přijal ve svém vnitrostátním zákonodárství právní předpis založený na obsahu vzorového zákona MLETR, se stal Bahrajn.[8] Tento krok byl chápán jako součást reforem přijímaných s cílem přilákat zahraniční investory. Politická a ekonomická situace Bahrajnu je totiž v současné době komplikována diplomatickým sporem s Katarem, který trvá už od roku 2017. Napětí v regionu zvyšuje izolaci, Bahrajn je navíc ostrovní stát s omezeným leteckým a námořním spojením k několika sousedním zemím, což komplikuje i právě probíhající epidemie koronaviru. Takovou situaci lze považovat za významně motivující faktor k rozvoji důvěryhodnosti elektronizovaného tržního prostředí, podpořené právní jistotou, jako konkurenční výhody v kontextu regionu Perského zálivu. Z anglického překladu bahrajnského zákona vyplývá velká blízkost přijatého znění se vzorovými ustanoveními a místy doslovné převzetí textu MLETR.[9] Nad rámec

7 BERAN, J. – NÝDRLE, T. – STRNADEL, D.: *Zákon o platebním styku – komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 29–34.

8 Bahrain Economic Development Board. Bahrain Creates History as First Nation to Enact UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records [on-line, 16. 1. 2019] Dostupné z: https://www.bahrainedb.com/latest-news/bahrain-creates-history-as--first-nation-to-enact-uncitral-model-law-on-electronic-transferable-records/ [cit. 27. 10. 2020].

9 Bahrain Economic Development Board. Law No. (55) of 2018 with respect to electronic transferable records. [on-line, 28. 11. 2018] Dostupné z https://bahrainbusinesslaws.com/laws/electronic-transferable-records-law [cit. 27. 10. 2020].

MLETR upravuje bahrajnský zákon ještě podmínky pro akreditaci podnikatelů, a to jak domácích, tak zahraničních, kteří jsou oprávnění provozovat systém elektronických převoditelných dokumentů uznávaných v obchodních transakcích.

V současné době, kdy je využití elektronických metod komunikace ve všech oblastech hospodářského i společenského života čím dál častější s ohledem na nutnost omezení mezilidských kontaktů kvůli šíření infekčního onemocnění COVID-19, projednává poslanecký návrh zákona vycházející z MLETR také parlament v Paraguayi.[10] Předložený návrh deklaruje inspiraci úmluvami UNCITRAL, dalšími expertními dokumenty UNCITRAL charakteru *soft-law* i evropskou legislativou, zejm. nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 910/2014 ze dne 23. července 2014 o elektronické identifikaci a službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce na vnitřním trhu a o zrušení směrnice 1999/93/ES (tzv. nařízení eIDAS). Toto nařízení bylo do českého právního řádu adaptováno zákonem č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce.

3.2 Překážky pro aplikaci MLETR v českém právním řádu

Pokud jde o využívání mezinárodních vzorů a zahraničních úprav v legislativním procesu, to vyžaduje, aby zákonodárce přejímal nejen text a literu zákona, ale i jejího ducha, a respektoval při tom ustálenou interpretaci obdobného ustanovení v zemi původu, které posloužilo jako předloha pro text zákona. To je někdy v praxi obtížné pro nedostupnost primárních pramenů a soudní judikatury.[11] Tam, kde právo reaguje na rozvoj technologií poprvé, tento problém nenastává, protože samotné zahraniční úpravy, ze kterých zákonodárce čerpá, jsou nové a nemají za sebou vývoj interpretující judikatury či doktríny.

Využití MLETR v českém právním řádu však brání jiné překážky. České právo totiž dosud elektronické cenné papíry jako právní kategorii neuznává. Vzorový zákon přináší možnost vzájemného mezinárodního uznávání cenných papírů vydaných v elektronické formě v zahraničí. V českém právním řádu by se musela nejprve zavést možnost vydávání elektronického ekvivalentu cenného papíru, ve stávajícím právním rámci to zatím možné není, neboť podle ustanovení § 514 nového občanského zákoníku je cenný papír definován jako „listina, se kterou je právo spojeno takovým způsobem, že je po vydání cenného papíru nelze bez této listiny uplatnit ani převést." Před rekodifikací soukromého práva u nás legální definice cenného papíru vůbec neexistovala a byla odvozována doktrínou.[12] Vzorový zákon by se tedy podle svého znění mohl vztahovat na náložní nebo skladištní listy, popř. nepojmenované cenné papíry, s využitím při realizaci mezinárodních obchodních operací. Bez novelizace ustanovení § 514 nového občanského zákoníku se to však neobejde.

---

10 Presentan proyecto que permitirá seguridad jurídica a las transacciones electrónicas. *Honorable Camara de Diputados*. [on-line, 8. 3. 20020] Dostupné z: http://www.diputados.gov.py/ww5/index.php/noticias/presentan-proyecto-que-permitira-seguridad--juridica-las-transacciones-electronicas [cit. 26. 10. 2020].

11 Srov. např. PONDIKASOVÁ, T.: Inspirace zahraničními prameny při tvorbě nového občanského zákoníku. In: FIALA, J. et al. (eds.) *Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická*, Svazek č. 474, Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 193, [on-line] Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2013/06_Reforma_soukromeho_prava.pdf [cit. 27. 10. 2020].

12 Srov. např. POKORNÁ, J. a kol.: *Obchodní zákoník: komentář*, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009, komentář k § 155, cit. dle ASPI; PAULY, J.: *Teoretické a legislativní základy cenných papírů*, 1. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 29; HUSTÁK, Z., SEDLÁČEK, T., MANDERLA M.: Cenné papíry ve světle rekodifikace a další aktuální změny, Cenné papiere, č. 9/2013, s. 22.

Lze očekávat, že na postoj českého zákonodárce zavést možnost elektronickou formu „listiny“ jako cenného papíru bude mít pozitivní vliv nový zákon č. 12/2020 Sb., o právu na digitální služby, který upravuje právo fyzických a právnických osob na poskytnutí digitálních služeb orgány veřejné moci při výkonu jejich působnosti, právo fyzických a právnických osob činit digitální úkony vůči orgánům veřejné moci.

4. Využití technologie blockchain

Princip technologické neutrality umožňuje využít pro elektronické obchodní dokumenty jakoukoli vhodnou metodu, v současnosti se hojně využívá především technologie blockchain.[13] Konkrétně se v současné době forma blockchainu používá pro dokumentaci obchodních transakcí, tj. pro kupní smlouvy, faktury, seznamy zboží v zásilce, dokumentární akreditiv, náložní list, prohlášení o shodě, osvědčení o původu zboží, osvědčení o splnění hygienických nebo rostlinolékařských opatření, dovozní nebo vývozní licence, celní prohlášení.[14]

Blockchain představuje specifický způsob realizace virtuální databáze transakcí, která je vedena simultánně na více místech v síti, nikoli pouze na jednom místě (jako např. u centrálního depozitáře). Výhodou blockchainu nebo tzv. DLT (*distributed ledger technology*, decentralizované účetní knihy) je právě skutečnost, že zanesená data jsou přístupná všem členům sítě v daném okamžiku, a tak je z technického hlediska velmi obtížné narušit vytvořené algoritmy a změnit obsah uložených dat. Název pro blockchain byl odvozen ze skutečnosti, že v databázi jsou jednotlivé údaje spojovány do bloků a tvoří souvislý řetězec informací. Zastánci této revoluční technologie vyzdvihují její transparentnost a potenciál redukce transakčních nákladů při správě databází, kdy se nevyžadují služby zprostředkovatelů, jako je to obvyklé např. u platebních nebo vypořádacích systémů.[15] Na druhou stranu je s ní spojena nemalá míra rizika vyplývající z nedostatečné právní ochrany investorů v mnoha jurisdikcích. Na technologii blockchain je postavena existence virtuálních měn, které se používají jako platební prostředky i jako obchodovatelné komodity.

Technologie blockchain se používá pro *smart contracts*, tj. smlouvy uzavírané a vykonávané bez zásahu fyzických osob počítačovými programy (provádějí se běžně např. při zadávání příkazů a vypořádání obchodů na finančních trzích).[16] Už Úmluva OSN o uzavírání smluv prostředky elektronické komunikace z roku 2005 upravuje použití automatizovaného systému pro uzavření smlouvy. Podle čl. 12 Úmluvy má smlouva uzavřená prostřednictvím automatizovaného systému právní závaznost a vymahatelnost, a to i v případě následného zásahu fyzické osoby do výstupu jednání automatizovaného systému. Ekonomické benefity jsou jasné: snížení transakčních nákladů, zejm. díky uzaví-

13 HERD, J.: Blocks of Lading. Distributed Ledger Technology and the Disruption of See Carriage Regulation. *QUT Law Review*, č. 2/2018, s. 306, McDANIEL, C. – NORBERG, H.: *Can Blockchain Technology Facilitate International Trade?* Mercatus Center, George Mason University. [on-line, 24. 4. 2019] Dostupné z: https://www.mercatus.org/system/files/mcdaniel-blockchain-trade-mercatus-research-v2.pdf [cit. 27. 10. 2020].

14 GANNE, E.: *Can Blockchain revolutionize international trade?* Geneva: World Trade Organization, 2018, s. 18.

15 BROŽOVÁ, S.: Právo a ekonomická realita na finančním trhu: semper post festum? In: VRBOVÁ, Z.: a kol. *Stačí právo držet krok? Dynamika společnosti a vědy na začátku 21. století*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2019, s. 51–52.

16 ZIMNIOKOVÁ, M. Smart kontrakt ve světle bankovní identity. *Právní rozhledy*, č. 4/2020, s. 132.

rání kontraktů přímo mezi plnícími stranami bez využití prostředníků. Právní nejistotu ovšem může zvýšit míra rizika plynoucí z nedostatečného zabezpečení systémů před kybernetickými útoky nebo technologickými chybami. Z právního hlediska technologie blockchain dosud trpí jistou mírou neuchopitelnosti z důvodu neexistence jednoznačné definice a způsobilosti k přehledné právní regulaci.[17]

Závěr

Nové technologie činící právní jednání přinášejí výzvy pro právní vědu, a především tvorbu legislativy, ve smyslu nastavení optimální právní regulace a zajištění adekvátní závaznosti, vymahatelnosti, odpovědnostních následků on-line transakcí. V neposlední řadě jde o odpovídající zajištění bezpečnosti a ochrany citlivých údajů, předcházení a sankcionování jejich zneužití.

Právní normy, které umožňují a blíže upravují použití elektronických forem komunikace a závazného právního jednání v mezinárodních obchodních transakcích, nepřinášejí žádnou novou, kvalitativně odlišnou právní infrastrukturu pro vytvoření a vykonávání obchodních závazkových vztahů, ale spíše objasňují podmínky a předpoklady, za kterých se na elektronické formy právního jednání mohou aplikovat stávající obecná ustanovení o právním jednání při uzavírání smluv.

Vzhledem k tomu, že právo mezinárodního obchodu má praktický dopad na soukromé subjekty, které nejsou subjekty z pohledu mezinárodního práva, vyžaduje se realizace mezinárodních projektů cestou implementace do vnitrostátní úpravy. Počet států, které hlavní rysy předvídané MLETR převezmou, a jejich vzájemné obchodní vztahy, budou vypovídat o tom, zda ambiciózní cíle deklarované komisí UNCITRAL, tj. usnadnění a zlevnění obchodní dokumentace, budou naplněny.

LITERATURA

[1] Bahrain Economic Development Board. Bahrain Creates History as First Nation to Enact UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records [on-line, 16. 1. 2019] Dostupné z: https://www.bahrainedb.com/latest-news/bahrain-creates-history-as-first-nation-to-enact-uncitral-model-law-on-electronic-transferable-records/ [cit. 27. 10. 2020].

[2] Bahrain Economic Development Board. Law No. (55) of 2018 with respect to electronic transferable records. [on-line, 28. 11. 2018] Dostupné z https://bahrainbusinesslaws.com/laws/electronic-transferable-records-law [cit. 27. 10. 2020].

[3] BERAN, J. – NÝDRLE, T. – STRNADEL, D.: *Zákon o platebním styku – komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2020.

17 WALCH, A.: Deconstructing Decentralization. In: BRUMMER, C. (ed.): *Cryptoassets. Legal, Regulatory and Monetary Perspectives.* Oxford: Oxford University Presss. 2019, s. 58.

[4] BROŽOVÁ, S.: Právo a ekonomická realita na finančním trhu: semper post festum? In: VRBOVÁ, Z. a kol.: *Stačí právo držet krok? Dynamika společnosti a vědy na začátku 21. století.* Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2019, s. 47–57.

[5] Celní správa České republiky. Informace o vystoupení Spojeného království Velké Británie a Severního Irska z Evropské unie. [on-line, 30. 1. 2020] Dostupné z: https://www.celnisprava.cz/cz/Stranky/INFORMACE-O-VYSTOUPEN%C3%8D-SPOJEN%C3%89HO-KR%C3%81LOVSTV%C3%8D-VELK%C3%89-BRIT%C3%81NIE-A-SEVERN%C3%8DHO-IRSKA-Z-EVROPSK%C3%89-UNIE11.aspx [cit. 30. 10. 2020].

[6] CIVELEK, M. E. – SECKIN, N. Paperless Trade: Evaluation of the Current Situation &towards the Integrated Single Foreign Trade Document. *Journal of Management Research*. č. 2/2017, s. 1–10.

[7] HERD, J.: Blocks of Lading. Distributed Ledger Technology and the Disruption of See Carriage Regulation. *QUT Law Review*, č. 2/2018, s. 306–317.

[8] HUSTÁK, Z., SEDLÁČEK, T., MANDERLA M.: Cenné papíry ve světle rekodifikace a další aktuální změny, *Cenné papiere*, č. 9/2013, s. 22.

[9] GANNE, E.: *Can Blockchain revolutionize international trade?* Geneva: World Trade Organization, 2018, 145 s.

[10] McDANIEL, C. – NORBERG, H.: *Can Blockchain Technology Facilitate International Trade?* Mercatus Center, George Mason University. [on-line, 24. 4. 2019] Dostupné z: https://www.mercatus.org/system/files/mcdaniel-blockchain-trade-mercatus-research-v2.pdf [cit. 27. 10. 2020].

[11] PAULY, J.: *Teoretické a legislativní základy cenných papírů*, 1. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016.

[12] POKORNÁ, J. a kol.: *Obchodní zákoník: komentář,* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009.

[13] PONDIKASOVÁ, T.: Inspirace zahraničními prameny při tvorbě nového občanského zákoníku. In: FIALA, J. et al. (eds.): *Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická*, Svazek č. 474, Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 178–198.

[14] *Presentan proyecto que permitirá seguridad jurídica a las transacciones electrónicas. Honorable Camara de Diputados*. [on-line, 8. 3. 20020] Dostupné z: http://www.diputados.gov.py/ww5/index.php/noticias/presentan-proyecto-que-permitira-seguridad-juridica-las-transacciones-electronicas [cit. 26. 10. 2020].

[15] UNCITRAL: Status: United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005) [on-line] Dostupné z: https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications/status [cit. 26. 10. 2020].

[16] UN GA. United Nations Commission on International Trade Law. Fifty-first session, New York, 25 June – 13 July 2018. Work programme of the Commission. UN Doc. A/CN.9/960. [on-line, 30. 5. 2018] Dostupné z: https://www.mpo.cz/assets/cz/zahranicni-obchod/mezinarodni-organizace-a-obchod/2019/2/Navrh-CR-pro-praci-UNCITRAL.pdf [cit. 27. 10. 2020].

[17] UNCITRAL Congress „Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development“, 4-6 July 2017, Vienna Modernizing International

Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development. [on-line] Dostupné z: https://uncitral.un.org/en/colloquia/general [cit. 30.10.2020].

[18] UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records. [on-line] Dostupné z: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf [cit. 27. 10. 2020]

[19] WALCH, A. Deconstructing Decentralization. In: BRUMMER, C. (ed.) *Cryptoassets. Legal, Regulatory and Monetary Perspectives*. Oxford: Oxford University Presss. 2019, s. 58–68.

[20] ZIMNIOKOVÁ, M. Smart kontrakt ve světle bankovní identity. *Právní rozhledy*, č. 4/2020, s. 132–135.

Kontaktní adresa autora:
Ing. Sandra Brožová
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: xbros00@vse.cz

Alexander Kult kult@email.cz

VOLBA PRÁVA V POJISTNÝCH SMLOUVÁCH SJEDNÁVANÝCH NA DÁLKU SE ZAMĚŘENÍM NA CESTOVNÍ POJIŠTĚNÍ[1]

CHOICE OF LAW IN DISTANCE INSURANCE CONTRACTS WITH FOCUS ON TRAVEL INSURANCE

Abstrakt: Každý z nás někdy využil cestovní pojištění. Byla však volba práva platná? Příspěvek se zabývá možnostmi volby práva při sjednávání pojistných smluv na dálku, a to s využitím elektronických prostředků v kontextu práva EU. Jak u spotřebitelských, tak i u pojistných smluv existují určitá omezení ve prospěch zákazníka, která se mohou vzájemně kombinovat. Volba práva se tak může ukázat jako neplatná, resp. i při platné volbě se mohou uplatnit ochranné prvky práva státu, kde zákazník žije. Cílem příspěvku je objasnit možnosti, které při distribuci pojištění poskytuje evropská právní úprava v případě online distribuce, a to s důrazem na cestovní pojištění.

Abstract: Each of us has ever used a travel insurance. Was the choice of law valid? This paper deals with the possibilities of choice of law in distance contracting, – using electronic means in EU law context. For both consumer and insurance contracts, there are certain restrictions in favor of the customer, which can be combined with each other. The choice of law may thus prove to be invalid, resp. even with a valid choice, the protective elements of the law of customer´s residence may apply. The aim of the paper is to clarify the possibilities provided by European legislation in the online distribution, with emphasis on travel insurance.

Klíčová slova: *volba práva, pojištění, spotřebitel, elektronická kontraktace, cestovní pojištění.*

Key words: *choice of law, insurance, consumer, electronic contracting, travel insurance.*

1. Cíl příspěvku

Tento příspěvek se zabývá volbou práva v pojistných smlouvách, které jsou sjednávány na dálku, se zaměřením na spotřebitele a využití elektronické kontraktace. Autor nejprve zmiňuje možnosti volby práva u širšího okruhu pojistných smluv. Ovšem právě s ohledem na to, že u většiny z nich jsou mantinely volby práva jasně stanoveny, se následně zaměřuje na cestovní pojištění, u kterého lze využít více možností. Cílem příspěvku je tedy objasnit možnosti volby práva čistě v rámci evropské právní úpravy, a to právě se zamě-

1 Výzkum byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy (projekt č. 650420).

řením na sporné situace. Autor si na základě prvotní analýzy této problematiky položil otázku, zda lze v případě cestovního pojištění zvolit právo odlišné od místa bydliště či „fyzického výskytu“ spotřebitele, a to zejména když cestovní pojištění kryje rizika uvnitř i vně EU, jak je to pro tento typ smluv běžné. Odpověď je možné nalézt ve výkladu pojmů členský stát, ve kterém si pojistník pojištění sjednal, a zaměření činnosti.

2. Použitelné právo

Podle zásad mezinárodního práva soukromého by volba práva měla mít přednost před ostatními způsoby určení. Ovšem v rámci pojistných a spotřebitelských vztahů je zásadním způsobem limitována. Základním prvkem práva Evropské unie, které určuje možnosti volby práva pro smluvní vztahy, je nařízení Řím I.[2] Vůči pojistným i spotřebitelským smlouvám jsou jím dané možnosti značně restriktivní a navíc se vzájemně kombinují.

U pojistných smluv vyjma těch, které kryjí velká rizika, lze zvolit některou z těchto variant:[3]

a) „právo jakéhokoli členského státu, v němž se nachází riziko v okamžiku uzavření smlouvy;

b) právo země, v níž má pojistník své obvyklé bydliště;

c) v případě životního pojištění právo členského státu, jehož je pojistník státním příslušníkem;

d) v případě pojistných smluv kryjících rizika omezená na události, k nimž došlo v jednom členském státě, a to v jiném, než je členský stát, v němž se riziko nachází, právo tohoto státu;

e) v případě pojistníka se smlouvou spadající pod tento odstavec, který provozuje profesionální nebo podnikatelskou činnost nebo vykonává svobodné povolání a pojistná smlouva kryje dvě či více rizik vztahujících se k této činnosti a nacházejících se v různých členských státech, právo kteréhokoli z těchto členských států nebo právo země, v níž má pojistník své obvyklé bydliště.“

Dle směrnice Solventnost II.[4] je pojišťovna jak před uzavřením pojistné smlouvy neživotního,[5] tak i životního[6] pojištění povinna informovat pojistníka o rozhodném právu v případě nemožnosti výběru, a tam kde možnost výběru existuje, o rozhodném právu, které navrhuje pojistitel.[7]

Je třeba počítat s omezeními jak ve prospěch spotřebitele, tak i pojistníka, a to i ve vzájemné kombinaci. I pokud je zvoleno právo odlišné od domovského práva spotřebitele, mohou se uplatnit některá pravidla tohoto domovského práva.

---

2 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy.

3 Nařízení Řím I., čl. 7 odst. 3.

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

5 Směrnice Solventnost II., čl. 183 odst. 1 písm. a) a b).

6 Směrnice Solventnost II., čl. 185 písm. m).

7 Směrnice Solventnost II., čl. 183 odst. 1 písm. b).

2.1 Stát, ve kterém se nachází riziko v okamžiku uzavření smlouvy

Dle směrnice Solventnost II.[8] se „členským státem, ve kterém se nachází riziko“ rozumí kterýkoli:

a) „členský stát, ve kterém se nachází majetek, pokud se pojištění vztahuje buď na budovy, nebo na budovy a jejich obsah, pokud je obsah kryt stejnou pojistnou smlouvou;

b) členský stát registrace, pokud se pojištění vztahuje na vozidla jakéhokoli typu;

c) členský stát, ve kterém pojistník uzavřel pojistnou smlouvu, pokud se jedná o pojistné smlouvy na dobu maximálně čtyř měsíců, které kryjí rizika na cestách nebo o dovolených, bez ohledu na odvětví;

d) ve všech případech, které nejsou výslovně zahrnuty v písmenech a), b) nebo c), členský stát, ve kterém se nachází:

i) bydliště pojistníka, nebo

ii) je-li pojistník právnickou osobou, provozovna pojistníka, ke které se smlouva vztahuje;...“

V tomto případě nejde o varianty, mezi kterými by bylo možné volit, ale pravidlo, dle kterého se „místo rizika“ určuje pro jednotlivé typy pojištění. Zaměříme-li se na nabídku cestovního pojištění na internetu, nepřipadá často volba práva v úvahu vůbec, natož s ohledem na bydliště pojistníka. Má-li být volba práva jiného právně ospravedlnitelná, je třeba vycházet z možností, které skýtá právě umístění rizika v době uzavření pojištění, neboť volba práva státu, na jehož území je výlučně omezeno pojistné krytí, by připadala v úvahu jen pro pojistnou smlouvu vztaženou právě na tento jediný stát.[9] Umělá konstrukce použitá v Solvency II. “umisťuje” riziko tam, kde se ve skutečnosti není, tedy do země pobytu pojistníka nebo tam, kde byla pojistka sjednána, ačkoliv pojistné krytí nastává obvykle až po opuštění takového místa.

2.2 Stát, v němž má pojistník své obvyklé bydliště

Hraničním určovatelem místo, kde spotřebitel stabilně žije a má sociální vazby (nejedná se o evidenční údaj), nebo kde má podnikatel skutečné sídlo.[10] Výraz bydliště je důsledkem nepřesného překladu.[11]

2.3 Státní příslušnost pojistníka u životního pojištění

Státní příslušnost pojistníka je jasnou variantou, bude se tedy jednat o občanství u fyzické osoby a místo registrovaného sídla u osoby právnické.

---

8 Směrnice Solventnost II., čl. 13 odst. 13.

9 Nařízení Řím I., čl. 7 odst. 3 písm. d).

10 McPARLAND, M.: *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations.* 897 s. OUP Oxford 2015.

11 Nařízení Řím I., čl. 7 odst. 3 písm. b) používá v anglickém znění termín *„where the policy holder has his habitual residence“.*

2.4 Pojistná smlouva kryjící rizika omezená na události, k nimž došlo v jednom členském státě, a to v jiném, než je členský stát, v němž se riziko nachází

Zde lze tedy zvolit právo jediného státu, když má pojistná smlouva krýt rizika omezená na události, které se stanou právě v tomto jediném státě. V tomto kontextu je třeba upozornit na vhodnou formulaci – tedy krytí rizik omezených na události v určitém státě, a to v kontrastu s pojmem „umístění rizika," který vůbec nemusí odpovídat místu, kde mohou kryté pojistné události nastat. Je tedy třeba rozlišovat mezi umístěním rizika a krytím rizika události, která se stane v určitém státě. Zde např. pojistník (spotřebitel i drobný podnikatel), který vycestuje do určitého státu, může uzavřít neživotní pojistnou smlouvu dle jeho práva (např. úrazové pojištění), ale kryta mohou být pouze rizika v tomto státě.

2.5 Pojistník je podnikatel a pojistná smlouva kryje dvě či více rizik vztahujících se k této činnosti a nacházejících se v různých členských státech

Tato varianta připadá v úvahu pouze u podnikatelských rizik a je možno zvolit jak místo sídla podnikatele, tak právo kteréhokoli členského státu, kde se podnikatelské aktivity uskutečňují – musí být však kryta alespoň dvě rizika (např. úraz a škody na majetku). Příkladem může být malý podnikatel, který provádí montáže technických zařízení v zahraničí, a proto může zvolit právo některého z těchto států. Velký podnikatel volí již právo bez tohoto omezení, a to z důvodu „kvalifikace do úrovně" velkých rizik, např. díky výši obratu.

3. Možnosti výkladu v případech elektronické kontraktace – jsou kryta jen rizika v rámci EU

3.1 Varianty, kde lze právo volit flexibilně

Autor výše provedl výčet a výklad jednotlivých situací a aplikovatelných variant volby práva pro pojistné smlouvy. Níže uvedené varianty pak umožňují širší výklad v kontextu distanční kontraktace. Jednat se tedy bude o případ, kdy je možno zvolit *„právo jakéhokoli členského státu, v němž se nachází riziko v okamžiku uzavření smlouvy.*[12]*"* Toto lze flexibilně určit v těchto případech:

1) *„členský stát, ve kterém pojistník uzavřel pojistnou smlouvu, pokud se jedná o pojistné smlouvy na dobu maximálně čtyř měsíců, které kryjí rizika na cestách nebo o dovolených, bez ohledu na odvětví;*[13]

2) *ve všech případech, které nejsou výslovně zahrnuty v písmenech a), b) nebo c), členský stát, ve kterém se nachází: je-li pojistník právnickou osobou, provozovna pojistníka, ke které se smlouva vztahuje; …"*[14]

Autor se z důvodu rozsahu tohoto článku omezí na cestovní pojištění, které si individuálně sjednává spotřebitel.

12 Nařízení Řím I., čl. 7 odst. 3 písm. a).

13 Směrnice Solventnost II., čl. 13 odst. 13 písm. c).

14 Směrnice Solventnost II., čl. 13 odst. 13 písm. d).

3.2 Limity volby práva – spotřebitel a pojištění

Preambule nařízení Řím I. uvádí, že kvůli zvláštní povaze přepravních a pojistných smluv, která zajišťují odpovídající úroveň ochrany cestujících a pojistníků, by se na takové smlouvy neměl článek 6. (tedy úprava ochrany spotřebitele) použít.[15] Hned v následujícím článku však dodává, že *„pokud pojistná smlouva, která nekryje velké riziko,[16] kryje více rizik, z nichž alespoň jedno se nachází v členském státě a alespoň jedno se nachází ve třetí zemi, měla by se zvláštní pravidla pro pojistné smlouvy v tomto nařízení vztahovat pouze na riziko nebo rizika nacházející se v příslušném členském státě nebo členských státech."*[17] V návětí čl. 6 se uvádí, že jím stanovená pravidla se uplatní, aniž jsou dotčeny články 5 a 7 (a ty by tak vůči němu měly být v poměru speciality). Není však bohužel zcela jasné, zda články 32 a 33 preambule vylučují aplikaci článku 6 v rámci jedné pojistné smlouvy pouze na rizika uvnitř EU, nebo se vztahují na smlouvu celou, kryjící rizika uvnitř i vně EU zároveň.[18]

Čl. 6 odst. 4 navíc vylučuje aplikaci pravidel dle čl. 6 odst. 1 pouze pro určité typy smluv, mezi nimiž zde pojistné smlouvy, na rozdíl od preambule, uvedeny nejsou. Je tedy otázkou, zda sama preambule skutečně vylučuje pojistné smlouvy z působnosti čl. 6, neboť sama o sobě závazná není. Slouží jako sice závazné, ale stále pouhé interpretační vodítko tam, kde není smysl nařízení zřejmý.[19] Konkrétní postup bude samozřejmě záviset na právním řádu členského státu, dle něhož bude volba práva probíhat.

Lze vycházet z těchto předpokladů:

I. čl. 6 nařízení Řím I. se neuplatní na volbu práva ve spotřebitelských smlouvách, které kryjí rizika pouze v rámci Evropské unie (EU); v takovém případě se uplatní čl. 7 jako speciální pravidlo pro volbu práva v pojistných vztazích.

II. čl. 7 nařízení Řím I. se uplatní pro volbu práva ve spotřebitelských smlouvách, které kryjí rizika jak v rámci EU, tak mimo ni, ovšem pouze ve vztahu k rizikům v rámci EU. Pro rizika mimo EU by se tak uplatnil čl. 6 nařízení Řím I. Ačkoliv nic nebrání tomu, aby se určitá část smlouvy řídila jiným právem než jiná, byl by takový režim krajně nepraktický. Pokud by se celá smlouva měla řídit jedním právním řádem, nesměla by být volba práva v rozporu s čl. 6 ani s čl. 7 nařízení Řím I.

III. Článek 7 odst. 1 nařízení Řím I. vylučuje aplikaci celého čl. 7 na pojistné smlouvy kryjící hromadná rizika[20] umístěná výlučně mimo EU, a proto takové smlouvy budou předmětem obecných pravidel určení práva dle čl. 3 a 4 nařízení Řím I. Pokud pojistník jedná jako spotřebitel, aplikuje se zde čl. 6 a tedy mandatorní pravidla ochrany slabší strany dle práva takto určeného státu.

---

15 Nařízení Řím I., preambule, čl. 32.

16 Ačkoliv se nařízení Řím I. odkazuje ještě na směrnici Rady 73/239/EHS ze dne 24. července 1973, velké riziko je aktuálně definováno v čl. 13 odst. 27 směrnice Solventnost II. – zjednodušeně řečeno se jedná o pojištění dopravních prostředků, přepravy, odpovědnosti za škody a platební schopnosti tam, kde je pojistníkem velký podnikatelský subjekt.

17 Nařízení Řím I., preambule, čl. 33.

18 STONE, P.: EU *Private International Law, Third Edition.* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, s. 359.

19 Recital (EU). Glossary. In thomsonreuters.com. [online]. Dostupné z: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-6368?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true>. [cit. 10. 11. 2020].

20 Jedná se o veškerá jiná rizika, než rizika definována jako velká (tedy zjednodušeně řečeno podnikatelská, u kterých je volba práva neomezená).

3.3 Cestovní pojištění v délce trvání max. 4 měsíců v rámci čl. 7 odst. 3 nařízení Řím I.

Zde je možné uzavřít smlouvu podle práva státu, ve kterém pojistník uzavřel pojistnou smlouvu. Originální anglické znění směrnice Solventnost II.[21] pak pracuje s lidovějším termínem *„where the policy holder took out the policy"*. Bohužel znění vztahující umístění rizika ke členskému státu, kde pojistník pojistku uzavřel, bylo převzato z předchozí právní úpravy vzniklé v období, kdy žádné uzavírání smluv online neexistovalo, neboť neexistoval ani internet.[22]

Odpověď na otázku, jak na pozadí evropské právní regulace platně zvolit režim jediného právního řádu bez ohledu na to, kde žijí či se zdržují pojistníci, dává Směrnice o elektronickém obchodu.[23] Ta tvoří obecný právní rámec umožňující poskytování jakéhokoliv zboží či služeb přes internet.[24] Je možné ji použít za účelem interpretace čl. 13 odst. 13 písm. c) směrnice Solventnost II. Ačkoliv se evropská právní regulace pojišťovnictví výslovně neodvolává na odpovídající právní úpravu elektronického obchodu, rovněž ji nevylučuje. ECD neovlivňuje volbu práva – ta pouze nesmí mít za následek zbavení spotřebitele práva na ochranu zajištěnou závaznými pravidly členského státu, ve kterém má obvyklé bydliště, vztahujícími se na smluvní závazky.[25] Je tak třeba najít spojující faktor mezi termínem „stát, kde pojistník uzavřel pojistku" a jasně geograficky určeným místem. Přitom se nelze spoléhat například na IP adresu, ze které byla pojistka uzavřena, protože IP adresy lze snadno měnit – i laik to zvládne za použití specializovaných internetových stránek či programů. IP adresa nepředstavuje reálné místo, kde klient sedí při odesílání příslušného formuláře, čímž dává najevo, že chce být pojištěn. Dle názoru autora může být místem, kde si pojistník pojistku uzavřel i místo, kde je umístěna pobočka internetového pojistitele, jež službu nabízí. Směrnice ECD říká, že místo, kde je poskytovatel služby usazen má být určeno v souladu s judikaturou Soudního dvora, podle níž pojem usazení zahrnuje účinný výkon hospodářské činnosti prostřednictvím stálé provozovny po neurčitou dobu. Místem usazení společnosti poskytující služby prostřednictvím internetu není místo, kde jsou internetové stránky přístupné, ale místo, kde společnost vykonává svou hospodářskou činnost. Český překlad zde využívá nevhodný termín „stálé zařízení", jehož gramatický výklad může evokovat cokoliv, jen ne původní termín *„fixed establishment"*, který pochopitelně představuje stálou provozovnu. Je tedy třeba vycházet z jazykové verze, která nejvíce odpovídá kontextu a účelu daného ustanovení. [26] Stálé zařízení lze snadno vykládat jako nějaký hardware, server umístěný v určité zemi, což je výklad chybný. Evropská komise již v roce 2000 uvedla[27], že tímto

21 Solvency II., čl. 13, odst. 13.

22 Druhá směrnice Rady č. 88/357/EHS z 22. června 1988 o o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přímého pojištění jiného než životního, kterou se stanoví opatření k usnadnění účinného výkonu volného pohybu služeb a kterou se mění směrnice 73/239/EHS, Článek 2 (d).

23 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu.

24 MARANO, P. ROKAS, I. KOCHENBURGER, P.: *The Dematerialized Insurance.* Cham: Springer, 2016, s.200.

25 Směrnice ECD, preambule, čl. 55.

26 K tomu např.: SEMINARS ON QUALITY OF LEGISLATION How to interpret legislation which is equally authentic in twenty languages Lecture by Advocate General Francis Jacobs, Brussels, 20 October 2003 [online]. 2003. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/agjacobs_summary.pdf>. [cit. 15. 12. 2020].

27 Insurance: Commission clarifies concepts of freedom to provide services and general good. IP/00/122 Brussels, 8 February 2000. In europa.eu [online]. Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-122_en.htm>. [cit. 2018-04-15].

„establishmentem“ se myslí sídlo poskytovatele pojišťovacích služeb nebo jeho pobočky a nikoliv místo, kde jsou umístěny technologické prostředky určené k poskytování služeb. V případech, kdy má poskytovatel několik míst usazení, je důležité určit, z kterého místa usazení je daná služba poskytována. Jestliže je obtížné určit z několika míst usazení místo, ze kterého je daná služba poskytována, je třeba určit to, kde má poskytovatel pro danou službu středisko činností (v anglickém znění je uvedeno *„the place where the provider has the centre of his activities relating to this particular service“*). [28]

Lze tak dojít k závěru, že pakliže pojistník uzavře pojistnou smlouvu prostřednictvím webového formuláře, pak pojištění uzavře v členském státě, kde je umístěna provozovna distributora pojištění, tedy jeho sídlo či sídlo jeho organizační složky (zahraniční pobočka).

Takové určení bude pravděpodobně nepoužitelné v případě, kdy bude smlouva uzavírána prostřednictvím e-mailové zprávy. Zpráva obsahující objednávku totiž neposkytuje informace o geografickém umístění webového serveru, na kterém je e-mailová služba provozována, což navíc nekoresponduje s fyzickou přítomností spotřebitele, když zadává objednávku služeb. Takový spotřebitel může mít rovněž e-mailovou adresu založenou na serveru umístěném v jiné zemi, než kde bydlí.[29]

3.4 Spotřebitel jako strana smlouvy v případě, že se čl. 7 nařízení Řím I. neuplatní

Článek 6 nařízení Řím I. se vztahuje na smlouvy kryjící rizika mimo EU a pokud je nabídka pojistných služeb blíže neurčeným způsobem zaměřena na členský stát, ve kterém spotřebitel žije, musí se smlouva řídit národním právem tohoto státu. Pokud není žádná z následujících podmínek splněna, není volba práva omezena. Smlouva se tedy bude řídit právem země, v níž má spotřebitel obvyklé bydliště, pokud:

a) obchodník provozuje svou profesionální nebo podnikatelskou činnost v zemi, kde má spotřebitel své obvyklé bydliště, nebo

b) se jakýmkoli způsobem taková činnost na tuto zemi nebo na několik zemí včetně této země zaměřuje.

S ohledem na chybějící judikaturu k volbě práva je třeba vycházet z rozhodovací praxe ESD[30] týkající se určení soudní příslušnosti, založené na nařízení Brusel I. (bis).[31] Jedná se o rozhodnutí ve věci Pammer a Alpenhof.[32]

Evropský parlament ve svém legislativním usnesení týkajícím se návrhu nařízení Řím I. nepřijal znění, podle kterého by podnikatel musel *„cíleně zaměřovat svou činnost podstatným způsobem“* na jiné členské státy nebo na více zemí, včetně členského státu, na jehož území má spotřebitel své bydliště. Důsledkem takového znění by totiž bylo oslabení

28 Směrnice ECD, Preambule, čl. 19.

29 SEATZU, F.: *Insurance in private international law: A European Perspecitve*. Portland: Hart Publishing, 2003, s. 245.

30 Evropský soudní dvůr.

31 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 (přepracované znění původního nařízení č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2001) – tedy tzv. nařízení Brusel I. bis.

32 Rozsudek Soudního dvora (Velkého senátu) ze 7. prosince 2010 ve spojených věcech C-585/08 a C-144/09 Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) a Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09).

ochrany spotřebitele tím, že by byl vyžadován důkaz vůle podnikatele vyvíjet v takových jiných členských státech činnost v určitém rozsahu.[33]

Jinými slovy – i pokud není prokázán záměr podnikatele prodat svoji službu či zboží v určité zemi, může právo takové země přesto aplikovat. ESD dále podává demonstrativní výklad spojujících faktorů, které mohou představovat důkazní prostředky zaměření činnosti na členský stát, kde má spotřebitel obvyklé bydliště. V anglickém znění jsou popsány jako *„matters capable of construing evidence“*, český překlad uvádí *„indicie umožňující se domnívat“*. Jedná se např. o telefonické spojení s mezinárodní předvolbou, použití jiné domény či jazyka než odpovídající sídlu distributora, nebo poněkud kuriozní uvedení mezinárodní klientely či popis cesty do místa poskytování služeb.

3.5 Spotřebitel jako strana smlouvy v režimu čl. 7 nařízení Řím I., cestovní pojištění v délce trvání více než 4 měsíce

U smluv delšího trvání se již aplikaci práva země bydliště spotřebitele nelze vyhnout, jedná se o volbu legislativou EU preferovanou. Tento režim dovoluje vyšší úroveň ochrany pojistníků s tím, že zákazníci pojišťující menší rizika pravděpodobně nemají zdroje k tomu, aby se zabývali zahraničním právem. Takoví zákazníci mají pravděpodobně lepší znalost práva země, ve které žijí nebo ve které je umístěno riziko.[34]

Článek 7 se vztahuje na smlouvy kryjící rizika uvnitř EU. Volba práva se zde řídí dle pojistníka, bez ohledu na to, zda je spotřebitelem či nikoliv, a to místem jeho obvyklého pobytu či skutečného sídla, jak bylo popsáno výše. Sekundárně pak místem, kde je umístěno riziko v okamžiku uzavření smlouvy. Toto riziko je však opět umístěno tam, kde pojistník žije či podniká. Je však třeba podotknout, že cestovní pojištění by nemělo krýt rizika v zemi, kde se klient hodlá trvale zdržovat a jejíž zákony by měl znát a řídit se jimi – v takovém případě by v oné zemi měl mít standardní sociální a zdravotní pojištění. Pokud někteří klienti nákladnou účast na sociálním a zdravotním v pojištění v takové cílové zemi obcházejí opakovaným sjednáváním cestovního pojištění, není to jistě společensky žádoucí varianta.

Závěr

Na otázku vytyčenou v úvodu lze tedy odpovědět následujícím způsobem:

Pojistné smlouvy kryjící hromadná rizika umístěná výlučně mimo EU budou předmětem obecných pravidel určení práva dle čl. 3 a 4 nařízení Řím I., tzn. volba je ponechána účastníkům smluvního vztahu. Pokud takovou smlouvu sjedná pojistník v postavení spotřebitele, aplikuje se na ni čl. 6 a tím pádem mandatorní pravidla ochrany slabší strany dle práva takto určeného státu; právo takového státu bude třeba použít, pokud se na jeho obyvatele či území nabídka pojištění zaměřuje. Jestliže ale pojistná smlouva kryje rizika výlučně v rámci EU, uplatní se čl. 7 jako speciální pravidlo pro volbu práva v pojistných vztazích.

33 Rozsudek Pammer a Alpenhof, bod 82.

34 Expert Group on European Insurance Contract Law Meeting of 15-16 May 2013 discussion paper 21: Differences in insurance contract laws and the existing eu legal framework. In web.actuaries.ie [online]. Dostupné z: <https://web.actuaries.ie/sites/default/files/erm-resources/differences_in_insurance_contract_laws_and_the_existing_eu_legal_framework.pdf>. [cit. 15. 4. 2018].

Trvá-li cestovní pojištění nejvýše 4 měsíce a kryje-li rizika pouze v rámci EU, je možné uzavřít smlouvu podle práva státu, ve kterém pojistník uzavřel pojistnou smlouvu; dle názoru autora to může být právo státu, kde je umístěna provozovna distributora, který umožňuje uzavření pojištění online. Pokud tato smlouva kryje rizika v rámci EU společně s riziky mimo EU, může být právo umístění provozovny využito opět jen tehdy, když se distribuce nebude zaměřovat na zákazníky v určitém státě. Jinými slovy v situaci, kdy bude spotřebitelská pojistná smlouva krýt jak rizika v rámci, tak mimo EU, nesmí být volba práva v rozporu s čl. 6 ani s čl. 7 nařízení Řím I.

Zaměření činnosti však nebylo dosud jasně definováno a nelze tedy říci, že pokud někdo aktivně nenabízí služby v určité zemi, nebude taková činnost i přesto označena jako zaměření služeb, třeba jen proto, že použije jazyk, který je v takové zemi rovněž užíván. Lze doufat, že pokud je koupě cestovního pojištění pouze dostupná online, tj. bez jakékoli prokazatelné aktivity, která může být vztažena ke konkrétnímu členskému státu, není zde právní důvod pro podřazení následně vzniklého smluvního vztahu právnímu řádu státu, kde má kontrahující spotřebitel obvyklý pobyt, tzn. včetně pravidel ochrany spotřebitele takové země nebo nutnosti překladu smlouvy či pojistných podmínek do jazyka takové země. Ačkoli to může být v důsledku ke škodě spotřebitele, bezpečnějším řešením ze strany distributora pojištění je nepoužívat jazykové mutace webových stránek. Tento příspěvek vychází z rigorózní práce autora,[35] na jejímž základě je zpracován.

LITERATURA

[1] KULT, A.: *Poskytování pojišťovacích služeb online.* Rigorózní práce. Univerzita Karlova v Praze. 2018.

[2] MARANO, P. a kol.: *The Dematerialized Insurance. Cham: Springer*. 2016, 395 s. ISBN 978-3-319-28410-1.

[3] McPARLAND, M.: *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*. OUP Oxford. 2015, 897 s. ISBN: 9780199654635.

[4] SEATZU, F.: *Insurance in Private International Law: A European Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2003, 313 s., ISBN 9781841133355.

[5] STONE, P.: EU *Private International Law: Third Edition*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, 580 s., ISBN: 9781782544500.

[6] Expert Group on European Insurance Contract Law Meeting of 15-16 May 2013 discussion paper 21: Differences in insurance contract laws and the existing eu legal framework. In web.actuaries.ie [online]. Dostupné z: https://web.actuaries.ie/sites/default/files/erm-resources/differences_in_insurance_contract_laws_and_the_existing_eu_legal_framework.pdf.

[7] Insurance: Commission clarifies concepts of freedom to provide services and general good. IP/00/122 Brussels, 8 February 2000. In europa.eu [online]. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-122_en.htm.

35 KULT, A.: *Poskytování pojišťovacích služeb online*. Rigorózní práce. Univerzita Karlova v Praze. 2018.

[8] Recital (EU). Glossary. In thomsonreuters.com. [online]. Dostupné z: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-6368?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

[9] SEMINARS ON QUALITY OF LEGISLATION How to interpret legislation which is equally authentic in twenty languages Lecture by Advocate General Francis Jacobs, Brussels, 20 October 2003 [online]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/agjacobs_summary.pdf.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. PhDr. Alexander Kult
Katedra finančního práva
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
nám. Curieových 901/7
116 40 Praha
E-mail: kult@email.cz

Petr Pospíšil sobeit@post.cz

SYSTÉM INVESTIČNÍCH SOUDŮ NAVRŽENÝ EVROPSKOU KOMISÍ

INVESTMENT COURT SYSTEM PROPOSED BY THE EUROPEAN COMMISSION

Abstrakt: Systém řešení investičních sporů založený na investiční arbitráži známé jako řešení sporů investor-stát (ISDS) je předmětem značné kritiky. Evropská komise by proto ráda vytvořila stálý systém investičních soudů (ICS). Základy systému investičních soudů jsou již stanoveny ve smlouvě o volném obchodu s Kanadou (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA). Příspěvek se proto zaměří na důvody navržení systému investičních soudů, nástin jeho hlavních rysů a zhodnocení pozitiv a negativ systému včetně překážek, s nimiž se pravděpodobně setká. Cílem příspěvku je na základě metody analýzy zhodnotit ICS a jeho zasazení o reformu mezinárodního investičního práva.

Abstract: Investment dispute settlement system based on investment arbitration and known as investor-state dispute settlement (ISDS) is a subject of substantial criticism. The European Commission would therefore like to set up a permanent system of investment courts. The fundamentals of the Investment Court System are already established in the Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA. The article will therefore focus on the reasons for designing a system of investment courts, an outline of its main features and an evaluation of the pros and cons of the system, including the obstacles it is likely to encounter. The purpose of this article is to analyse ICS and its positioning into efforts to reform international investment law.

Klíčová slova: *ochrana investic, Evropská unie, řešení sporů investor-stát, systém investičního soudu.*

Key words: *investment protection, European Union, investor-state dispute settlement, investment court systém.*

Úvod

Současné mezinárodní investiční dohody formulují standardy ochrany, které přiznávají zahraničním investorům právo podávat žaloby proti suverénním státům před mezinárodními arbitrážními soudy. Tento mechanismus řešení sporů je známý jako urovnávání sporů mezi investorem a státem (Investor State Dispute Settlement - „ISDS“). V posledních letech však byla legitimita ISDS předmětem silné kritiky. V této souvislosti kritici usilují o struktu-

rální reformy systému, zatímco zastánci status quo se zasazují o potřebu zachovat základní prvky systému s některými změnami.[1]

Kritici ISDS uvádí například protichůdná rozhodnutí tribunálů, potenciální střet zájmů jednotlivců jednajících zároveň jako poradci a rozhodci v podobných případech a újmu demokratickým institucím ve prospěch soukromých zájmů. Přestože předchozí pokusy o reformu byly většinou zamítnuty jako předčasné a politicky náročné, nedávný vývoj v Evropské unii (EU) nabral na obrátkách ve prospěch zásadního posunu v systému podporovaného přijetím stálého soudního systému pro řešení investičních sporů. Tento příspěvek tedy vychází z návrhu EU na zavedení systému investičních soudů (Investor Court System – „ICS"), který analyzuji jak z institucionálního, tak z procesního hlediska. V tomto smyslu je doplňkovým cílem zjistit, zda implementace ICS představuje zlepšení oproti současnému stavu tak, jak jej původně navrhla EU v obchodní dohodě o Transatlantickém obchodním a investičním partnerství se Spojenými státy („TTIP") a později rozvinula v dohodě o volném obchodu mezi EU a Kanadou („CETA") a v poslední době také v dohodě o ochraně investic mezi EU a Singapurem, Mexikem a Japonskem.

Za tímto účelem je práce rozdělena do čtyř částí: 1) důvody pro formulaci návrhu systému investičních soudů; 2) nástin hlavních rysů navrhovaného systému investičních soudů EU; 3) pozitiva a negativa systému; a nakonec 4) zhodnocení navrhovaného *de lege ferenda* a překážek, s nimiž se zavedení ICS pravděpodobně setká.

1. Důvody pro formulaci návrhu systému investičních soudů

Kritiku vůči ISDS lze shrnout do tří strukturálních kategorií: 1) nedostatečná konzistence rozhodnutí; 2) nedostatek nestrannosti rozhodců a 3) nedostatečná transparentnost řízení.

Problém rozporuplnosti pramení z toho, že tribunály vydávají protichůdná rozhodnutí v případech zahrnujících podobné soubory skutečností, stran a použitelných zásad. Pozoruhodný příklad rozporů lze nalézt v případech Lauder/CME[2], v nichž různé arbitrážní soudy zabývající se stejnou skutkovou podstatou, téměř totožnými žalobci a podobnými použitelnými normami ochrany s jediným rozdílem spočívajícím v tom, že řízení bylo zahájeno v jiném právním režimu, dospěly k opačným rozhodnutím.

Tradiční ISDS je inspirován principem autonomie smluvních stran a podporuje proto ad hoc výběr rozhodců stranami. Otázka nestrannosti tedy nevyplývá z prvotního jmenování rozhodce, nýbrž z následných jmenování a případů, kdy rozhodce dříve obhajoval nároky investorů týkající se podobných právních otázek.[3] Jádrem problému je tedy střet zájmů jednotlivců jednajících zároveň jako poradci a rozhodci v podobných případech –

1 Blíže k stanoviskům zastánců i odpůrců ISDS viz VANHARTEN, G.: Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. *Osgoode Hall Law Journal* ,vol. 53.2 (2016), s. 540-586; a GARCÍA-BOLÍVAR, O. E.: Permanent Investment Tribunals: The Momentum Is Building Up. In: KALICKI, J. E. – JOUBIN-BRET, A. (eds).: *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden: Brill, 2015, s. 394–402.

2 Výrok arbitrážního soudu UNCITRAL ve věci Ronald S Lauder vs. Česká republika sp. zn. ita0451 ze dne 3. září 2001, bod 160-180 a výrok arbitrážního soudu UNCITRAL ve věci CME Česká republika BV vs. Česká republika sp. zn. ita0180 ze dne 14. března 2003, bod 412 [online]. Rozhodčí nálezy dostupné z https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf a https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf [cit. 29.09.2020].

3 VANHARTEN, G.: Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 53.2 (2016), s. 540–586.

budování jakési „elity rozhodčího řízení“ – spolu s výrazným zájmem rozhodců, kteří mají být v budoucích případech znovu jmenováni.

Kritici se také shodli na nedostatečné transparentnosti v tradičním ISDS. Tento problém pramení ze skutečnosti, že investiční arbitráž se vyvinula z obchodní arbitráže, kde je důvěrnost hlavní zásadou a jednou z jejích charakteristických vlastností.

V návaznosti na tuto kritiku byl návrh systému investičních soudů Evropskou komisí poprvé předložen v roce 2015.[4] Hlavní myšlenkou, která k návrhu vedla, byla snaha o modernizaci systému řešení sporů mezi investory a státy. Důraz byl kladen rovněž na to, aby byl systém založen na demokratických zásadách a podléhal veřejné kontrole.

2. Základní charakteristiky navrhovaného sytému investičních soudů

K základním charakteristikám navrhovaného systému investičních soudů tak, jak byl poprvé Komisí navržen v TTIP a CETA, patří stálé veřejné instituce a nikoliv orgány ad hoc, jakými jsou zpravidla arbitrážní soudy. Nový systém je navržen jako dvoustupňový kvazisoudní systém složený z prvoinstančního patnáctičlenného tribunálu a šestičlenného odvolacího tribunálu. Struktura tak na první pohled připomíná systém řešení sporů ve Světové obchodní organizaci (WTO), na jehož vrcholu je odvolací orgán se sedmi členy jmenovanými členskou základnou WTO. Jeho využití jako vzoru pro ICS však má zastánce[5] i odpůrce.[6] Členové tribunálů ICS budou jmenovaní smluvními stranami na šestileté funkční období, přičemž u prvoinstančního tribunálu bude pět soudců/členů občany EU, pět občanů druhé smluvní strany a pět občanů třetích zemí a obdobně bude toto rozdělení platit v poměru 2:2:2 i u odvolacího tribunálu.

Důraz je kladen rovněž na to, aby spory mezi investorem a státem či mezinárodní organizací byly rozhodovány vysoce kvalifikovanými soudci. Členové tribunálu musejí mít kvalifikaci požadovanou v jejich zemi ke jmenování do soudní funkce nebo být obecně uznávanými právníky a musejí mít prokazatelné odborné znalosti v oblasti mezinárodního práva veřejného. Dále je vhodné, aby měli odborné znalosti zejména v oblasti mezinárodního investičního práva, což je s ohledem na fakt, že ještě v roce 2012 pouze 1,5 % z analyzovaných dvoustranných investičních dohod („BITs“) obsahovalo požadavky na kvalifikaci rozhodců, jistě pozitivní trend.[7]

Možnost investora využít soudní cestu k řešení sporů je jasně definována a omezena jen na relevantní případy, konkrétně se jedná například o diskriminaci na základě pohlaví, rasy, náboženství anebo státní příslušnosti. Vedle diskriminace by pak v souladu

4 Návrh systému investičních soudů Evropskou komisí ze dne 16.09.2015, [online]. Dostupné z https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5651 [cit. 02.12.2020].

5 KATZ, R. L.: Modelling an International Investment Court After the World Trade Organisation Dispute Settlement Body. *Harvard Negotiation Law Review*. 2016, Vol. 22, No. 163, s. 163–188.

6 KHO, S. S. – YANOVICH, A. – BRENDAN, R. C. – STRAUSS, J.: The EU TTIP Investment Court Proposal and the WTO Dispute Settlement System: Comparing Apples and Oranges. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2017, Vol. 32, No. 2, s. 326–345.

7 POHL, J. – MASHIGO, K. – NOHEN, A.: Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements. A Large Sample Survey, *SSRN Electronic Journal*, listopad 2012, s. 27.

s návrhem mělo být možné využít systém investičních soudů také v případech odepření spravedlnosti nebo vyvlastnění.[8]

Samotné soudní řízení by se mělo vyznačovat tím, že bude transparentní a veřejné. Zainteresované strany by měly mít možnost do řízení zasáhnout. Podstatným rysem je přitom skutečnost, že nebude možný spekulativní výběr jurisdikce, který je pro investiční spory poměrně charakteristický. S ohledem na budoucí vývoj je také zajímavé, že EU v textu smlouvy CETA jasně deklaruje i závazek k budoucí multilateralizaci systému, kdy se „Strany spolu s ostatními obchodními partnery zasadí o zřízení mnohostranného tribunálu pro investice a odvolacího mechanismu pro řešení investičních sporů."[9]

Dále je ještě vhodné uvést, že při porovnání návrhu pro TTIP a textů investičních kapitol v dohodě o volném obchodě s Vietnamem a revidované CETA s Kanadou lze velice rychle zjistit, že celá struktura ICS byla podle tohoto vzoru do uvedených dohod prosazena. Přestože se navzájem příslušná ustanovení v detailech liší, základ v návrhu pro TTIP je evidentní a tyto odlišnosti s nejvyšší pravděpodobností můžeme přičíst specifickým požadavkům Vietnamu a Kanady a jedná se o ústupky učiněné Komisí za rychlé přijetí ICS.

3. Analýza systému investičních soudů

3.1 Mezinárodní souvislosti

Evropská unie není zdaleka jediným subjektem, který chce přistoupit k určité formě institucionalizace investičních soudů. Na mezinárodní úrovni byl podobný mechanismus zaveden například i v rámci Hospodářského společenství západoafrických států ECOWAS, kde je ustanoven Soudní dvůr, který by měl investiční spory rozhodovat. Ačkoliv tato varianta nakonec nebyla do praxe zavedena, je možné i v případě afrických zemí nalézt značné výhody řešení investičních sporů prostřednictvím soudního dvora ECOWAS namísto arbitráží, které jsou i v Africe využívány v současné době.[10] Dřívější regionální inciativy v tomto směru lze zaznamenat také na Blízkém východě a Latinské Americe.[11]

Za další významný mezník, který je z pohledu mezinárodních souvislostí relevantní, je možné označit posudek Soudního dvora EU 2/15 ze dne 16. května 2017[12], který se vztahuje k dohodě o volném obchodu mezi EU a Singapurem, měl významný dopad na celou obchodní politiku EU a mimo jiné ovlivnil i vlastní návrh Evropské komise na systém investičních soudů. Samotné řízení, které bylo před Soudním dvorem EU vedeno, bylo ve své podstatě pouhým vyvrcholením dlouhodobých neshod mezi EU a jejími členskými státy

8 Čl. 8.18 Smlouvy Comprehensive Economic and Trade Agreement, též Komplexní hospodářská a obchodní dohoda (CETA) ze dne 30. října 2016 [online], [cit. 29.09.2020].

9 Čl. 8.29 Smlouvy Comprehensive Economic and Trade Agreement, též Komplexní hospodářská a obchodní dohoda (CETA) ze dne 30. října 2016 [online]. Rozhodčí nálezy dostupné z: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_en.htm. [cit. 29.09.2020]. Podobně např. čl. 3.12 investiční dohody mezi EU a Singapurem.

10 HAPPOLD, M.; RADOVIĆ, R.: The ECOWAS Court of Justice as an Investment Tribunal. *The Journal of World Investment & Trade*, 2018, 19.1., s. 95 a násl.

11 Blíže viz GARCÍA-BOLÍVAR, O. E.: Permanent Investment Tribunals: The Momentum Is Building Up. In: KALICKI, J. E. – JOUBIN-BRET, A. (eds).: *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden: Brill, 2015, s. 394–402.

12 Posudek Soudního dvora EU 2/15 ze dne 16. května 2017, [online]. Dostupné z: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=190727&text=&doclang=CS&pageIndex=0&cid=7906762 [cit. 12.10.2020].

o tom, jaká je právní povaha obchodních dohod o volném obchodu, a to zejména ve vztahu k pravomocím tyto dohody sjednávat, uzavírat a podepisovat. Soudní dvůr EU v této souvislosti dovodil, že obchodní dohoda tohoto typu je dohodou smíšeného charakteru a musí ji tedy uzavírat EU společně s členskými státy.

Z hlediska řešení sporů v oblasti přímých zahraničních investic je pak potřeba zmínit, že tento posudek označil kompetence EU v této oblasti za výlučné.[13] Nicméně dohody o volném obchodu a ochraně investic zahrnují více aspektů a musí být proto přijímány jako smíšené, tj. jak ze strany EU, tak i jejích členských států. Tento názor, který zastávala mimo jiné i Česká republika, pak ovšem vede k závěru, že systém investičních soudů nemůže být ustanoven jen ze strany EU, ale na jeho ustanovení se musí podílet i jednotlivé členské státy EU.[14]

3.2 Pozitiva a negativa systému

Systém je dle návrhu Evropské komise tedy ve své podstatě nadnárodní a do značné míry jednotnou alternativou k arbitrážím, které se v této oblasti využívají. Důležité je, že jeho pravomoc je dána, není možné o ní vyjednávat, což je typické právě pro řešení sporů za pomocí arbitráží.[15]

V klasické arbitráži má stát jakožto silnější strana často možnost prosadit si rozhodce, u kterého očekává, že jí bude nakloněn. Někteří rozhodci zastávají v rámci systému ISDS vícero rolí (tzv. double hatting). Mohou být např. právními zástupci stran nebo přizvanými experty v jiných i podobných sporech. Nejedná se přitom o výjimečný jev, ale rozšířenou praxi.[16] Proto je významným pozitivem celého systému investičních soudů to, že rozhodci jsou jmenováni předem v rámci stále struktury na dané období (TTIP) nebo smluvními stranami prostřednictvím Smíšeného výboru, kde jsou v případě CETA zástupci EU, členských států EU a Kanady. S tím se pojí i předpokládaná větší míra nezávislosti a nestrannosti soudců a větší míra transparentnosti. U stálého orgánu lze očekávat také větší míru konzistence v jeho rozhodování, což rovněž podporuje transparentnost, neboť dva podobné případy by měly být rozhodovány stejně.[17]

Text CETA sice stanovuje, že „členové tribunálu jsou nezávislí. Tyto osoby nesmí mít vztah k žádné vládě. Pokud jde o záležitosti týkající se sporu, nejednají podle pokynů žádné organizace nebo vlády. Nezúčastňují se při posuzování jakéhokoli sporu, který by mohl způsobit přímý nebo nepřímý střet zájmů.“[18] Nicméně připojená poznámka pod čarou vyvolává pochybnosti, pokud dovoluje, aby člen tribunálu byl finančně závislý na

13 SVOBODA, O.: Změny společné obchodní politiky po posudku Soudního dvora EU k dohodě o volném obchodu EU–Singapur. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, 2019, č. 2. s. 91–92.

14 ŠTURMA, P.: Budoucnost investiční arbitráže po rozsudku Achmea? *Právnické listy.* 2018, (2)., s. 24–25.

15 SVOBODA, O.: Systém investičního soudu: překotný rozchod Evropské Unie s investiční arbitráží. *Právník*, 2018, č. 4, s. 12–13.

16 V nedávné studii bylo zjištěno, že v 47 % z 1 077 zkoumaných případů alespoň jeden z rozhodců vystupoval jako právní zástupce v jiném sporu. LANGFORD, M. – BEHN, D. – LIE, R. H.: The Ethics and Empirics of Double Hatting. *ESIL Reflections*. 2017, Vol. 6, No. 7, s. 3.

17 BUNGENBERG, M. REINISCH, A.: *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*. New York: Springer Nature, 2019. s. 17–19.

18 Čl. 8.30, odst. 1 CETA.

vládě, která jej nominovala.[19] Nelze tak vyloučit ani situaci, kdy v tribunálu bude zasedat úředník pracující vedle své funkce člena tribunálu pro žalovanou vládu. Oprávněně je tak toto ustanovení označováno za jedno z nejproblematičtějších v celém návrhu, protože danou osobu nebude možné pokládat za zcela nezávislou.

Další výhodou navrženého ICS je mechanismus, který dovoluje odvolání proti všem nálezům prvoinstančních tribunálů a poskytuje personální a institucionální kontinuitu v porovnáním s ad hoc tribunály a má tak potenciál vytvoří konzistentní judikaturu. Zjevnou slabinou odvolacího mechanismu je jednak odklad vykonatelnosti rozsudku, jednak jeho bilaterální povaha, kdy bude mít pravomoc rozhodovat pouze spory na základě dohody mezi EU a druhou smluvní stranou.[20] Sjednocování judikatury tak bude mít omezený dopad v rámci rozhodování podle každé konkrétní bilaterální dohody, kterou EU uzavře. Sledovaný cíl zajištění konzistentní judikatury tribunálu může proto zajistit pouze mechanismus s globálním dosahem. Lze ovšem dovodit, že právě tímto směrem Komise směřuje posílena značným globálním regulatorním přesahem známým jako tzv. Brussels effect.[21]

Důležitou otázkou je také povaha ICS, tedy zda se ve své podstatě jedná o rozhodčí nebo soudní orgán. Návrh Komise je výrazným posunem k institucionalizaci celého mechanismu. Protože strany sporu nemají žádný vliv na složení tribunálu, lze mluvit o kvazisoudním způsobu řešení sporů, což oprávněně vzbuzuje pochybnosti, zda jeho rozhodnutí budou slučitelná s procesními pravidly UNCITRAL[22] a především vykonatelná v souladu s Úmluvou o uznávání a výkonu zahraničních rozhodčích nálezů (Newyorská úmluva z roku 1958) a Úmluvou o řešení sporů z investic mezi státy a státními příslušníky jiných států (Washingtonská úmluva z roku 1965).

V neposlední řadě je zřejmé, že členské státy EU, které musí se zavedením mechanismu ICS souhlasit[23], se zdráhají tento souhlas vyslovit. Mezi negativa dle některých států patří skutečnost, že pokud nemají strany možnost se dohodnout na orgánu, který jejich spor rozhodne, celý proces nabývá silnou politickou dimenzi a může být jednou ze stran posléze zpochybněn. Pochybnosti také vzbuzuje, zda bude dostupné dostatečné množství osob splňujících kritéria kvalifikace rozhodců[24], zvláště pro země jako Vietnam nebo Singapur.

---

19 Poznámka pod čarou č. 12: „Pro upřesnění je třeba uvést, že skutečnost, že určitá osoba pobírá odměnu od vlády, sama o sobě neznamená, že tato osoba není způsobilá stát se členem tribunálu."

20 Srov. SCHREUER, CH.: *Investment Arbitration*. In: ROMANO, P. R. R. – ALTER, K. J. – SHANY, Y. (eds): *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: OUP, 2013, s. 313.

21 BRADFORD, A.: *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*. Oxford University Press, 2. března 2020, s. 25 a násl.

22 CHARRIS-BENEDETTI, J. P.: The proposed Investment Court System: does it really solve the problems? *Revista Derecho del Estado*, 2019, č. 42, s. 83 a násl.

23 ŠTURMA, P.: Budoucnost investiční arbitráže po rozsudku Achmea? *Právnické listy*. 2018, (2). s.24–25.

24 BEATENS, F.: The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticism of InvestorState Arbitration While Raising New Challenges, *Legal Issues of Economic Integration* 43, no. 4 (2016), s. 370.

Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo zhodnotit systém ICS a stanovit, zda představuje zlepšení oproti současnému stavu v podobě ISDS. V podstatě všechny státy dnes přicházejí z důvodu menší či větší nespokojenosti s návrhy na změny ISDS nebo jeho alternativami. Vytvoření ICS, hybridního sui generis orgánu[25], je jistě součástí širšího trendu institucionalizace a judicializace mezinárodního práva. Je však nutné jej v prvé řadě vnímat jako odpověď na kritiku ISDS rozšířenou v řadě členských států EU a částech evropské občanské společnosti. Návrh se proto pokouší reagovat na některé z nejčastěji vytýkaných vad ISDS, především co se týče osob rozhodců a nekonzistentního a nepředvídatelného rozhodování.

Koncept ICS vzbuzuje také řadu nových pochybností. Především není jasné, nakolik bude ICS prakticky využitelný pro investory. Smluvní strany mohou jmenovat do tribunálů rozhodce, kteří nebudou mít žádné pochopení pro legitimní zájmy investorů, kteří pak ztratí v tento systém důvěru. Řízení se může s odvolacím stupněm stát také zdlouhavé, a tedy opět pro investory méně atraktivní. Navíc existuje riziko, že i konečné rozhodnutí ve prospěch investora nebude mimo území smluvních stran vykonatelné.

Zároveň bude nutné o užitečnosti nového systému přesvědčit také členské státy EU, pro které může být volba rozhodce často výhodnějším řešením.[26] S tím souvisí i otázka, nakolik je tento model dlouhodobě udržitelný, pokud se nepodaří dosáhnout deklarovaného cíle mnohostranného soudu.

Jako nanejvýš žádoucí se jeví vyjasnění a kodifikace povahy ICS tak, aby jeho rozhodnutí byla vykonatelná podle Newyorkské a Washingtonská úmluvy. Sjednocování judikatury naráží na omezení bilaterálních dohod EU, které může plně vyřešit pouze mechanismus s globálním dosahem. Dále lze doporučit bezodkladnost vykonatelnosti rozhodnutí v prvním stupni.

Za účelem vytvoření nezávislého a nestranného mechanismu, který bude mít důvěru států i investorů, by měla být následována Doporučení z Osla k posílení legitimity mezinárodních soudů, např. otevřené a transparentní nominace a výběr, více kandidátů na jedno místo nebo prokázání jejich nezbytné odbornosti a kompetence.[27] Měla by také být připuštěna možnost jmenovat do rozhodčího výboru občany třetích stran, což by mělo přispět k vyšší nestrannosti soudu.

Návrh Evropské unie je tedy možné v tomto kontextu chápat jako důležitý obrat, kdy se EU jako první významný aktér systému odhodlal k zásadním změnám ve svém přístupu k řešení investičních sporů a ochraně investic obecně. Že řada dalších zemí sdílí toto přesvědčení, potvrzují výsledky ve vyjednáváních s Kanadou, Vietnamem a Mexikem i probíhající debata na půdě Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo.

✪ ✪ ✪

25 LAVRANOS, N.: How the European Commission and the Member States Are Reasserting Their Control over Their Investment Treaties and ISDS Rules, *Cambridge University Press*, vol. 1 (2016), s. 321.

26 HENDRYCH, L.: Komise chce prosadit systém stálých investičních soudů. Kromě zbytku světa musí přesvědčit i členské státy. EURACTIV.cz – Evropská unie v českých souvislostech [online, 2018]. Dostupné z: https://euractiv.cz/section/ekonomika/news/komise-chce-prosadit-system-stalych-investicnich-soudu-krome-zbytku-sveta-musi-presvedcit-i-clenske-staty/ [cit. 28.09.2020].

27 Oslo Recommendations for Enhancing the Legitimacy of International Courts, 26. 7. 2018. Dostupné z: https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/geir-ulfstein/2018-08-01-biij.html [cit. 06-10-2020].

LITERATURA

[1] BEATENS, F.: The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticism of InvestorState Arbitration While Raising New Challenges, Legal Issues of Economic Integration 43, no. 4 (2016).

[2] BRADFORD, A.: *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*. Oxford University Press, 2. března 2020, ISBN: 780190088583.

[3] BUNGENBERG, M. REINISCH, A.: *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*. New York: Springer Nature, 2019. ISBN 9783662597323.

[4] DIETZ, T. DOTZAUER, M. COHEN, E. S.: The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system. *Review of International Political Economy*, 2019, č. 4. ISSN 1466-4526.

[5] HAPPOLD, M. RADOVIĆ, R.: The ECOWAS Court of Justice as an Investment Tribunal. *The Journal of World Investment & Trade*, 2018, 19.1: ISSN 1660-7112.

[6] HÜBNER, K.: *Europe, Canada and the Comprehensive Economic Partnership Agreement*. New York: Routledge, 2011. ISBN 9781136741319.

[7] CHARRIS-BENEDETTI, J. P.: The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?. *Revista Derecho del Estado*, 2019, č. 42, ISSN 0122-9893.

[8] KATZ, R. L.: Modelling an International Investment Court After the World Trade Organisation Dispute Settlement Body. *Harvard Negotiation Law Review*. 2016, Vol. 22, No. 163.

[9] KHO, S. S. – YANOVICH, A. – BRENDAN, R. C. – STRAUSS, J.: The EU TTIP Investment Court Proposal and the WTO Dispute Settlement System: Comparing Apples and Oranges? *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 2017, Vol. 32, No. 2.

[10] LAVRANOS, N.: How the European Commission and the Member States Are Reasserting Their Control over Their Investment Treaties and ISDS Rules, *Cambridge University Press,* vol. 1 (2016).

[11] LEXCHIN, J. GAGNON, M.-A.: CETA and pharmaceuticals: impact of the trade agreement between Europe and Canada on the costs of prescription drugs. *Globalization and Health*, 2014, č. 1, ISSN 1744-8603.

[12] POHL, J. – MASHIGO, K. – NOHEN, A. Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements. A Large Sample Survey, *SSRN Electronic Journal*, listopad 2012.

[13] SVOBODA, O.: Systém Investičního Soudu: Překotný Rozchod Evropské Unie S Investiční Arbitráží. *Právník,* 2018, č. 4, ISSN 0324-7007.

[14] SVOBODA, O.: Změny společné obchodní politiky po posudku Soudního dvora EU k dohodě o volném obchodu EU–Singapur. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, 2019, č. 2. ISSN 0323-0619.

[15] ŠTURMA, P.: Budoucnost investiční arbitráže po rozsudku Achmea? *Právnické listy*. 2018, (2). ISSN 2533-736X.

[16] VANHARTEN, G.: Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. *Osgoode Hall Law Journal* ,vol. 53.2 (2016).

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

PRÁVO IT A PRÁVO NOVÝCH TECHNOLOGIÍ

IT LAW AND LAW OF NEW TECHNOLOGIES

4.

Martin Boháček bohacek@vse.cz

DIGITÁLNÍ VÝUKA PODLE AUTORSKÉHO PRÁVA ČESKÉ REPUBLIKY NA JEDNOTNÉM DIGITÁLNÍM TRHU EU

DIGITAL LEARNING ACCORDING TO COPYRIGHT LAW OF THE CZECH REPUBLIC AND IN THE EU DIGITAL SINGLE MARKET

Abstrakt: Úvod – cíl: Posoudit právní aspekty e-learningu a výuky online (přednášky, testy, ústní zkoušky a jejich ukládání a stahování) podle autorského práva ČR a směrnice EU o autorském právu a právech souvisejících na jednotném digitálním trhu 2019/790. Výzvy této Směrnice – odstranění nejistot a její implementace? Hlavní problémy a nabídky jejich řešení? Výklad a názory v literatuře. Závěry, diskuze návrhů na novelu české úpravy.

Abstract: Introduction – Goal: To consider legal aspects of the e-learning and online teaching activities (lectures, tests, oral examinations and their saving and downloading) according to the Czech copyright law and EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market 2019/790. Challenges of the Directive – elimination of uncertainties and its implementation? Main problems and offers to solve them? Interpretation and opinions in the literature. Conclusions, discussion proposals for the Czech law amendments.

Klíčová slova: *přednáška online jako autorské dílo, užití děl při vyučování, citace, e-learning, směrnice EU o autorském právu na jednotném digitálním trhu, osobní údaje při výuce online.*

Key words: *online lecture as a copyright work, use of works while teaching, quatations, e-learning, EU directive on copyright in digital single market, personal data while online teaching.*

Úvod

V současné době díky pandemii COVID-19 snad celý svět ve výuce všech typů a stupňů škol přešel z tradiční formy v přítomnosti učitele a studentů/žáků na digitální. Zatímco „živá“ online výuka je jev relativně nový, e-learning – jako předem připravený systém výukové látky v e-podobě a testů ověřujících míru jejího zvládnutí studentem, často jím samostatně přístupný a spouštěný v místě a času dle jeho výběru – se již řadu let v praxi uplatňuje hlavně na vysokých školách a při školeních.

Digitální výuka je plodem vývoje technologií a byla užívána již dříve, ale při řešení potíží v současné pandemii COVID-19 hraje jednu z klíčových rolí. V r. 2019 byla v EU po letech

jednání přijata Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) o autorském právu a právech souvisejících na jednotném digitálním trhu 2019/790[1] (dále jen „Směrnice“).

Cílem této stati je zamyslet se nad autorskoprávními aspekty online výuky a posoudit právní povahu užití výuky online a e-learningu z hlediska autorského práva ČR i uvedené Směrnice. Metody: Analýza a výklad autorského práva a krátké otázky a odpovědi (dialogová metoda).

1. Vyučování online podle současného autorského práva ČR

1.1 Je výuka online autorským dílem učitele? Lze ji ukládat a šířit a komu? Je veřejná?

Může být ***přednáška online autorským dílem***? Jejím hlavním cílem je přinášet studentům znalosti – informace, tedy šířit mezi ně myšlenky. ***Myšlenka***, ***sama informace***, však není chráněna autorským právem (§ 2 odst. 6 AutZ) a z tohoto hlediska obsah přednášky není autorským dílem.[2] Myšlenky však jsou učitelem vyjadřovány určitou formou, volbou struktury a postupu výkladu, argumenty, příklady, uspořádáním prezentace a výběrem podstatných bodů, jejich zdůrazněním – a je-li tím ***jedinečná,*** autorským dílem vyjádřeným v e-podobě být může, a to i kdyby se jednalo ***jen o její streamování, bez trvalého uložení na příslušném místě***. Avšak pouhé mechanické zpracování cizího námětu může být namítáno jako porušení autorského práva.[3] Bude se jednat především o ***dílo vědecké***, ale ve formě audiovizuálního díla vědeckého může obsahovat i prvky výtvarné – různá schémata a zobrazení, fotografie, hudební či slovesné úryvky, může fungovat jako připravená inscenační hra, kde vystupují studenti a tvoří její části za vedení učitele.

Je digitální výuka veřejná? Zásadně je podobně jako tradiční forma omezena jen na účastníky, kteří jsou identifikováni – učitele a studenty/žáky daného kurzu, přístupnost je ***vázána na určitý kód***, který jim byl organizátorem sdělen a účastník se jím do systému e-kurzu přihlásí. ***Účastníky online výuky*** budou studenti/žáci dané školy či jiného vzdělávacího zařízení přijatí do studia na základě rozhodnutí vedení školy (obvykle na základě přijímacích kritérií, např. zkoušek). Zřejmě lze za ně pokládat i omezený počet dalších osob, které byly organizátorem výuky k účasti na ní ***pozváni,*** např. studenti a učitelé jiných škol či institucí na stáži, externí přednášející hosté. Otázka je, zda lze za „výuku“ pokládat i ***vědecké semináře, kolokvia či malé konference***, které se účastní jen interní členové dané

1 Viz Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/790 ze dne 17. dubna 2019 o autorském právu a právech s ním souvisejících na jednotném digitálním trhu a o změně směrnic 96/9/ES a 2001/29/ES ze dne 17. dubna 2019, Úřední věstník EU L 130, ročník 62, české vydání 17. května 2019 ((Text s významem pro EHP).

2 Myšlenky jako domain public (obecný fond) jsou volné – viz již, KNAP, K. Základní otázky systému práv k nehmotným statkům. Praha: *Acta Universitatis Carolinae-Iuridica*, č. 2/1974; tyto zásady byly promítnuty do textu současného autorského zákona. Chráněny nejsou z tohoto důvodu ani algoritmy počítačových programů, umělecký sloh, běžné typy příkazů a běžná spojení, funkce kláves a ikon na počítači, běžné obraty, obecná jména – to vše je označováno jako „public domain“ – viz BOHÁČEK, M. – JAKL, L.: *Právo duševního vlastnictví*. Praha: Oeconomia, 2002, s. 55.

3 Např. v medializované žalobě o takové převzetí námětu knihy The Holy Blood and The Holy Grail, autorů Michael Baigent a Richard Leigh do bestseleru Da Vinci Code (Šifra mistra Leonadra) Dana Browna z r. 2006. I když není jazyk (včetně programovacího) způsobilý k autorskoprávní ochraně, je chráněn, je-li fiktivním výtvorem, jako byla „klingonština“ Marcem Orlandem v rámci Star Wars – viz ADELMAN, M.: Constructed Languages and Copyright: A Brief History and Proposal for Divorce. *Harward Journal of Law and Technology*, č. 2, roč. 27, s. 544 – jak to cituje a komentuje POLČÁK, R:. Komentář k § 2 – Autorské dílo. In POLČÁK, P. a kol. *Autorský zákon*. Praktický komentář s judikaturou. Praha: Leges, 2020, s. 49 a 65.

výzkumné či výukové instituce a omezený rozsah pozvaných účastníků mimo ni, obvykle odborníků v daném oboru.

Tuto digitální výuku lze pokládat za ***neveřejnou***. Naopak veřejná by byla digitální výuka, do které by mohl vstoupit každý z veřejnosti, a to i kdyby to bylo za podmínky zaplacení určitého poplatku, po jehož složení by byl identifikován. Otázku ***veřejnosti*** i tzv. ***nové veřejnosti***[4] řešil i SDEU. Pokud by šíření díla typu digitální výuky bylo veřejné, jednalo by se o tzv. sdělování díla veřejnosti, a to v případě online přednášky (pouhého jejího streamingu) v reálném času a v případě e-learningu (z uloženého záznamu online přednášky či jiných výukových materiálů) jejím zpřístupněním tak, že kdokoliv může mít k ní přístup v místě a čase podle své volby zejména počítačovou nebo obdobnou sítí – podle § 18 odst. 2 AutZ.

Z toho vyplývá, že by ***účastníci neměli přidělené přístupové kódy zpřístupňovat veřejnosti ani třetím osobám*** (s výjimkou pozvaných osob rozhodnutím učitele – organizátora digitální výuky, kterého by měli ostatní účastníci vždy požádat o svolení, hodlají-li další osobu pozvat na výuku tak, že jí kód sdělí), stejně jako by neměli sdělovat ***své identifikační kódy*** k přístupu do informačního systému školy obecně, k využívání její sítě elektronické komunikace, jejího zařízení včetně vjezdu na parkoviště aj.[5] O povinnosti přístupové kódy nezpřístupňovat třetím osobám ***by měli být učitelé i studenti informováni*** a měl by o to být upraven i ***Studijní a zkouškový řád školy***, včetně ***hrozby sankcí***.

Otázka je, ***má-li být online výuka ukládána a zpřístupněna*** (a stát se tak jedním z prvků e-learningu přístupná pro studium na místě a v čase dle rozhodnutí studenta/žáka). Online výuku vede učitel, který je obvykle v pracovněprávním poměru (pracovním poměru, na základě dohod o pracích mimo pracovní poměr) nebo služebním poměru ke vzdělávací instituci, takže se jedná o ***zaměstnanecké dílo*** a o výkonu majetkového autorského práva zaměstnance ***rozhoduje výlučně a svým jménem zaměstnavatel*** (§ 58 AutZ). Může to učitel odmítnout? Z hlediska autorského práva ne, protože to je zcela v rozhodovacích intencích zaměstnavatele, a to včetně rozhodnutí o veřejném zpřístupnění díla učitele, jeho licenční poskytnutí jiné osobě, úprav, dokončení či spojení s jiným dílem a zařazení do souboru i uvádění pod jménem zaměstnavatele (i když jméno autora přednášky – v prezentaci – by uvedeno být mělo, je to obvyklé), a to i po skončení zaměstnaneckého vztahu autora, např. jeho odchodu či smrti. Z hlediska pracovního práva to může ve vztahu nadřízenosti ***zaměstnavatel uložit pokynem v závislé činnosti*** (§ 2–3 ZP) v rámci ***druhu práce***, který má zaměstnanec pro zaměstnavatele vykonávat (§ 34 odst. 1 písm. a) ZP). Byl-li přijat

4 Pojem „*veřejnost*“ není definován v textu předpisů, podle SDEU se tím míní neurčitý počet potenciálních adresátů, tvořený značným počtem osob individuálně neurčených, ale patří mezi ně i osoby individualizované, které přišly z veřejnosti, např. u zpřístupnění na vyžádání (on demand) prostřednictvím sítí – nenáležející do osobního soukromí, resp. soukromé skupiny. Může se jednat i o následnou – postupnou přístupnost. Pojem „*nová veřejnost*“ vymezil Viz SDEU ve věci *SGAE v. Svensson* C-466/12 ze dne 13. 2. 2014 a ve věci *Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Ebterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* C-160/15 ze dne 8. 9. 2016 jako „veřejnost, kterou autor nezohlednil při udělování svolení k jeho užití sdělováním původní veřejnosti, ledaže k následujícímu sdělení dochází za použití specifické technologie, která se liší od technologie původního sdělování a není nepodstatné, zda dotčené užití slouží výdělečným účelům a dále zda je veřejnost vůči tomuto sdělování vnímavá a není jimi pouze náhodně zachycena, ačkoliv s nejedná o nutnou podmínku existence sdělování veřejnosti.“ Významné je i rozhodnutí SDEU *SGAE v. Rafael Hoteles* C-306/05, [2007] Bus. L.R. 521 ze dne 7. 12. 2006. Citováno v HOLCOVÁ, I.: *Komentář k pojmu Nová veřejnost – § 4*. In HOLCOVÁ, I. a kol.: HOLCOVÁ, I. a kol.: *Autorský zákon a předpisy související (včetně mezinárodních smluv a evropských předpisů). Komentář.* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 106.

5 Viz případ „prodeje“ kódu studenta VŠE v Praze externí osobě, která pak ze sítě školy podnikala, posílala klamavé reklamy aj. – toto porušení studijních předpisů vedlo k vyloučení daného studenta ze studia.

jako učitel, stala se nyní pro jeho činnost ***online výuka standardem*** – samozřejmě musí jej zaměstnavatel ***seznámit s touto formou výuky a vytvářet podmínky pro uskutečnění online výuky*** – má-li být plněním jeho ***pracovního úkolu*** (§ 37–38 ZP).

1.2 Lze užít, ukládat a šířit (sdílet) díla jiných autorů při výuce online?

Oprávnění užít autorská díla jiných autorů bez jejich svolení upravuje obecně § 31 odst. 1 písm. c) AutZ. Jedná se o tzv. ***zákonnou licenci*** z jinak výlučného práva autora (u učitelů práva jejich zaměstnavatele – školy) na užití díla (které upravuje obecně § 12 a násl. AutZ). Zmíněný typ výjimky a omezení práva autorského, známý také jako ***citace při vyučování***, je přípustný ***jen pro ilustrační účel nebo při vědeckém výzkumu***, jejichž účelem není dosažení přímého nebo nepřímého hospodářského nebo obchodního prospěchu, přičemž nesmí přesáhnout rozsah odpovídající sledovanému účelu.

Jedná se i o online cvičení, semináře, použití aktivizačních metod výuky, online testy i online ústní zkoušky, které ***probíhají „živě" online*** v digitální formě, ale ***v reálném čase***, popř. v podobě ***e-learningu*** přístupné účastníkům z digitálního uložiště ***v místě a čase dle jejich volby***. Další podmínkou je, že je vždy, tedy i v online výuce, třeba ***uvést tzv. citační údaje -jméno autora***, nejde-li o dílo anonymní (je-li označena pseudonymem, tak pseudonym), nebo jméno osoby, pod jejímž jménem je dílo uváděno na veřejnost (např. zaměstnavatele u zaměstnanecké dílo), a dále ***název díla a pramen*** – ovšem jen, je-li to možné (typicky nebudou všechny tyto údaje k dispozici z citace na internetu – pak je třeba citovat webovou adresu, kde jsou údaje dostupné, včetně data dostupnosti).[6] Tuto zákonnou licenci je třeba chápat v rámci obecného tzv. ***tříkrokového testu*** § 29 AutZ, který zabraňuje jejímu formálnímu zneužití – není-li výše uvedené užití díla jiného autora v rozporu s běžným způsobem užití a ani jím nejsou nepřiměřeně dotčeny oprávněné zájmy autora. Tato možnost užít cizí díla se ale týká jen děl ***již zveřejněných***.

Tyto podmínky nelze ve prospěch uživatele – učitele – vykládat šíře, neboť se jedná o ***výjimku ze základního výlučného práva*** autora. Nemusí však vždy dojít k vložení rozmnoženiny díla jiného autora do přednášky, popř. mimo ni na plochu – dílo lze zpřístupnit studentům v rámci své přednášky i ***pouhým otevřením*** daného díla na původní stránce, kde bylo autorem uloženo, a ***s pomocí hyperlinku*** jeho promítnutím na plochu či jiným postupem jej zobrazit, aniž došlo k užití díla – ovšem vždy s řádnou citací díla i příslušné stránky.

Přednášku ani jinou formu výuky online ***nelze pokládat za souborné dílo*** složené z jednotlivých textů či jiných prvků vytvořených učitelem i jinými autory, které učitel do ní zařadil s tím, že by byl pouhým uspořadatelem těchto prvků.[7] Tyto prvky totiž nemají informační nezávislost na přednášce či na sobě navzájem, jak by to prvky databáze musely

---

6 Citace autora, díla a pramene není z hlediska autorského zákona nutná tam, kde uživatel – učitel převezme jen myšlenku díla jeho parafrází, avšak je-li to učiněno bez citace však může být v rozporu s etikou vědecké a akademické práce s postihy jiného typu, např. disciplinárními v pracovním právu, etickým „odsouzením" vědeckou komunitou aj. – viz KOUKAL, P.: Plagiátorská panika v české kotlině. *Právní rozhledy*, č. 17/2010, roč. 18, s. 631.

7 Pokud by učitel vytvořil své autorského dílo v přednášce online složené jen z citací děl jiných autorů (bez vlastního díla, k němuž by měly mít jen doplňkovou funkci) a pokládal ji pak za vlastní dílo souborné, bylo by to nad rámec výukové citační zákonné licence a musel by mít svolení autorů těchto děl, jak to posoudil Ústavní soud v usnesení sp. zn. II ÚS 3199/11 z 19. 4. 2012, citováno z MYŠKA, M.: *Komentář k § 31 – Výjimky a omezení práva autorského.* In POLČÁK, R. a kol.: *Autorský zákon. Praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2020, s. 308.

mít, naopak jejich informační hodnota má smysl jen v rámci dané přednášky, do níž byly shromážděny, resp. i na sobě navzájem.[8]

Přednášku online nelze chápat jako dílo vytvořené ve ***spoluautorství*** učitelem a autory děl, které do přednášky online zařadil ani jako ***dílo kolektivní***, protože nebyla tvořena učitelem a těmito autory společně a díla, která do ní byla zařazena, jsou obvykle schopna na jiném místě (odkud je učitel vytěžováním našel a zařadil) samostatného užití.

Může se však jednat o ***užití díla jiného autora ve spojení s dílem učitele***, popř. dalších autorů, jejichž díla byla do online přednášky (resp. digitální výuky) zařazena ve smyslu § 12 odst. 1 AutZ. Zde by ovšem autor děl takto bez jeho svolení zařazených do digitální výuky učitele mohl namítat porušení jeho osobnostních autorských práv, zejména zásah do nedotknutelnosti díla ve smyslu § 11 odst. 3 AutZ – bylo-li jeho dílo užito způsobem snižujícím hodnotu jeho díla, popř. i ***všeobecných práv na ochranu osobnosti*** dle § 81 ObčZ, poškozuje-li spojení s myšlenkami obsaženými v přednášce či jiných s ním spojených dílech pověst autora.

Digitální výuka není omezena časem, dobou trvání vyučování, ani místem. Může ale přitom vzniknout řada otázek – zda by potřeba ***uzavřeného interního okruhu účastníků*** neměla být stanovena výslovně v zákoně, zda ji lze vést i ***přes hranice*** (když na území jiného státu narazí na jinou úpravu podle principu teritoriality), zda by neměla být zakázána digitální výuka spočívající v prostém převzetí přednášek či jiných ***vyučovacích materiálů jiných autorů*** aj.

1.3 Může učitel při výuce používat výukové prezentace a materiály jiných učitelů?

Český autorský zákon nemá výslovné ustanovení o užívání výukových materiálů, např. prezentací, jiných učitelů či jiných autorů v digitální výuce. Lze tedy na ně obecně aplikovat zákonnou licenci o užití autorských děl jiných autorů při vyučování dle § 31 odst. 1 písm.) AutZ, jak byla zmíněna. Na rozdíl od jiných typů děl, kde nejsou cizí díla užita pro tvorbu konkurenčního výukového díla učitele, tedy nehrozí jejich autorům zneužití jejich úsilí a investic, je užití materiálů připravených jiným učitelem pro jeho výuku ***kořistění na jeho práci a jeho výsledcích***, ledaže se jedná jen o drobné citace k ilustraci vyučované látky a ne o převzetí celé prezentace či její podstatné části bez svolení autora. To je v řadě států diskutováno a omezováno. Je otázka, zda to nelze chápat jako dotčení oprávněných zájmů autora ve smyslu § 29 odst. 1 AutZ – prvek z tzv. tříkrokového testu, jak to již též bylo zmíněno výše.

1.4 Může učitel v rámci digitální výuky předvádět díla studentů vzniklá při ní?

Právní režim řeší v českém právu obecně úpravu tzv. ***školního díla jako díla*** vytvořeného studentem/žákem ke splnění školních nebo studijních povinností vyplývajících z jeho právního vztahu k vzdělávacímu zařízení podle § 35 odst. 3 AutZ. Je zde stanovena další ***zákonná licence***, podle níž do práva studenta/žáka nezasahuje škola nebo jiné vzdělávací za-

8 KOUKAL, P. – KOŠČÍK, M.: *Komentář k § 88 – Zvláštní právo pořizovatele databáze*. In POLČÁK, R. a kol.: *Autorský zákon. Praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2020, s. 578–580.

řízení (tedy jeho jménem i učitel tohoto zařízení při své digitální výuce), pokud toto školní dílo užije k výuce nebo k vlastní vnitřní potřebě, nikoli za účelem přímého nebo nepřímého hospodářského nebo obchodního prospěchu, a to podle uvážení a potřeb výuky, resp. školy, tedy v podobě tradiční i digitální, pouhým streamováním či s uložením a zpřístupněním ostatním účastníkům výuky.

Samozřejmě, i student může ve svém díle, prezentaci aj. citovat díla jiných autorů – a měl by pak dodržet všechny podmínky citací, jak byly zmíněny. Je nutno ale opakovaně zdůraznit, že ***student může*** díla učitele i třetích osob, která byla užita při vyučování, ***užít jen ke své osobní potřebě či k zadanému výukovému úkolu*** a nesmí je umisťovat na ***veřejně přístupné místo nebo je posílat či jinak zpřístupňovat*** jiným osobám se sankcí podle studijního řádu školy, např. i vyloučení ze studia vedle obecných sankcí za porušení autorského práva. ***Záznam jeho účasti ve výuce***, např. při obhajobě diplomové práce, je uložen pro účely archivní a nevztahuje se pak na něj ***možnost odvolat svůj souhlas se záznamem*** z důvodů osobnostního autorského práva.

1.5 Je v českém autorském právu upraveno vytěžování textů a jiných autorských děl pro účely výuky a vědeckého výzkumu?

V právu ČR vytěžování textů a jiných autorských děl výslovně upraveno není. Jedná se vůbec o užití autorských děl? Pokud ano, je dovoleno jen v rámci tzv. volného užití díla včetně zhotovení záznamu, rozmnoženiny či napodobeniny pro ***osobní potřebu fyzické osoby***, jehož účelem není dosažení přímého nebo nepřímého hospodářského nebo obchodního prospěchu – (což však neplatí pro počítačové programy, elektronické databáze i pořízení záznamu audiovizuálního díla při jeho provozování ze záznamu nebo přenosu, kdy je porušením práv jejich autorů i užití pro osobní potřebu). Protože se však při přípravě digitální výuky nebo vědeckého výzkumu nejedná o užití pro pouhou osobní potřebu učitele, ale pro ***použití při výkonu jeho profese***, tato výjimka se na něho nevztahuje a legalita této činnosti je problematická. Jde-li o užití díla, bylo by potřeba takové činnosti ***zavést jako další zvláštní zákonnou licenci***, i povinný postup, kdyby se uživatel dozvěděl, že jím vytěžené údajné dílo je neoprávněnou napodobeninou (či padělkem) nebo bylo na dané místo v síti umístěno protiprávně.

1.6 Mají technické prostředky výuky a její ochrany nějaký právní význam? Kdo nese odpovědnost za její zajištění i řádný průběh digitální výuky v souladu s autorským právem?

I při „živé“ prezenční formě výuky učitel doplňuje svůj výklad záznamy jiných autorských děl, často v digitální podobě, které studentům ukládá na uložiště pro dodatečné studium či přípravu na přednášku, přípravu testů aj. Lze to pokládat za e-learning v jednoduché podobě, ale i u něho ***musí škola zajišťovat technickou ochranu počítačové sítě***, zejména přístupovými kódy. Pokud učitel se svým digitálním dílem spojil technickou ochranu, student ani třetí osoba nemá právo prosadit vůči němu její odstranění, aby měl přístup k dílu, ale ani učitel nemá takové právo vůči autorům jejich autorských děl při vytěžování pro účely vyučování – analyzovaná zákonná licence ***nespadá mezi tzv. privilegované výjimky*** uvedené v § 43 odst. 4 AutZ.

O to závažnější je potřeba technické ochrany, bezpečnosti školní počítačové sítě, nejsou-li digitální formy jen doplňkové, ale digitální forma je jediný výukový projev, jak je to v současné epidemii. Obcházení či jiné maření technické ochrany podle § 43 AutZ je chápáno jako porušení autorského práva se všemi důsledky, civilně-právními i trestními. Současný zákon se však nezmiňuje o potřebě zajistit technické prostředky pro digitální výuku. ***Odpovědnost*** za zajištění technických prostředků digitální výuky i její ochrany i za její řádný průběh v souladu s autorským zákonem ***nese škola*** či jiná vzdělávací instituce.

1.7 Jak posuzovat online přednášku z hlediska ochrany osobnosti a osobních údajů učitele a zúčastněných studentů/žáků?

Tato otázka vznikla jen jako doplňková a proto je odpověď na ni velmi stručná – téma by si vyžadovalo zvláštní stať. Vystoupení učitele i studentů na online výuce (v přednášce, diskusi, při přednesu prezentací a referátů, společném řešení případů – case studies, hraní inscenačních her, v natočených videích, při interpretaci hudebních či jiných uměleckých děl aj.) a tím spíše je-li nahrána, uložena a zpřístupněna, je zpracováním osobních údajů ve smyslu čl. 4 bod 1) GDPR, neboť jsou identifikováni jménem, podobou či výjimečně hlasem. Podle čl. 7 GDPR správce (tj. škola) musí doložit jeho souhlas, ale ten nemusí být písemný ani výslovný, postačí, vyplývá-li z okolností, avšak musí být svobodný, měl by však být předem upozorněn, že bude výuka nahrávána a ukládána.

Záznam podoby na kameře je ***biometrický údaj*** za účelem jedinečné identifikace – kde jako u ***zvláštní kategorie osobních údajů*** (podle předchozího ZOOÚ tzv. „citlivých“) je dle čl. 9 odst. 1 GDPR třeba jeho ***výslovného souhlasu*** (opět není třeba písemné formy). Zvláštní výslovný souhlas není třeba, jde-li o zpracování osobních údajů ***zjevně zveřejněných subjektem údajů***, popř. pro účely ***vědeckého výzkumu*** dle čl. 9 odst. 2 písm. j) GDPR (např. online obhajoba disertační práce). Lze doporučit i uvedení jeho ***výslovného souhlasu do záznamu***, např. při online obhajobě diplomové práce nebo ústní zkoušce online.

Výuka se zapnutou kamerou zároveň představuje zachycení podoby učitele či studenta jako záznamu jeho ***práva na ochranu osobnosti člověka***, což je možné opět jen s jeho svolením dle § 84-85 ObčZ. V literatuře se podává, že toto svolení nemá povahu licenční smlouvy, ale pouhého ***jednostranného (prostého) souhlasu.***[9]

9 TELEC, I., TŮMA, P.: *Autorský zákon. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 168. Též TELEC, I.: Souhlas, nebo licenční závazek? *Právní rozhledy*, č. 13-14/2013, s. 457 a násl. Opačný názor např. KOUKAL, P.: *Komentář k § 12 Majetková práva*. In POLČÁK, R. a kol.: *Autorský zákon. Praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2020, s. 117 (uvádí i rozdílná rozhodnutí Nejvyššího soudu k dané otázce). Též MYŠKA, M., POLČÁK, R., ŠAVELKA, J. a KYNCL, L.: *Veřejné licence v České republice*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014. s. 127.

2. Digitální výukové činnosti podle Směrnice 2016/790/EU

Směrnice zavádí některé nové zákonné licence, byla přijata po dlouhých debatách a stále je předmětem kontroverzí, zejména její čl. 17.[10] Směrnice má význam i pro státy EHP. Má rozsáhlou vysvětlovací preambuli, sestávající z 86 bodů. Ve vlastním textu pak čl. 5 odst. 1 upravuje novou výjimku nebo omezení z výlučných práv autora tak, že povoluje ***digitální užití*** děl včetně počítačových programů a jiných předmětů ochrany (tj. i databází) *výlučně* ***při vyučování pro ilustrační účel*** *– v rozsahu odůvodněném sledovaným* ***nekomerčním účelem****, pokud:*

a) *probíhá na* ***zodpovědnost vzdělávacího zařízení*** *v jeho prostorách nebo na jiných místech nebo* ***prostřednictvím zabezpečeného elektronického prostředí*** *přístupného* ***pouze studentům či žákům a vyučujícím vzdělávacího zařízení*** *a*

b) *je doplněno* ***uvedením zdroje včetně jména autora****, je-li to možné.*

Stanoví se tím výjimky nebo omezení z práv upravených v čl. 5 písm. a), b), d) a e) a v čl. 7 odst. 1 směrnice 96/9/ES o právní ochraně databází, v článcích 2 a 3 směrnice 2001/29/ES o harmonizaci určitých aspektů autorského práva a práv s ním souvisejících v informační společnosti, v čl. 4 odst. 1 směrnice 2009/24/ES o právní ochraně počítačových programů (kodifikované znění)[11] a v čl. 15 odst. 1 této Směrnice (ten přináší nová práva vydavatelům tiskových publikací a jejich ochranu v souvislosti s užitím online).

V čl. 1 odst. 2 Směrnice stanoví, že *„s výjimkou případů uvedených v článku 24 tato směrnice ponechává nedotčena a nijak neovlivňuje stávající pravidla stanovená ve směrnicích, jež jsou v této oblasti aktuálně platné, zejména ve směrnicích 96/9/ES, 2000/31/ES, 2001/29/ES, 2006/115/ES, 2009/24/ES, 2012/28/EU a 2014/26*." Preambule v bodu 19 k tomu na vysvětlení uvádí, že současná úprava sice ve směrnici 2001/29/ES v čl. 5 odst. 3 písm. a) a ve směrnici 96/9/ES v čl. 6 odst. 2 písm. b) a v čl. 9 písm. b) umožňuje členským státům stanovit užívání předmětů jejich ochrany při vyučování pro ilustrační účel, ale *„rozsah těchto výjimek je ve vztahu k digitálním užitím nejasný"*, což má Směrnice napravit zavedením nové povinné výjimky *„pro zajištění plné právní jistoty vzdělávacích zařízení při užívání děl nebo jiných předmětů ochrany pro digitální výukové činnosti, včetně činností probíhajících online a přeshraničně"*.[12] V čl. 7 odst. 1 Směrnice stanoví ***kogentní povahu této zákonné licence*** s tím, že ***smlouvy v rozporu s ní jsou nevymahatelné***. Dále v čl. 28 stanoví, že ***ochrana osobních údajů v GDPR musí být zachována***, z toho žádné další výjimky nejsou stanoveny.

---

10 První snaha Komise o novelu tzv. informační směrnice 2001/29/ES byl z. 2012, veřejné diskuze proběhly v r. 2013-14, oficiální návrh byl podán až za nového vedení Komise v r. 2016 a po bouřlivých diskuzích ve výborech Rady a Evropského parlamentu do r. 2018, kdy pak legislativní proces pokračoval až do přijetí v 17.4. 2019. ROMERO-MORENO, F. (17 March 2020).: "'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market". *International Review of Law, Computers & Technology*: 1–31. doi:10.1080/13600869.2020.1733760. hdl:2299/20431 [cit. 29.11.2020].

11 Texty uvedených směrnic a výklad k nim včetně citovaných ustanovení viz CÍSAŘOVÁ, Z.: *Komentář k informační směrnici a směrnici o právní ochraně databází.* FALADOVÁ, A.: *Komentář ke směrnici o právní ochraně počítačových programů*. Obě In HOLCOVÁ, I. a kol.: *Autorský zákon a předpisy související (včetně mezinárodních smluv a evropských předpisů). Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 1026-1048, 1085-1138 a 1240-1256.

12 Komentář viz JÜTTE, B., J.: The New Copyright Directive: Digital and Cross-border Teaching Exception (Article 5). University College Dublin. *Kluwer Copyright Blog*. June 21, 2019. Dostupné z http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/21/the-new-copyright-directive-digital-and-cross-border-teaching-exception-article-5/ [cit. 29.11.2020].

V bodu 20 pak Preambule konstatuje, že výjimka by se měla uplatňovat „*pouze v rozsahu odůvodněném* ***nekomerčním účelem*** *konkrétní vzdělávací činnosti, ale* ***organizační struktura a způsoby financování vzdělávacího zařízení*** *by neměly být rozhodujícími faktory pro určení toho, zda jde o činnost nekomerční povahy*" – tedy výjimka se vztahuje i na soukromé školy (popř. v některých zemích i veřejné školy), kde studenti platí školné. V bodu 21 Preambule uvádí, že „*digitálním užitím děl nebo jiných předmětů ochrany pro ilustrační účel by se mělo rozumět užití k podpoře, obohacení nebo doplnění výuky, včetně souvisejících vzdělávacích činností. Šíření softwaru na základě výjimky by se mělo omezit jen na jeho digitální přenos. Ve většině případů by tedy ilustrační účel měl být omezen pouze na části nebo úryvky děl, což by nemělo nahrazovat nákup materiálů primárně určených pro vzdělávací trhy.*"

Novou zákonnou licenci mají zavést (implementovat) ***členské státy***, ale mohou ji podle čl. 5 odst. 2 „***vyloučit či omezit na určité způsoby nebo typy děl*** *– jako je materiál* ***primárně určený pro vzdělávací trh*** *nebo* ***notové zápisy****, pokud jsou na trhu snadno dostupné vhodné* ***licence k nim*** *odpovídající potřebám a specifickým rysům vzdělávacích zařízení.*"[13] Pokud takto členský stát novou zákonnou licenci takto vyloučí či omezí, „*přijmou nezbytná opatření* ***k náležité dostupnosti a viditelnosti licencí*** *povolujících užití děl či jiných předmětů ochrany při digitální výuce pro vzdělávací zařízení*". Mohou také dle čl. 5 odst. 4 stanovit pro nositele práv ***spravedlivou odměnu***. K možnosti přeshraniční digitální výuky s užitím autorských děl a jiných předmětů ochrany výlučně k ilustračnímu účelu při ní ***prostřednictvím zabezpečeného elektronického prostředí****,* prováděnou v souladu s vnitrostátními právními předpisy přijatými na základě této zákonné licence, stanoví čl. 5 odst. 4 Směrnice, že „*se* ***má za to****, že k takovému užití* ***dochází pouze v členském státě, v němž se vzdělávací zařízení nachází,*** *čímž se eliminují případné zábrany v právu dalšího státu k uplatnění přeshraniční digitální výuky na jeho území podle jeho práva na základě principu teritoriality.*"

Jen na okraj je možno v souvislosti s přípravou digitální výuky učitelem zmínit novou zákonnou licenci zavedenou Směrnicí v čl. 3 pro pořízení „*rozmnoženiny a extrakce zhotovené* ***výzkumnými organizacemi*** *a institucemi kulturního dědictví za účelem* ***vytěžování textů a dat*** *z děl nebo jiných předmětů ochrany, k nimž mají zákonný přístup, pro účely* ***vědeckého výzkumu***."[14] Rozmnoženiny a extrakce takto zhotovené musí být uloženy s vhodnou úrovní zabezpečení a smějí být uchovávány pro účely vědeckého výzkumu, včetně ověření výsledků výzkumu. Nositelé práv mohou uplatňovat opatření nezbytná

13 Na rozpor mezi povinně zavedenou výjimkou a možností státu ji pro výukové materiály a notové zápisy vyloučit upozorňuje BARTÁK, J. – SRSTKA, J.: *Harmonizace výjimek u některých způsobů digitálního užití děl v oblasti vědy a výzkumu, vysokého školství a institucí kulturního dědictví*. In SRSTKA, J. a kol.: *Autorské právo a práva související. 2.* aktualizované vydání. Praha: Leges, 2019, s 416-417.

14 Výzkumnou organizací se míní dle čl. 2 bod 1) Směrnice „vysoká škola včetně jejích knihoven, výzkumný ústav nebo jakýkoli jiný subjekt, jejichž hlavním cílem je provádět vědecký výzkum nebo vykonávat vzdělávací činnosti, jejichž součástí je rovněž vědecký výzkum na neziskovém základě nebo tak, že zpětně investuje všechny zisky do svého vědeckého výzkumu, nebo v souladu s úkoly ve veřejném zájmu uznávanými členským státem takovým způsobem, že přístup k výsledkům tohoto vědeckého výzkumu není přednostně umožněn podniku, který na tuto organizaci vykonává rozhodující vliv". Vytěžováním textů a dat se dle čl. 2 bod 2 Směrnice míní „jakákoli automatizovaná technika analýzy, jejímž cílem je analyzovat text a data v digitální podobě za účelem získání informací a která zahrnuje mimo jiné vzory, tendence a souvztažnosti." V literatuře je sporné, zda vytěžováním textů a dat vůbec dochází k užití děl. WEISS, M.-A.: The Controversial European Union Directive on Digital Copyright. *TTLF Newsletter on Transatlantic Antitrust and IPR* Developments Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum. July 11, 2019. Dostupné z: https://ttlfnews.wordpress.com/2019/07/11/the-controversial-european-union-directive-on-digital-copyright/ [cit. 29.11.2020].

k zajištění bezpečnosti a integrity sítí a databází, v nichž jsou díla nebo jiné předměty ochrany uloženy. Pro přípravu běžné digitální výuky (tedy nejen ve vazbě na výzkum) je významná i další nová – ***obecná zákonná licence pro vytěžování***, stanovená v čl. 4 Směrnice pro rozmnoženiny a extrakce zhotovené za účelem vytěžování textů a dat z děl nebo jiných předmětů ochrany, k nimž mají zákonný přístup a smějí být na rozdíl od předchozího typu výjimky uchovávány *„pouze po dobu nezbytnou pro účely vytěžování.“* Uplatňuje se ovšem pouze pod podmínkou, že si *„nositelé práv výslovně nevyhradili užití děl a jiných předmětů ochrany podle uvedeného odstavce vhodným způsobem, jako jsou strojově čitelné prostředky v případě obsahu zpřístupněného veřejnosti online.“*[15]

Závěr a náměty na novelu autorského zákona ČR

Závěrem lze upozornit, že je z porovnání současného autorského práva ČR a nové úpravy ve Směrnici zřejmé, že se některé otázky užití autorských děl při digitálním vyučování vyjasňují a v českém právu bude třeba je promítnout do autorského zákona. Pokud se zaměříme na rozdíly od českého autorského zákona a to, co z ní v něm dosud chybí, je třeba zdůraznit následující prvky nové úpravy: výslovné uvedení výrazu „***digitální výukové činnosti***“ a „***digitální užití děl a jiných předmětů ochrany***“ a zúžení na užití „***výlučně***“ při vyučování, dále zdůraznění „***zodpovědnosti vzdělávacího zařízení***“, to že probíhá „***prostřednictvím zabezpečeného elektronického prostředí***“, které je „***přístupné pouze žákům nebo studentům a vyučujícím vzdělávacího zařízení***“ a dále formulace, že „se má za to, že k takovému užití autorských děl a jiných předmětů ochrany při digitální výuce dochází pouze v členském státě, v němž se vzdělávací zařízení nachází“ (s odkazem na předchozí podrobnější úpravu užití s nově zařazenými zmíněnými prvky) a konečně, že „***k ujednáním vylučujícím nebo omezujícím zákonnou licenci podle tohoto ustanovení se nepřihlíží***“. Takto bude třeba doplnit českou úpravu, ostatně právě tyto nejasnosti jsme v současné úpravě ČR již stručně naznačovali výše.

Vzhledem k tomu, že digitální výuka se v ČR v současné době stala standardem a ne jen doplňkem výuky na všech stupních vzdělávání, předpokládáme, že ČR nepřijme rozhodnutí, že výjimka nebo omezení podle čl. 5 odst. 1 se neuplatní vůbec. Na druhé straně lze zvažovat že by se neuplatnila na materiál určený primárně pro vzdělávací trh a notový zápis, pokud budou na trhu snadno dostupné vhodné licence v rozsahu uvedené zákonné licence. K tomu by však bylo třeba „***přijmout nezbytná opatření k náležité dostupnosti a viditelnosti těchto licencí pro digitální výuku vzdělávacího zařízení***“. Otázka, zda má být stanovena „**pro nositele práv spravedlivá odměna**“, by mohla být řešena v rámci práva poskytovatele licence na dodatečnou odměnu podle § 2374 ObčZ na základě licenční smlouvy, podle níž se materiál určený primárně pro vzdělávací trh nebo notový zápis nabyvateli – vzdělávacímu zařízení poskytne.

15 I toto ustanovení sklízí kritiku – např. DUCATO, R. – STROWEL, A.: Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to„Machine Legibility [online]. *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, č. 6/2019, roč. 50, s. 649-684. Dostupné z http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/03/19/limitations-to-text-and-data--mining-and-consumer-empowerment-making-the-case-for-a-right-to-machine-legibility/ [cit. 29.11.2020].

K tomuto stanovisku je třeba uvést, že 6. 11. 2020 byl Ministerstvem kultury ČR zaslán do mezirezortního připomínkového řízení ***návrh novely autorského zákona ČR k transpozici uvedené Směrnice***,[16] kde se navrhuje do textu zákona zařadit nové ustanovení § 31a AutZ jako nové zákonné licence, které ***komplexně přejímá úpravu Směrnice ohledně užití autorských děl při digitální výuce***. Z výčtu vylučovacích ustanovení v § 66 odst. 7 vyplývá, že se navrhuje, aby se tato zákonná licence vztahovala i na počítačové programy a také (z úpravy § 74) na umělecké výkony, (z úpravy § 78) i na zvukové záznamy, (z úpravy § 82) na zvukově obrazové záznamy, (z úpravy § 86) i na práva vysílatelů, (z úpravy § 87b odst. 7) i na nově zakotvené právo vydavatele tiskové rozmnoženiny a (z úpravy § 94) na práva pořizovatele databáze.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] ADELMAN, M.: *Constructed Languages and Copyright: A Brief History and Proposal for Divorce*. Harward Journal of Law and Technology, č. 2, roč. 27, ISSN 0897-3393.

[2] BOHÁČEK, M. – JAKL, L.: *Právo duševního vlastnictví*. Praha: Oeconomia, 2002, ISBN 80-245-0463-4.

[3] DUCATO, R. – STROWEL, A:. Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to „Machine Legibility" [online]. IIC – *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, č. 6/2019, roč. 50, dostupné z http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/03/19/limitations-to-text-and-data-mining-and-consumer-empowerment-making-the-case-for-a-right-to-machine-legibility/ ISSN 0018-9855 [cit. 29.11.2020].

[4] HOLCOVÁ, I. a kol.: *Autorský zákon a předpisy související (včetně mezinárodních smluv a evropských předpisů). Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, ISBN 978-80-7598-049-6.

[5] JÜTTE, B., J.: The New Copyright Directive: Digital and Cross-border Teaching Exception (Article 5) (University College Dublin) *Kluwer Copyright Blog*/June 21, 2019. Dostupné z http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/21/the-new-copyright-directive-digital-and-cross-border-teaching-exception-article-5/[cit. 29.11.2020].

[6] KNAP, K.: Základní otázky systému práv k nehmotným statkům. Praha*: Acta Universitatis Carolinae-Iuridica*, č. 2/1974 ISSN 0323-0619.

[7] KOUKAL, P.: Plagiátorská panika v české kotlině. *Právní rozhledy*, č. 17/2010, roč. 18, ISSN 1210-6410.

[8] MYŠKA, M., POLČÁK, R., ŠAVELKA, J. a KYNCL, L.: *Veřejné licence v České republice*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014. ISBN 978-80-210-7192-6.

16 Jedná se ovšem o transpozici i jejích dalších ustanovení, nejen ve vztahu k digitální výuce, a také implementaci směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/789 ze dne 17. dubna 2019, kterou se stanovují pravidla pro výkon autorského práva a práv s ním souvisejících, jež se použijí na některá online vysílání vysílacích organizací a převzatá vysílání televizních a rozhlasových programů, a kterou se mění směrnice Rady 93/83/EHS.

[9] POLČÁK, R. a kol.: *Autorský zákon. Praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2020, ISBN 978-80-7502-391-9.

[10] ROMERO-MORENO, F. (17 March 2020): „'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market". *International Review of Law, Computers & Technology*: 1–31. doi:10.1080/13600869.2020.1733760. hdl:2299/20431. ISSN 1360-0869.

[11] SRSTKA, J. a kol.: *Autorské právo a práva související*. 2. aktualizované vydání. Praha: Leges, 2019, ISBN 978-80-7502-386-5.

[12] TELEC, I., TŮMA, P.: *Autorský zákon. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, ISBN 978-80-7400-748-4.

[13] TELEC, I.: Souhlas, nebo licenční závazek? *Právní rozhledy*, č. 13–14/2013, ISSN 1210-6410.

[14] WEISS, M.-A.: The Controversial European Union Directive on Digital Copyright. *TTLF Newsletter on Transatlantic Antitrust and IPR* Developments Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum. July 11, 2019. [cit. 29.11.2020]. Dostupné z: https://ttlfnews.wordpress.com/2019/07/11/the-controversial-european-union-directive-on-digital-copyright/

[15] SDEU ve věci *SGAE v. Rafael Hoteles* C-306/05, [2007] Bus. L.R. 521 ze dne 7. 12. 2006.

[16] SDEU ve věci *SGAE v. Svensson* C-466/12 ze dne 13. 2. 2014.

[17] SDEU ve věci *Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Ebterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* C-160/15 ze dne 8. 9. 2016.

[18] Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/790 ze dne 17. dubna 2019 o autorském právu a právech s ním souvisejících na jednotném digitálním trhu a o změně směrnic 96/9/ES a 2001/29/ES ze dne 17. dubna 2019, Úřední věstník EU L 130, ročník 62, české vydání 17. května 2019 ((Text s významem pro EHP).

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

Jan Hořeňovský jan.horenovsky1412@gmail.com

REGULACE SOCIÁLNÍCH SÍTÍ SKRZE ČLÁNEK 102 SFEU

REGULATION OF SOCIAL MEDIA NETWORKS THROUGH THE ARTICLE 102 TFEU

Abstrakt: Tento článek se zaměřuje na regulaci některých problematických jednání sociálních sítí skrze článek 102 SFEU. Vzhledem k technologickému vývoji na tomto poli zde existuje potřeba přehodnotit aplikaci a interpretaci evropského soutěžního práva. Tento článek argumentuje, že sociální platformy v dominantním postavení by měly být skrze článek 102 SFEU, ve spojení s doktrínou zákazu odmítnutí dodávek služeb, volány k dodržování lidskoprávního standardu ochrany svobody projevu, jak je stanoven a interpretován v evropském lidskoprávním standardu.

Abstract: This article focuses on the regulation of some problematic social media platforms behaviour through the article 102 TFEU. Given the technological development in the field of social media networks, there is a need to reconsider application and interpretation of the European Competition Law. It argues that social platforms in a dominant position should be through the article 102 TFEU, in conjunction with the doctrine of prohibition to refuse to provide services, called to adhere to the free speech standard of protection as stated and interpreted in the European human rights law standard.

Klíčová slova: *sociální sítě, svoboda projevu, zneužití dominantního postavení, evropské soutěžní právo, lidská práva.*

Key words: *social media networks, freedom of expression, abuse of a dominant position, the European Competition Law, human rights.*

Introduction[1]

There are two main approaches to addressing some of the problematic behaviour of social media networks through the means of the European Competition Law. The first is to regulate them throught competition. The second is to regulate them as monopolies.[2] This article focuses on a specific part of that research field – it deals with the regulation of some problematic practises through the article 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU).

1 The work was supported by the grant SVV–2020–260 495, and by the GAUK project No. 650120, solved at the Faculty of Law of the Charles University, entitled "Regulation of harmful content on the Internet in the EU".

2 KHAN, L, M.: Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal,* Vol. 126, No. 3, 2017, pp. 790-802.

Article 102 TFEU states that: *"Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States."* To apply that provision, there is a necessity to 1) define the relevant market and the existence of a dominant position; 2) decide whether undertakings have abused it, and 3) exclude the potential usage of available defences.[3] Given the limited scope of this contribution, I focus mainly on the second part. The related question of enforcement is left to other contributions and academic papers.[4]

Concerning methodology, there are two ways how to address the regulation of new technologies such as social media networks: through legalistic or technological approach.[5] In this article, I use the legalistic approach, which examines whether and how the new technology might be reflected and interpreted by already valid legal rules and principles. This approach, in relation to the European Competition Law, is in accordance with Eicher, who states that *"seemingly novel challenges in technology markets should be categorised into well established concepts of EU competition law."*[6] Given the technological development, there is a rising need to reconsider application and interpretation of the European Competition Law.

1. Paradigmatic shift

According to the ground-breaking decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf, Facebook is the dominant company in the market for social networks.[7] Mund commented on the decision as follows: *„In the operation of its business model the company must take into account that Facebook users practically cannot switch to other social networks. In view of Facebook's superior market power, an obligatory tick on the box to agree to the company's terms of use is not an adequate basis for such intensive data processing. The only choice the user has is either to accept the comprehensive combination of data or to refrain from using the social network."*[8]

If European Law follows this case-law, certain practices of social media providers might fall within the scope of Article 102 TFEU. Therefore, it is vital to focus on legal reasoning behind this approach.

---

3 See VICKERS, J.: Abuse of Market Power. *Economic Journal*, Vol. 115, No. 504, 2005.

4 See VAŇÁTKOVÁ, T.: *Public Law or Private Law Enforcement of Competition Law: Public Research in the Czech Republic.* In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha: TROAS, s.r.o., 2019, pp. 255 - 262.; SEDLÁČEK, M.: *Perspectives of the judicial protection of rights in a state governed by the rule of law.* In: PÍTROVÁ, L. (eds.): *Rule of Law and mechanisms of its protection: Czech perspective.* Waldkirchen: rw&w Science & New Media Passau-Berlin-Prague, 2015, pp. 246–254.

5 PETIT, N.: Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots - Conceptual Framework and Normative Implications. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2931339, 2017, pp. 2–3.

6 EICHER, F.: What's the abuse? A quest for the appropriate legal test in product design cases under Article 102 TFEU. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, No. 3, 2019, p. 439.

7 The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V).

8 Press release "Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources". [online 7. 2. 2019]. *Bundeskartellamt*. Available at: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6 [cit. 27.10.2020], p. 2.

Article 102 TFEU is designed to restrain the harmful behaviour of undertakings in a dominant position in relation both to competitors (exclusionary abuses) and consumers (exploitative abuses).[9] What kind of behaviour might be considered abusive under Art. 102 TFEU? To answer that question, it is first necessary to look at its fundamental objectives.

The primary objective of EU competition law have been to regulate private parties competition in order to enhance efficiency and help common market integration. Over time, the protection of customers and smaller market players have also taken place. However, the objectives are not static; they are evolving in order to fit modernisation and societal development.[10]

Having considered the current issues related to social media providers and their behaviour, we should also contemplate other potential social-political objectives which competition law should, at least indirectly, protect, such as ensuring the fundamental rights of customers or free exchange of ideas in the society.[11] It is true that *„the substantive rules are largely indifferent to such concerns"*[12] , but there is also *„the trite assumption that enhancing consumer welfare is in the public interest."*[13] Public interest and consumer welfare might sometimes go hand in hand.

In the aforementioned German judgment, the Bundeskartellamt held *„that Facebook is abusing this dominant position by making the use of its social network conditional on its being allowed to limitlessly amass every kind of data generated by using third-party websites and merge it with the user's Facebook account."*[14] If this behaviour may be considered abusive, why not to see similarly other disproportionate restrictions on the fundamental rights of customers? Consider the other right – besides personal data and privacy protection – inextricably linked to social networks: the freedom of expression.

Fish and Gál describe this paradigmatic shift in the following words: *„Algorithms are employed by a growing number of firms in order to make choices for users. One prominent example involves news and views consumption through media platforms, which is increasingly mediated by algorithmic personalisation. Rather than engaging with the rich variety of ideas on the web, many online users are exposed primarily to content chosen by algorithms, which generally attempts to fit each user's pre-existing views. This raises questions regarding competition law's responsibility and ability to protect the free exchange of ideas in the marketplace."*[15]

---

9 Judgment of the ECJ of 21 February 1973, Case 6-72.

10 MAHLER, I.: *Competition Law Modernisation: An Evolutionary Tale?* In: CRAIG, B. (eds). *The Evolution of EU Law.* Oxford: Oxford University Press, 2011, chapter 23.

11 To what extent may public interests be considered in competition law, see DUNNE, N. Public Interest and EU Competition Law. *Antitrust Bulletin*, Vol. 65, Issue 2, 2020, pp. 256-281.

12 DUNNE, N.: Public Interest and EU Competition Law. *Antitrust Bulletin*, Vol. 65, Issue 2, 2020, p. 268.

13 Ibidem, p. 268.

14 The 2017 background information provided by the Bundeskartellamt. Cit In: WIEDEMANN, K. – BOTTA, M.: The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey. The *Antitrust Bulletin*, Vol. 64, No.3, 2019, p. 437.

15 FISH, E. – GAL, M.: *Echo Chambers and Competition Law: Should Algorithmic Choices be Respected?* Frederic Jenny Liber Amicorum: Standing Up for Convergence and Relevance in Antitrust, 2020, p. 1. (forthcoming).

They focus on the question of whether competition law could prevent algorithmic personalisation. Their answer differs depending on whether the personification reflects the real preferences of customers or it acts against them. This is based on the presumption that *„one of the goals of competition law is the protection of consumer choice."*[16] In light of the consumer sovereignty doctrine, if algorithms *„do not cater to individual preferences, but rather shape and manipulate them, acting as private censors of news and views"*[17], then such a behaviour may be considered abusive and causing harm to the customers.[18]

2. Free speech on social media platforms

Raz in 1991 wrote that freedom of expression is important primarily for people who speak and express opinions in public – and that there are not many of this kind. The freedom of expression thus, historically, could be seen a bit overrated from the perspective of "ordinary" people.[19] The rise of internet and social media networks, however, have completely changed this reality by breaking the gap between the public and private sphere. Each speech on the internet now can potentially become a public speech, and the freedom of expression thus concerns much larger number of people as social media give the broad public more and more the voice to express themselves.

Raz also stated that *„No major difficulty arises if one allows, say, private TV stations to deny access to certain views, so long as those views can find other avenues of expression."*[20] The crucial question of our time is to define what *„so long as those views can find other avenues of expression"* means in a digital society. How to assess this demand in the world where social media platforms are the main public forums, the modern public squares?[21]

They are not publishers like TV stations.[22] Their power is much greater than any single television has ever had in history.[23] Denying and limiting access can seriously harm certain people as well as society as whole. Social media providers, moreover, control the content arbitrarily based on extremely vague and not transparent community rules.[24] They also arbitrarily and discriminably prefer some opinions and speakers and restrict others. The current trend that social networks erase comments and views on public affairs, including those of political candidates, may, also pose a threat to democracy, freedom and equality.[25]

---

16 Ibidem, p. 7.

17 Ibidem, p. 8.

18 Ibidem, p. 9. With this regard, there is also a very interesting question of antitrust intent, see ZINGALES, N.: Antitrust intent in an age of algorithmic nudging. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019, Vol. 7, Issue 3, pp. 386–418.

19 RAZ, J.: Free Expression and Personal Identification. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 3, 1991, p. 303.

20 Ibidem, p. 313.

21 United States Supreme Court decision of 27 February 2017, Packingham v. North Carolina, 582 U.S., p. 2.

22 See in the US context section 230 of Title V of the 1996 Telecommunications Act.

23 FERGUSON, N.: What Is To Be Done? Safeguarding Democratic Governance In The Age Of Network Platforms. *Governance In An Emerging New World*, Fall Series, Issue 318. Available at: https://www.hoover.org/research/what-be-done-safeguarding-democratic-governance-age-network-platforms.

24 HANYCH, M. - PIVODA, M.: Facebook, Twitter a YouTube jako garanti svobodného projevu? Kritika současného systému notice-and-takedown. *Revue pro práva a technologie*, Vol. 8, No. 16, 2017, pp. 177–220.

25 STROSSEN, N.: *Hate: Why We Should Resist it With Free Speech, Not Censorship.* Oxford: Oxford University Press, 2020, Epilogue (read as an ebook).

Besides, due to artificial intelligence and poorly paid third-country workers, this is an enormously flawed process. In the United States, for example, a study found that an algorithm aimed at detecting and suppressing hate speech referred 2,2 more times to contributions written by the African Americans.[26] Similar mistakes are indeed happening in Europe as well. Artificial intelligence cannot distinguish between different social and cultural contexts, humour and exaggeration.

When employees control the content, the situation is not much better, because those are usually poorly paid, overworked people with minimal training and no responsibility.[27] It is no wonder that social media platforms are very immune to objections to the deletion of even completely harmless content.

According to Danish non-governmental organisation JUSTITIA, which examines the practices of Danish Facebook: *„for every deleted comment subject to criminal liability, 36 ordinary expressions of opinion are deleted."*[28] On Facebook, 36 % of the deleted comments are just common expressions of opinions, and only 1.1 % are sanctionable under criminal law.[29] Mchangama comments it in this way: *„We can see that the present approach leads to many legal statements being deleted and that legal comments on politics and social conditions, for example, are disproportionately hit."*[30]

Deleting content also leads to the radicalisation of society, because if the customer cannot read about something on traditional platforms, it only leads him to more extreme sources. The question is whether and to what extent may competition law limit such practices.

3. Article 102 TFEU

On the market of social networks, the provided services are: sharing ideas and receiving information. The crucial question is which situations related to the freedom of expression might be assessed as an abuse of a dominant position to the detriment of customers. The concept of abusing a dominant position in conjunction with the doctrine of prohibition to refuse to provide services could be, in my opinion, used as a tool to address some restrictions on the freedom of expression on social platforms. This approach aims to ensure fair and open universal access for customers on public forums with ideas and information, which are essential for people in a digitalised society.

With this regard, it is useful to divide users into two groups. Social network users can be both 1) companies (competing for customers), non-profit organisations or thinkthanks (competing on the market of ideas), and 2) ordinary end-users (customers). The

26 Ibidem.

27 Ibidem.

28 Rapport: DIGITAL YTRINGSFRIHED OG SOCIALE MEDIER – en undersøgelse af hvilke kommentarer der bliver slettet fra fem danske nyhedsmediers facebooksider. *Justitia*. Available at: http://justitia-int.org/wp-content/uploads/2020/05/Rapport_Digital-ytringsfrihed-og-sociale-medier.pdf [cit. 27.10.2020].

29 MCHANGAMA, J.: New report: Digital Freedom of Speech and Social Media. [online 29. 3. 2020]. *Justitia*. Available at: http://justitia-int.org/wp-content/uploads/2020/05/Rapport_Digital-ytringsfrihed-og-sociale-medier.pdf [cit. 27.10.2020].

30 Ibidem.

difference between professionals and customers is essential, as their level of protection is different.[31] However, in relation to the Article 102 TFEU, both groups are relevant.

Concerning the first group, there is one more argument from the perspective of competition law: we may consider the use of competitive harm in a downstream market.[32] Pew Research Center shows, in the American context, that 18 % of people receive information about politics primarily from social networks. In the age group 30-49, it is 40%. Furthermore, in the age group of 18–29, it is 48 %.[33] Given this data, there is no other realistic way to reach those people without using social media. Thus, if one think-tank, political party, influencer or media house is disadvantaged, it is a significant obstacle that cannot be overridden. It would very probably eliminate their effective competition.

As the ECJ also already stated in the United Brands, undertakings in a dominant position cannot, without serious reasons, refuse to meet the orders of a customer.[34] In other words, *"an abuse may occur where a dominant undertaking, without objective justification, refuses supplies to an established existing customer who abides by regular commercial practice, at least where the refusal to supply is disproportionate and operates to detriment of customers."*[35] This is confirmed by paragraph 84 of the *Commission's Guidance on Article 102 Enforcement Priorities*, which states that refusal to supply a customer and disruption of existing relationships may be considered as an infringement of the article 102 TFEU.

Let´s suppose that the dominant platform does not allow its customer to express a lawful opinion or message in order to convince the public and arbitrarily removes it. Is this something other than a refusal to meet orders of customers and, thus, abuse of the dominant position on the market of social networks?

It might be argued that social media networks have their own rules for deleting content. However, these rules are incredibly vague and do not provide a precise guide for determining which posts should be deleted and which not. Secondly, the fact that there are rules of a private entity in a dominant position does not itself mean that their application and interpretation cannot be considered as an abuse of a dominant position from the perspective of competition law.

One potential justification for the refusal to supply is that the customer would use the input for an illegal purpose.[36] Therefore, there would be no abuse of a dominant position if Facebook removed illegal content whose removal would be in accordance with the European human rights law standard (*e.g.* to delete pornography on a network in order to protect morality under the principle of proportionality).

On the contrary, if Facebook deleted expressions not under this standard, it might be considered as an abuse of a dominant position. Given that the companies are politically

---

31 GRMELOVÁ, N.: *Je uživatel Facebooku vždy spotřebitelem? K rozsudku SDEU ve věci Schrems v. Facebook Ireland.* In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha: TROAS, s.r.o., 2018, pp. 72–80.

32 Judgment of the ECJ of 25 July 2018, Case C-123/16; Judgment of the ECJ of 17 February 2011, Case C-52/09.

33 *Americans Who Mainly Get Their News on Social Media Are Less Engaged, Less Knowledgeable.* [online 30. 7. 2020]. Pew Research Center. Available at: https://www.journalism.org/2020/07/30/americans-who-mainly-get-their-news-on-social-media-are-less-engaged-less-knowledgeable/ [cit. 27.10.2020].

34 Judgment of the ECJ of 14 February 1978, Case 27/76.

35 WHISH, R. – BAILEY, D.: *Competition Law.* Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 726.

36 Ibidem, pp. 726-727.

biased they cannot be arbitrators on free expression. That would be following the view of Fergusson, who states: *"If the network platforms are the modern public square, then it cannot be their responsibility to remove "hateful content."*[37]

My argument thus is that content removal which is not in line with the European human rights standard should be considered as an abuse of a dominant position. Legal reasoning in favour of this approach may be based on the demand that interpretation of all European law provisions, including the Article 102 TFEU, must be in accordance with The Charter of Fundamental Rights of the EU.[38] The ECJ case law also stated that fundamental rights are applicable in all situations which are addressed by the European Law.[39]

Applying human rights standards is very different from using community rules as the European human rights law protect free discussion much more extensively.[40] Moreover, settled case law is a more precise guide. This approach takes into account that we already have a body of law defining what can and cannot be said in the public sphere in the European Union. We only need to connect those standards to practices of social media networks; and competition law, despite its inherent limits, might help, because it is determined to regulate private companies and not the public sphere (as other free speech laws).

Conclusion

To conclude, social media platforms in a dominant position should be through the Article 102 TFEU, in conjunction with the doctrine of prohibition to refuse to provide services, called to adhere to the standard of protection of the freedom of expression as stated and interpreted in the European human rights law standard, because limiting the free speech of consumers is by its very nature harmful to them.

Suggestions for the more aggressive enforcement of the European Competition Law to technology giants are already rising. Dunne well describes the reasons in this way: *"The inescapable rise of Big Tech, coupled with the comparative absence of effective regulation within the digital sphere, has led to urgent calls (often from outside the antitrust community) for more aggressive enforcement against the digital giants."*[41]

I hope that this contribution may be a bit of help in that direction. Antitrust is not perfect and cannot solve all problems which stem from monopolistic behaviour of social media networks. It can, however, help to deal with some of them. And I firmly believe that those related to fundamental rights of customers should be on the top of that list.

37 FERGUSON, N.: The 'Good Censors'. [online 18. 10. 2020]. *Bloomberg*. Available at: https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-10-18/facebook-twitter-google-can-t-be-good-censors-of-politics?fbclid=IwAR3E7Pvg_r-_W3JQNtSqhgJIX-9hlGRf3bgq7aPoU0fFRk1vb6WFif2-l19M [cit. 27.10.2020].

38 Judgment of the ECJ of 13 May 2014, Case C-131/12.

39 Judgment of the ECJ of 26 February 2013, Case C-617/10.

40 Judgment of the ECHR of 7 December 1976, Case of Handyside v. the United Kingdom, Application No. 5493/72.

41 DUNNE, N.: Public Interest and EU Competition Law. *Antitrust Bulletin*, Vol.65, Issue 2, 2020, p. 275.

LITERATURE

[1] Americans Who Mainly Get Their News on Social Media Are Less Engaged, Less Knowledgeable. *Pew Research Center*.

[2] DUNNE, N.: Public Interest and EU Competition Law. *Antitrust Bulletin,* Vol. 65, Issue 2, 2020, pp. 256–281.

[3] EICHER, F.: What's the abuse? A quest for the appropriate legal test in product design cases under Article 102 TFEU. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, No. 3, 2019, pp. 421–440.

[4] FERGUSON, N. What Is To Be Done? Safeguarding Democratic Governance In The Age Of Network Platforms. *Governance In An Emerging New World*, Fall Series, Issue 318.

[5] FERGUSON, N.: The 'Good Censors'. *Bloomberg*.

[6] FISH, E. – GAL, M.: *Echo Chambers and Competition Law: Should Algorithmic Choices be Respected?* Frederic Jenny Liber Amicorum: Standing Up for Convergence and Relevance in Antitrust, 2020.

[7] GRMELOVÁ, N.: *Je uživatel Facebooku vždy spotřebitelem? K rozsudku SDEU ve věci Schrems v. Facebook Ireland*. In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha: TROAS s. r. o., 2018, pp. 72-80. ISBN: 978-80-88055-04-4.

[8] HANYCH, M. - PIVODA, M.: Facebook, Twitter a YouTube jako garanti svobodného projevu? Kritika současného systému notice-and-takedown. *Revue pro práva a technologie*, Vol. 8, No. 16, 2017, pp. 177–220.

[9] Judgment of the ECHR of 7 December 1976, Case of Handyside v. the United Kingdom, Application No. 5493/72.

[10] Judgment of the ECJ of 13 May 2014, Case C-131/12.

[11] Judgment of the ECJ of 14 February 1978, Case 27/76.

[12] Judgment of the ECJ of 21 February 1973, Case 6-72.

[13] Judgment of the ECJ of 25 July 2018, Case C-123/16.

[14] Judgment of the ECJ of 17 February 2011, Case C-52/09.

[15] Judgment of the ECJ of 26 February 2013, Case C-617/10.

[16] KHAN, L.: Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017, pp. 712–802.

[17] MAHLER, I.: *Competition Law Modernisation: An Evolutionary Tale?* In: CRAIG, B. (eds).: *The Evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, 984 p. ISBN: 978-01-9959-296-8.

[18] MCHANGAMA, J.: New report: Digital Freedom of Speech and Social Media. *Justitia*.

[19] PETIT, N.: Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots – Conceptual Framework and Normative Implications. Available at SSRN, pp. 1–31.

[20] Press release "Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources". *Bundeskartellamt*.

[21] Rapport: DIGITAL YTRINGSFRIHED OG SOCIALE MEDIER - en undersøgelse af hvilke kommentarer der bliver slettet fra fem danske nyhedsmediers facebooksider. *Justitia*. 29 p. ISBN: 978-87-970849-8-4.

[22] RAZ, J.: Free Expression and Personal Identification. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 3, 1991, pp. 303–324.

[23] SEDLÁČEK, M.: *Perspectives of the judicial protection of rights in a state governed by the rule of law*. In: PÍTROVÁ, L. (eds.): *Rule of Law and mechanisms of its protection: Czech perspective.* Waldkirchen: rw&w Science & New Media Passau-Berlin-Prague, 2015, pp. 246-254. ISBN: 978-3-9816855-4-1.

[24] STROSSEN, N.: *Hate: Why We Should Resist it With Free Speech, Not Censorship.* Oxford: Oxford University Press, 2020, 232p. ISBN: 9780190859121.

[25] The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V).

[26] United States Supreme Court decision of 27 February 2017, Packingham v. North Carolina, 582 U.S.

[27] VAŇÁTKOVÁ, T.: *Public Law or Private Law Enforcement of Competition Law: Public Research in the Czech Republic*. In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, s.r.o., 2019, pp. 255-262. ISBN: 978-80-88055-08-2.

[28] VICKERS, J.: Abuse of Market Power. *Economic Journal*, Vol. 115, No. 504, 2005, pp. 244–261.

[29] WHISH, R. – BAILEY, D.: *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, 1152p. ISBN: 978-01-9877-906-3.

[30] WIEDEMANN, K. – BOTTA, M.: The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey. *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64, No.3, 2019, pp. 428–446.

[31] ZINGALES, N.: Antitrust intent in an age of algorithmic nudging. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019, Vol. 7, Issue 3, pp. 386–418.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Jan Hořeňovský
Katedra politologie a sociologie
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
nám. Curieových 901/7
116 40 Praha
E-mail: jan.horenovsky1412@gmail.com

Radim Polčák radim.polcak@law.muni.cz

REGULATORNÍ LOGIKA DIGITÁLNÍCH SLUŽEB A NOVÝ REŽIM OMEZENÍ ODPOVĚDNOSTI ISP[1]

THE REGULATORY LOGIC OF DIGITAL SERVICES AND THE NEW GERIME OF ISP LIABILITY LIMITATIONS

Abstrakt: Příspěvek diskutuje aktuální revizi směrnice o elektronickém obchodu připravovaným Aktem o digitálních službách. Výklad se zaměřuje na praktickou aplikaci performativních pravidel v digitální ekonomice a na způsob, kterým aktuálně připravovaná právní úprava v krátkodobém výhledu ovlivní trh služeb informační společnosti a fungování internetových platforem. Vedle toho, že akt o digitálních službách přinese zásadní změny do české digitální ekonomiky, je tato problematika z pohledu ČR zajímavá i tím, že pravděpodobný termín dokončení aktu spadá do doby českého předsednictví EU.

Abstract: The paper tackles the ongoing review of the E-commerce Directive and its replacement by the Digital Service Act. The text focuses on practical application of performance-based rules in digital economy and on the way in which the drafted Act is about to affect in the short run the digital market and the functioning of internet platforms. These developments are of the Czech interest, besides substantially affecting the Czech digital economy, also by being envisaged for adoption around the time of the Czech presidency of the EU.

Klíčová slova: *odpovědnost ISP, směrnice o e-commerce, akt o digitálních službách, digitální ekonomika performativní pravidla, internetové platformy.*

Key words: *ISP liability, E-Commerce Directive, Digital Services Act, digital economy, performance-based rules, internet platforms.*

1. Virtualizace trhů a role ISP

Klíčem k úspěchu aplikace práva na prostředí informačních sítí je pochopení virtualizace. Tento jev, popsaný už antickou filozofií, spočívá ve změně vnějších jevových znaků určitého fenoménu při současném zachování jeho podstaty[2].

Virtualizace byla tradičně chápána jako metoda řešení problémů. Změna vnější formy, tj. například přestěhování problémového objektu do jiného prostředí, má posloužit k tomu,

1 Tento text vznikl jako součást plnění projektu center excelence č. CZ.02.1.01/0.0/0.0/16_019/0000822.

2 Podrobně k pojmu a metodě virtualizace viz základní monografii LÉVY, P.: *Qu'est-ce que le virtuel?* Paris: La Découverte, 1995. Mezinárodní pozornost získaly základní teze z této knihy na základě pozdější anglické publikace LÉVY, P.: *Becoming Virtual*. New York: Plenum Trade, 1998.

že problémy související s dřívější formou odpadnou. Za úspěch virtualizace lze považovat, pokud nové problémy, připadnuvší s novou vnější formou, jsou při dokonalém zachování podstaty méně závažné než ty, jichž se v tomto procesu zbavíme.

Informační technologie poskytují k virtualizaci ideální nástroj. Změna formy je totiž v případech, kdy za užití těchto technologií virtualizujeme nějaký fenomén, prakticky totální. I díky tomu používáme v běžné řeči pojmu „virtuální" prakticky jako synonyma pro „počítačový" nebo „online". Jak ale zdůrazňuje Pierre Lévy, není virtualita opakem reality[3]. Společenské nebo obchodní vztahy na internetu tedy jsou (i pro právo) stejně reálné jako jejich off-line obdoby.

S přenosem virtualizovaného fenoménu do prostředí informačních sítí odpadají všechny jeho fyzické parametry. Díky tomu se lze zbavit i jinak objektivně neřešitelných problémů souvisejících například s unikátností výskytu určité věci, fyzickou vzdáleností apod. Současně ale může odpadnout i nějaký aspekt podstaty příslušného fenoménu a virtualizace tím pádem nemusí být úplně úspěšná. Příkladem je současná situace, kdy se dříve osobní jednání z nutnosti virtualizují, tj. přenášejí se do prostředí informačních sítí. Skutečnost, že jednající lidé nemohou být fyzicky v jedné místnosti, podat si ruku nebo společně vypít kávu, se nemusí na první pohled jevit jako součást podstaty fenoménu obchodního nebo odborného jednání. Čerstvá naše zkušenost nám však ukazuje, že osobní kontakt je u řady takových jednání nedílným aspektem jejich celkové kvality.

Klíčovým momentem virtualizace ve smyslu realizace určitého fenoménu v prostředí informačních sítí je technologická determinace reality. Virtuální prostředí je totiž typické tím, že veškerá realita je zde jednak tvořena lidmi a jednak ji vždy zprostředkovává provozovatel nějaké technologie, resp. poskytovatel nějaké služby. Člověk tedy, chce-li se ve virtuální realitě jakkoli projevit, musí k tomu vždy využít služeb třetí strany[4]. I proto se pro subjekty, které právo definuje jako poskytovatele služeb informační společnosti (ISP)[5], zkráceně označují jako „information intermediaries," tj. informační zprostředkovatelé.

Z právě uvedeného mimo jiné plyne i to, že tito „zprostředkovatelé" mají z faktického i právního hlediska postavení, které v offline světě co do charakteru a důležitosti nemá obdobu[6]. Služba informační společnosti je jednak conditio sine qua non jakéhokoli virtualizovaného jednání, právního nebo protiprávního, což znamená, že poskytovatel této služby se na každém takovém jednání určitou mírou podílí. Kromě toho mají tyto subjekty technickou kompetenci k bezprostřednímu a bezprecedentně efektivnímu ovládání všeho, co se ve virtuálním prostředí děje[7].

---

3 Viz LÉVY, P.: Welcome to Virtuality. *Digital Creativity*, 1997, č. 8(1), str. 3.

4 Srov. POLČÁK, R.: *Internet a proměny práva.* Praha: Auditorium, 2012, str. 204 a násl.

5 Tento výraz vychází z definice čl. 1 odst. 1 písm. b) směrnice č. (EU) 2015/1535 ze dne 9. září 2015 o postupu při poskytování informací v oblasti technických předpisů a předpisů pro služby informační společnosti. Zkratka „ISP", která má mezinárodní použití, označuje anglickou verzi tohoto pojmu, tj. information society service provider.

6 Podrobněji viz POLČÁK, R. a kol.: *Právo informačních technologií.* Praha: Wolters Kluwer, 2018, str. 65 a násl.

7 Teze, že kód je zákonem internetu, se stala základem řady navazujících polemik a studií – první monografickou publikaci postavenou na této tezi, tj. Code and Other Laws of Cyberspace pak její autor Lawrence Lessig dále doplnil a vydal jako LESSIG, L.: Code V. 2. New York: Basic Books, 2006.

2. Odpovědnost ISP

Ultimativní kontrola nad technologií zprostředkovávající jednání uživatelů s sebou pochopitelně nese i otázku spoluodpovědnosti ISP v případech, kdy uživatel svým jednáním způsobí jinému újmu. Otázka spoluodpovědnosti poskytovatele nástroje či technologie samozřejmě není v právu nová. Argumentace, jíž využíváme podnes, pochází původně z osmdesátých let minulého století, tj. z doby, kdy moderní technologie poprvé umožnily ve větším měřítku porušovat právní povinnosti anonymním uživatelům jednajícím prakticky mimo efektivní dosah možného právního postihu. Nejčastěji citovaným klíčovým případem nejen v USA byla věc populárně označovaná jako Sony Betamax[8]. Nahrávací společnost se v tomto případě pokusila zabránit ve vstupu na trh videorekordéru systému Betamax, který jako první spotřebitelsky dostupné zařízení umožňoval záznam videosignálu. Soud prvního stupně i odvolací soud přisvědčily argumentaci žalobce v tom směru, že zařízení umožňuje nahrávání televizního vysílání (což bylo v té době v USA protiprávní) a SONY se jako poskytovatel této unikátní technologie může na tomto protiprávním jednání diváků de iure podílet. Na tomto základě soudy shodně rozhodly o předběžném opatření, kterým mělo být zabráněno uvést Betamax na trh. Nejvyšší soud však toto rozhodnutí zvrátil, když konstatoval, že Betamax je produkt způsobilý „komerčně významného užití bez zásahu do práv," tj. že najde své uplatnění na trhu i za předpokladu, že jej spotřebitelé nebudou používat k porušování majetkových práv autorských. Tím Nejvyšší soud zdůvodnil také absenci účastenské odpovědnosti SONY za možné protiprávní jednání koncových uživatelů.

Betamax tedy směl do prodeje a doktrína komerční relevance právně konformního užití se od té doby začala aplikovat na podobné případy. Nejen v USA se tento způsob hodnocení spoluodpovědnosti poskytovatele technologie používá dodnes např. i na spory o spoluodpovědnost internetových platforem[9]. Pozoruhodná na rozhodnutí SONY je nejen důkladná a nadčasová argumentace, ale především jeden z disentů, v němž se soudce Blackmun pozastavil nad tím, že soud se zde en bloc zbavuje možnosti motivovat poskytovatele technologie k tomu, aby se pokusil uživatelům nějak ztížit možné protiprávní jednání. Blackmun v disentu říká, že i pokud ještě není k dispozici technologie, která by uživatelům Betamaxu ztížila nahrávání televizního signálu, může se v budoucnosti objevit. Společnost SONY ale, pokud zde soud konstatuje absenci spoluodpovědnosti, nebude motivována k tomu takovou technologii vyvinout nebo nasadit. Podle Blackmuna by určitá míra spoluodpovědnosti či alespoň její hrozba mohla vést k tomu, že produkt se sice na trh dostane (Blackmun nebyl proti uvedení Betamaxu na trh a doslova jej označil za užitečný a přínosný produkt), ale jeho dodavatel bude muset přinejmenším vyvinout přiměřené úsilí k tomu, aby zabránil jeho zneužití k protiprávnímu jednání[10].

---

8 Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ze dne 17. 1. 1984, Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., sp. zn. 464 U. S. 417 (1984). Dostupné z: <www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm>.

9 Srov. např. MIRSAIDI, A. V. Mega, Digital Storage Lockers, and the DMCA: Will Innovation Be Stifed by Fears of Piracy. *Duke Law & Technology Review*. 2013-2014, č. 12, str. 151.

10 K současným projevům tohoto znovuobjeveného názoru viz POLČÁK, R. a kol.: *Právo informačních technologií.* Praha: Wolters Kluwer, 2018, str. 70.

Od osmdesátých let minulého století prošla problematika spoluodpovědnosti poskytovatelů technologií, resp. později ISP, dlouhým a zajímavým vývojem[11]. Bez ohledu na specifika právní kultury se na obou stranách oceánu ustálil režim postavený na obecné aplikaci standardních institutů sekundární, účastenské či jiné spoluodpovědnosti ISP doplněný o legislativní omezení odpovědnosti vázaného na konkrétní podmínky stratifikované dle typu služby[12]. Jediný podstatný rozdíl mezi USA a Evropou v tomto směru spočívá v tom, že zatímco v Evropě jde omezení odpovědnosti napříč všemi právními odvětvími, je americká úprava provedena do různých konkrétních částí právního řádu.

Na první pohled nenápadná úprava omezení odpovědnosti ISP[13] stala se každopádně základním kamenem právní regulace rychle se rozvíjejícího podnikání nejprve v oblasti služeb elektronických komunikací a od přelomu tisíciletí též služeb datové ekonomiky. Tatáž úprava následně tvořila též jádro pro řešení právní compliance různých služeb zpracovávajících uživatelská data (UGC – user-generated content), které do značné míry definovaly (a stále definují) moderní západní společnost, ať jde o vyhledávače, sociální sítě nebo různé kontraktační platformy sdílené ekonomiky.

Nabízela by se v tomto směru pragmatická otázka, zda náhodou mezi evropským a americkým pojetím toho, co tvoří základní kámen práva informačních technologií, přeci jen není nějaký podstatný rozdíl[14]. Evropa totiž v oblasti datové ekonomiky za USA beznadějně zaostává a v nejdůležitějších segmentech i přes velikost a vyspělost evropského trhu prakticky nenacházíme dominantní poskytovatele služeb, kteří by byli usazení jinde než v USA. Důvody toho, že američtí poskytovatelé služeb jako je Google, Facebook aj. doslova luxují lukrativní evropské trhy, je však třeba hledat jinde[15].

Režim omezení odpovědnosti založený legislativou z přelomu tisíciletí, byť prokázal svoji stabilní funkčnost, se však poslední dobou dostal pod pochopitelný politický tlak, a to ze dvou základních důvodů. Jednak je čím dál víc evidentní shora popsaný bezprecedentní vliv a kontrola poskytovatelů služeb informační společnosti na dění ve virtuálním prostředí. Vedle stále postupující obecné penetrace společnosti těmito službami se na tom podstatnou měrou podílí též přirozená tendence trhů těchto služeb k monopolizaci. S obojím pak souvisí i rovněž stále markantnější dopad služeb informační společnosti na zdánlivě nesouvisející trhy, který se v posledních letech stal i předmětem zvýšené aktivity orgánů na úseku

---

11 Podrobně k vývoji právní úpravy včetně judikatury viz monografii HUSOVEC, M.: *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Tentýž autor podrobně zmapoval i vývoj české a slovenské judikatury v monografii HUSOVEC, M.: *Zodpovednost na internete podľa českého a slovenského práva*. Praha, CZ.NIC, 2014. Kniha je i zdarma ke stažení z webu nic.cz.

12 Srov. BAISTROCCHI, P.: A. Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journa*., 2002, č. 19(1), str. 111.

13 Jádrem této úpravy jsou čl. 12 – 15 směrnice č. 2000/31/ES o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu). Tato směrnice byla do českého práva provedena zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti), ve znění pozdějších předpisů.

14 K partikulárním odlišnostem režimů omezení odpovědnosti viz např. srovnávací studii BRODER, K.: An International Comparison of ISP's Liabilities for Unlawful Third Party Content. *International Journal of Law and Information Technology*. 2010, č. 18(4), str. 332.

15 Mezi hlavní důvody patří neexistence skutečného jednotného trhu, přičemž paradoxně v odvětvích, jako je distribuce autorských děl, stále existují neprostupné státní hranice – srov. např. studii k aktuální problematice zaostávání Evropy v oblasti umělé inteligence BRATTBERG, E. CSERNATONI, R. RUGOVA, V.: *Europe and AI: Leading, Lagging Behind, or Carving Its Own Way?* Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2020. Studie je k dispozici i ke stažení na adrese carnegieendowment.org.

ochrany hospodářské soutěže[16]. Především v případě některých internetových platforem dokonce postupně dospíváme k závěru, že byť z hlediska formy jde o služby informační společnosti (tj. zprostředkovatele komunikace), můžeme na základě pragmatické analýzy dospět k závěru, že na příslušném trhu (typicky např. na trhu přepravních služeb) dokonce přímo podnikají[17].

3. Aktivní role ISP

Všechny shora uvedené faktory týkající se míry faktické kontroly poskytovatelů služeb informační společnosti nad virtuálním prostředím a jejich významu pro ekonomický a společenský život nás vrací zpět ke shora citovanému Blackmunovu argumentu a vedou k jednoduchému závěru, že by se tyto subjekty mohly a měly ve větší míře a za užití svých unikátních kompetencí přičinit o to, aby v jimi vytvořených a provozovaných „enklávách, kde život nachází svůj domov"[18] nedocházelo k porušování platného práva[19].

Určitou roli poskytovatelů služeb informační společnosti v tomto směru předpokládá už samotná směrnice o elektronickém obchodu, když příkladně v čl. 12 odst. 3 umožňuje členským státům i přes neexistenci spoluodpovědnosti ISP za protiprávnost přenášeného obsahu správním nebo soudním rozhodnutím zakázat poskytování příslušné služby[20]. Ještě dál jde pak čl. 14 odst. 1, který zavazuje poskytovatele služeb typu hosting, mezi které patří i většina populárních služeb typu Google, Twitter, Facebook aj., aby pod sankcí možné spoluodpovědnosti bezodkladně odstraňovali důsledky protiprávního jednání svých uživatelů, pokud se o takovém jednání dozví nebo o něm mají a mohou vědět[21]. Stále však platí, že obecnou povinnost aktivně bránit uživatelům v protiprávním jednání vylučuje vedle shora zmíněného en bloc omezení odpovědnosti všech typů poskytovatelů služeb informační společnosti i explicitní zákaz členským státům ukládat těmto poskytovatelům povinnosti obecného dohledu nad uživateli[22].

K prvním úspěšným pokusům o zakládání aktivních povinností poskytovatelům služeb typu hosting došlo v Německu[23]. Případy, kdy německý Nejvyšší soud posvětil aktivní

16 Viz zejm. případy 39740 Google Search (Shopping) nebo 40411 Google Search (AdSense).

17 Srov. případy C-434/15 Uber Spain SL a C-390/18 Airbnb Ireland.

18 Tento výraz, který trefně označuje různá dnešní internetová společenství, použil poprvé v padesátých letech minulého století zakladatel kybernetiky Norbert Wiener – viz WIENER, N.: *Cybernetics: Or the Control and Communication in the Animal and the Machine*. Cambridge: MIT Press, 1961, str. 13.

19 Viz např. FROSIO, G.: Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy. *Northwestern University Law Review*. Online, 2017-2018, č. 112, str. 18. Vývoje směrem k požadavku na aktivní přístup ISP si všímá i vynikající studentský článek MLYNÁŘ, V.: A Storm in ISP Safe Harbor Provisions: A Shift from Requiring Passive-Reactive to Active-Preventative Behavior and Back. *Intellectual Property Law Bulletin*. 2014, číslo 19(1), str. 1.

20 Tato výjimka se uplatnila např. v úpravě § 82 - § 84 zákona č. 186/2016 Sb., o hazardních hrách, jímž je zavedena možnost uložit poskytovatelům služeb elektronických komunikací blokovat přístup k nepovoleným internetovým hrám.

21 Podrobněji k problematice notifikací a jimi následovaných odstranění důsledků protiprávního jednání uživatelů viz POLČÁK, R. a kol.: *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, str. 83.

22 Srov. čl. 15 směrnice o elektronickém obchodu.

23 Prvním případem tohoto typu byla věc BGH č.j. Az I ZR 304/01 *ROLEX v Ricardo.de*.

povinnost filtrovat nabídky[24] na prodej padělaných hodinek, si však z různých důvodů nenašly cestu k Soudnímu dvoru EU a ani později se konformita německého extenzivního výkladu prevenční povinnosti se zákazem cenzury ve smyslu čl. 15 směrnice o elektronickém obchodu nikdy nestala přímým předmětem předběžné otázky. Až v případu C-18/18 - Glawischnig-Piesczek se, i když spíše mimoděk, Soudní dvůr k myšlence některých prevenčních povinností přihlásil.

Skutečnost, že ani profesionálně redigovaný zpravodajský server si nemůže hrát na to, že neví o nenávistných příspěvcích anonymních diskutujících, pak následně konstatoval v případu Delfi[25] Evropský soud pro lidská práva a, byť právo EU je pro jeho rozhodovací praxi irelevantní, nastavil společně s následujícím případem MTE[26] pragmatický interpretační standard pro otázku zjevné protiprávnosti ve smyslu čl. 14 odst. 1 písm. a) směrnice o elektronickém obchodu založený na velikosti a povaze příslušného ISP.

Přes veškeré tržní nebo společenské změny i judikatorní tendence však Barrosova i Junckerova komise odmítala z politických důvodů otevřít otázku revize omezení odpovědnosti ve směrnici o elektronickém obchodu. Jednalo se o pochopitelný přístup, neboť letitá pravidla omezující odpovědnost ISP vytvořila víceméně funkční rovnováhu velkého množství různých zájmů a byla zárukou jakési homeostázy obřího, a přitom stále rostoucího, trhu. Poziční dokumenty z posledních měsíců funkčního období Junckerovy komise[27] však začaly postupně dávat konkrétní představu blížící se revize. Úmysl kompletně rekodifikovat směrnici o elektronickém obchodu pak oznámila předsedkyně Von der Leyen v prohlášení Shaping Europe's Digital Future a Komise tento úmysl letos potvrdila zahájením veřejné konzultace k tomu, co se pracovně označuje jako balíček Aktu o digitálních službách[28].

4. Rekodifikace směrnice o elektronickém obchodu

Na tomto místě by nyní měla následovat analýza a kritická diskuse jednotlivých stěžejních momentů chystaného nařízení. Přestože ale zřejmě nějaký návrh jeho textu někde existuje, nemá k němu doposud přístup veřejnost ani členské státy[29]. Veřejná konzultace je tedy nyní namísto konkrétního návrhu vedena spíše ke spekulacím, dohadům a sporadicky se vyskytujícím odborným textům[30].

---

24 Další případy, kdy německé soudy nařizovaly aktivní povinnosti filtrovat následky protiprávního jednání uživatelů, zahrnovaly i známé služby informační společnosti – např. věc BGH č.j. I ZR 80/12 Rapidshare. Podrobněji k vývoji německé judikatury viz NORDEMANN, J. B.: Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The Geman Approach, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2011, č. 2, str. 37.

25 Viz rozhodnutí ESLP ve věci Delfi AS proti Estonsku, č. 64569/09.

26 Viz rozhodnutí ESLP ve věci Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete a Index.hu Zrt proti Maďarsku, č. 22947/13.

27 Srov. COM(2016)288, COM(2017)555 nebo COM(2018)1177.

28 Gesci nad přípravou celého balíku předpisů souvisejících s novým nařízením má tým E-commerce and Platforms pod vedením Prabhata Agarwala.

29 V době vydání tohoto textu již zřejmě budou k dispozici návrh aktu o digitálních službách (DSA) s úpravou odpovědnosti ISP i nařízení o digitálním trhu (DSM) obsahující ex ante povinnosti.

30 Zřejmě nejkomplexnější dokument mapující pole pro chystaný akt v tomto směru doposud nabídl Evropský parlament – viz LOMBA, N. EVAS, T.: Digital services act - European added value assessment. *Brussels: European Parliamentary Research Service.* 2020. Dokument je volně ke stažení v sekci EPRS na adrese www.europarl.europa.eu.

Z toho, co prozatím o chystaném aktu víme, lze opatrně předpokládat, že pro odpovědnost poskytovatele digitálních služeb[31] explicitně založí princip země původu[32]. Ten je již sice obsažen i ve směrnici[33], ale členské státy byly v otázce jeho provedení do svých právních řádů poněkud laxní a ani soudy (dokonce včetně samotného Soudního dvora EU) mu nevěnovaly příliš pozornosti[34]. Posílení tohoto principu bude nejen z pohledu poskytovatelů digitálních služeb krokem kupředu, neboť může podpořit právní jistotu a omezit možnosti jurisdikční spekulace (forum shopping). Problém však může v některých oborech digitálních služeb představovat fenomén vykutálených členských států lákajících svojí regulatorní benevolencí podnikatele, kteří z příslušného území následně díky internetu obsluhují celý společný trh. Princip země původu takovému přístupu přímo nahrává, neboť efektivně brání příslušného podnikatele před dopadem regulace ve členských státech, na jejichž trzích prostřednictvím internetu působí, aniž by tam byl usazen[35].

Jedním z hlavních důvodů diskusí o novém nařízení je vedle skutečného sjednocení odpovědnostních limitů také shora popsaná potřeba více angažovat poskytovatele digitálních služeb v účinné realizaci práva. Nastavení proporcionální rovnováhy mezi všemi možnými zájmy je zde samozřejmě otázkou regulatorní alchymie. Nadto je třeba předpokládat, že podobně, jako sloužila směrnice o elektronickém obchodu potřebě informační společnosti podstatně se lišící od té, v jejíž době vznikla, bude i nový akt muset obstát v prostředí, u nějž předpokládáme další rychlý vývoj (aniž bychom ale předem věděli jaký).

Domnívám se, že klíčem k úspěchu je v tomto ohledu podrobnější stratifikace na základě stávajících zkušeností. Směrnice o elektronickém obchodu nyní rozlišuje vzhledem k omezení odpovědnosti na tři základní kategorie subjektů dle typu poskytované služby[36]. Tato klasifikace by mohla být jednak na základě současných poznatků o struktuře služeb informační společnosti rozšířena a jednak by mohla být doplněna další hlediska k odlišení odpovědnostního režimu a případných ex ante povinností. Komise už avizovala, že takovým hlediskem by mohla být velikost nebo význam příslušného poskytovatele digitální služby, což ostatně odpovídá mimo jiné i shora cit. aktuální pragmatické judikatuře Evropského soudu pro lidská práva.

Dalším vhodným stratifikačním hlediskem by dle mého názoru mělo být právo, jehož porušení uživatelem má na straně poskytovatele digitální služby stíhat spoluodpověd-

---

31 Tento pojem postupně v evropském právu nahradí dosavadní pojem poskytovatele služeb informační společnosti. V evropském právu se již výraz digitálních služeb vyskytl v souvislosti se směrnicí NIS (směrnice č. 2016/1148 o opatřeních k zajištění vysoké společné úrovně bezpečnosti sítí a informačních systémů v Unii) a od té doby je konstantně používán v evropské legislativě. Tuto skutečnost však nereflektoval český právotvůrce, který tohoto výrazu později užil ve zcela jiném významu v zákoně č. 12/2020 Sb. o právu na digitální služby a o změně některých zákonů. Zdaleka nikoli jen kvůli tomu si tento předpis i přes rozsáhlou marketingovou kampaň vysloužil ostrou kritiku odborné obce – viz MATES, P.: Právo na digitální služby. *Revue pro právo a technologie*. 2020, č. 21, str. 79.

32 K problému určení rozhodného práva a aplikaci různých principů mezinárodního práva soukromého viz např. KYSELOVSKÁ, T.: Kritická analýza judikatury Soudního dvora EU ve věcech určení mezinárodní příslušnosti soudů v případě pomluvy a porušení osobnostních práv na internetu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2018, roč. 26, č. 4, str. 589.

33 Srov. zejm. odst. 22 a 24 preambule ke směrnici o elektronickém obchodu.

34 Srov. např. HÖRNLE, J.: The UK Perspective on the Country of Origin Rule in the E-Commerce Directive - A Rule of Administrative Law Applicable to Private Law Disputes. *International Journal of Law and Information Technology*. 2004, číslo 12(3), str. 333.

35 Srov. např. COCKFIELD, A. Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation. *Minnesota Law Review*. 2001, č 85(5), str. 1171.

36 Aktuálně jde o služby typu mere counduit, caching a hosting ve smyslu čl. 12, 13 a 14 směrnice o elektronickém obchodu.

nost nebo prevenční povinnost. Zkušenost s dosavadním režimem omezení odpovědnosti poskytovatelů služeb informační společnosti totiž ukazuje, že se proporcionalita odpovědnostního nástroje, ať jde o spoluodpovědnost, prevenční povinnost nebo třeba o povinnost blokovat službu na základě správního rozhodnutí, dá adekvátně zhodnotit pouze tehdy, pokud víme, jaké právo nebo oprávněný zájem chrání. Poněkud problematicky pak v tomto směru působí, pokud poziční dokumenty Komise nejprve v úvodních pasážích argumentují potřebu nových účinných nástrojů ochranou společnosti před terorismem, nenávistnými projevy nebo výrobou a šířením dětské pornografie, aby pak kdesi uprostřed plynule přešla řeč na ochranu majetkových práv autorských, která ale ve struktuře proporcionality z pochopitelných důvodů zdaleka nemá (a nemůže mít) proti hodnotám typu svobody projevu nebo ochrany soukromí takovou váhu. Domnívám se tedy, že pokud má být nějaký obecný nástroj typu prevenční povinnosti zasahující do subjektivních práv poskytovatele digitální služby nebo uživatele této služby způsobilý abstraktního přezkumu politického nebo soudního (zde především vzhledem k primárnímu právu EU), je předně třeba specifikovat, k ochraně kterých práv je určen. Na tomto základě pak je třeba i ve shora popsaném smyslu stratifikovat závažnost jednotlivých povinností uložených poskytovatelům digitálních služeb.

Na diskusi partikulárních otázek nového nařízení je samozřejmě v situaci, kdy není veřejně znám ani jeho základní obrys, ještě brzy. Každopádně ale můžeme čekat jednak obecné omezení nejistoty poskytovatelů digitálních služeb (byť zřejmě za cenu implementace nových compliance procedur) v otázce bezodkladného hodnocení protiprávnosti uživatelských aktivit nebo formy příslušných oznámení. S tím by se měla též posílit odpovídající nabídka finančních služeb, zejména v oblasti pojištění příslušných rizik. Dočkáme se zřejmě i pokusu o ochranný mechanismus před zneužitím oznámení o protiprávnosti, a to buď ve formě performativní povinnosti[37] revidovat odstranění obsahu nebo mandatorní implementace nějakého typu neformálního řešení sporů. Ani v tomto směru ale prozatím nemáme, kromě obecných náznaků v pozičních dokumentech, nad čím vést odbornou diskusi.

5. Závěrečné poznámky

Směrnice o elektronickém obchodu tvoří v části upravující omezení odpovědnosti poskytovatelů služeb informační společnosti bez nadsázky jádro právní regulace IT sektoru v EU. Na jedné straně je nepochybně dobře, že se Komise rozhodla zohlednit zkušenosti tohoto extrémně rychle se vyvíjejícího odvětví a revidovat pravidla, která sice v zásadě stále fungují, ale profesní i odborná komunita čím dál silněji vnímá jejich rezervy.

Mechanismus, kterým byla oficiálně odstartována veřejná debata, však nepovažuji za šťastný. Jednak evidentně povede ke (zčásti určitě úmyslnému) zahlcení odborných komunikačních kanálů lobbyingem a balastem podobně, jako tomu bylo v případě GDPR. Kromě toho dává tento proces dojem, jako by jednotlivé DG vlastně doposud nic moc v tomto ohledu neudělaly a teprve nyní začínají s bílým papírem přemýšlet, jak by se to celé dalo napsat. Realita je ale samozřejmě opačná, neboť odborná diskuse se i na úrovni nomen-

37 K pojmu viz POLČÁK, R. KASL, F. LOUTOCKÝ, P. MÍŠEK, J STUPKA, V.: Virtualizace právních vztahů a nové regulatorní metody v pozitivním právu. *Právník*. 2019, roč. 158, č. 1, str. 86.

klatury Komise vede prakticky po celých uplynulých dvacet let a osobně se domnívám, že návrh nařízení (o němž jsem přesvědčen, že někde skutečně existuje), má díky tomu velmi solidní odbornou úroveň a byl by způsobilý nejen zafungovat jako základní osa veřejné diskuse, ale v této diskusi i se ctí obstát.

Velmi pozitivně naopak působí debata, která se k této problematice v posledních měsících vede v České republice. Ať jde o diskusi akademickou nebo o debatu v profesní komunitě moderovanou Svazem průmyslu a dopravy a Ministerstvem průmyslu a obchodu, jednoznačně se ukazuje jednak všeobecný zájem (včetně zájmu politického) o tuto vysoce důležitou problematiku a rovněž s tím související vysoká odborná úroveň poznatků a argumentů, s nimiž do diskuse vstupují jednotliví aktéři. Podaří-li se tyto vysoce hodnotné vstupy adekvátně zpracovat, to za současného udržení na uzdě zájmů (často relevantních ale na evropské poměry někdy až příliš ostře prosazovaných) amerických poskytovatelů digitálních služeb, můžeme do výsledné podoby tohoto vysoce důležitého předpisu z pozice České republiky významně promluvit – to mimo jiné i proto, že finalizaci jednání o podobě nového nařízení očekáváme v období českého předsednictví Rady EU.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] BAISTROCCHI, P. A.: Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce. Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2002, č. 19(1).

[2] BRATTBERG, E., CSERNATONI, R., RUGOVA, V.: Europe and AI: Leading, Lagging Behind, or Carving Its Own Way? Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2020.

[3] BRODER, K.: An International Comparison of ISP's Liabilities for Unlawful Third Party Content. International Journal of Law and Information Technology, 2010, č. 18(4).

[4] COCKFIELD, A.: Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation. Minnesota Law Review, 2001, č 85(5).

[5] FROSIO, G.: Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy. Northwestern University Law Review Online, 2017-2018, č. 112. MLYNÁŘ, V.: A Storm in ISP Safe Harbor Provisions: A Shift from Requiring Passive-Reactive to Active-Preventative Behavior and Back. Intellectual Property Law Bulletin, 2014, číslo 19(1).

[6] HESSE, H.: Aufnahme eines Interessenten in Vorauswahlverfahren zur Insolvenzverwalterbestellung bei Ortsnähe, einschlägiger Berufserfahrung und Unabhängigkeit von Interessengruppen. *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, č. 15/2005, s. 605–622.

[7] HÖRNLE, J.: The UK Perspective on the Country of Origin Rule in the E-Commerce Directive - A Rule of Administrative Law Applicable to Private Law Disputes. International Journal of Law and Information Technology, 2004, číslo 12(3).

[8] HUSOVEC, M.: Injunctions Against Intermediaries in the European Union. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

[9] HUSOVEC, M.: *Zodpovednost na internete podľa českého a slovenského práva*. Praha, CZ.NIC, 2014.

[10] KYSELOVSKÁ, T.: Kritická analýza judikatury Soudního dvora EU ve věcech určení mezinárodní příslušnosti soudů v případě pomluvy a porušení osobnostních práv na internetu. Časopis pro právní vědu a praxi, 2018, roč. 26, č. 4.

[11] LESSIG, L.: Code V. 2. New York: Basic Books, 2006.

[12] LÉVY, P.: Becoming Virtual. New York: Plenum Trade, 1998.

[13] LÉVY, P.: Qu'est-ce que le virtuel? Paris: La Découverte, 1995.

[14] LÉVY, P.: Welcome to Virtuality. Digital Creativity, 1997.

[15] LOMBA, N. EVAS, T.: Digital services act - European added value assessment. Brussels: European Parliamentary Research Service, 2020.

[16] MATES, P.: Právo na digitální služby. Revue pro právo a technologie, 2020, č. 21.

[17] MIRSAIDI, A. V. Mega, Digital Storage Lockers, and the DMCA: Will Innovation Be Stifed by Fears of Piracy. Duke Law & Technology Review, 2013-2014, č. 12.

[18] NORDEMANN, J. B.: Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The Geman Approach, *Journal of Intellectual Property*, Information Technology and E-Commerce Law, 2011, č. 2.

[19] NOVÁK, J.: *Marketingový výzkum.* 1. vyd. Praha: Grada, 2007, 285 s. ISBN 80-7248-111-1.

[20] POLČÁK, R. a kol.: *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018.

[21] POLČÁK, R.: *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012.

[22] POLČÁK, R. KASL, F. LOUTOCKÝ, P. MÍŠEK, J STUPKA, V.: Virtualizace právních vztahů a nové regulatorní metody v pozitivním právu. *Právník*, 2019, roč. 158, č. 1, str. 86.

[23] WIENER, N.: *Cybernetics: Or the Control and Communication in the Animal and the Machine*. Cambridge: MIT Press, 1961.

Kontaktní adresa autora:
doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.
Ústav práva a technologií
Právnická fakulta Masarykovy univerzity
Veveří 70
611 80 Brno
E-mail: radim.polcak@law.muni.cz

soukup.jana@email.cz
mart.samek@gmail.com

Jana Soukupová
Martin Samek

VYBRANÉ PRÁVNÍ ASPEKTY TECHNOLOGIE ROZPOZNÁVÁNÍ OBLIČEJŮ A JEJÍ VYUŽITÍ V PRAXI

SELECTED LEGAL ASPECTS OF FACE RECOGNITION TECHNOLOGY AND ITS USE IN PRACTICE

Abstrakt: Tématem tohoto příspěvku je analýza současného právního rámce týkajícího se technologie detekce a rozpoznání obličejů. Tato technologie se stává v poslední době předmětem veřejných debat a kontroverzí, zejména v souvislosti s jejím využitím bezpečnostními složkami či v obchodních centrech. Autoři se v příspěvku věnují jak zákonné úpravě, tak doporučením dozorových orgánů. Cílem příspěvku je prozkoumat možnosti využití těchto technologií v praxi při dodržení všech zákonných požadavků.

Abstract: The topic of this paper is the analysis of the current legal framework concerning face detection and face recognition technology. This technology has recently become the subject of public debate and controversy, especially in connection with its use by police forces or in shopping malls. The authors address both the legislation and the recommendations of supervisory authorities. The aim of the paper is to explore the possible uses of these technologies in practice while complying with all legal requirements.

Klíčová slova: *technologie rozpoznávání obličejů, ochrana osobních údajů, biometrické údaje, právo, GDPR.*

Key words: *facial recognition, personal data protection, biometric data, law, GDPR.*

Úvod

Technologie rozpoznávání obličejů (angl. facial recognition) se stává v posledních letech předmětem veřejného zájmu. V České republice například v loňském roce proběhla debata o tom, zda by pražská policie měla používat technologii rozpoznávání obličejů ve veřejných prostorách. Výsledkem této debaty bylo, že policie od původního plánu ustoupila.[1] Ve Švédsku a Francii zase vzbudily rozruch případy užívání této technologie ve školách

1 Více k tématu viz Policisté chtějí v Praze otestovat automatické rozpoznávání obličejů. *iDNES*. [online]. Dostupné z: https://www.idnes.cz/praha/zpravy/kamery-praha-rozpoznavani-obliceju-policie-test-technologie.A191120_100338_praha-zpravy_may [cit. 15. 10. 2020].

k evidenci docházky.[2] Jinde ve světě je možné se s touto technologií setkat v různých obchodních řetězcích, které ji využívají například za účelem prevence kriminality, usnadnění prodeje či za měřením spokojenosti zákazníků.[3] Použití této technologie v EU ovšem naráží na ochranu soukromí a osobních údajů a musí tak naplnit zákonné požadavky zejména obecného nařízení o ochraně osobních údajů (dále jen GDPR).

Příspěvek rozebírá právní aspekty této technologie, a to zejména v kontextu ochrany osobních údajů. Autoři nejdříve přibližují různé druhy této technologie, následně pak rozebírají na ni dopadající právní úpravu a její interpretaci z pohledu dozorových či poradních orgánů. Cílem příspěvku je posoudit, jaké požadavky musí být splněny ze strany správce či zpracovatele osobních údajů, aby mohl technologii rozpoznávání obličejů použít. Příspěvek je primárně zaměřen na užití této technologie v soukromoprávní sféře a nevěnuje se užití této technologie policií.

1. O technologii rozpoznávání obličejů

Klíčovým pro určení relevantního právního rámce v případě technologie rozpoznávání obličejů je pochopení toho, jakým způsobem tato technologie funguje. Ne každé monitorování osob pomocí videokamer je totiž možné ztotožnit s technologií rozpoznávání obličejů. Jen některé z nich totiž skutečně dokáží obličej nějakým způsobem identifikovat, případně dokonce fungovat jako biometrický identifikátor. Celá technologie zároveň stojí na poměrně sofistikovaném řešení na bázi umělé inteligence a senzorů.[4] Tyto systémy pak mohou nabídnout celou škálu funkcí, ať už se jedná o zacílenou reklamu na konkrétního zákazníka či možnost placení pouze na základě rozpoznání daným softwarem.[5]

V dnešní době existují minimálně čtyři kategorie softwaru, který je schopen nějakým způsobem zobrazovat obličej.[6] Tyto čtyři kategorie se dle Leong[7] dají rozdělit na:

- **Detekci**: Jedná se o jednoduchou technologii, která je schopna pouze rozeznávat, zda objekt před ní je člověkem. Používá se například k autofokusu objektivu nebo k počítání lidí.
- **Charakterizaci**: Tato technologie již dokáže oproti předchozí přesněji rozpoznat určité údaje o subjektu – například jeho věk, pohlaví či emoci, nicméně stále není schopna zpracovávat údaje, dle kterých je možné osobu rozpoznat.

2 DATAINSPEKTIONEN. *Supervision pursuant to the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 – facial recognition used to monitor the attendance of students*. [online].. Dostupné z: https://www.datainspektionen.se/globalassets/dokument/beslut/facial-recognition-used-to-monitor-the-attendance-of-students.pdf [cit. 15. 10. 2020]; CNIL. Expérimentation de la reconnaissance faciale dans deux lycées: la CNIL précise sa position. [online]. Dostupné z: https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position [cit. 15. 10. 2020].

3 Are you being scanned? How facial recognition technology follows you, even as you shop. [online]. Dostupné z: https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/24/are-you-being-scanned-how-facial-recognition-technology-follows-you-even-as-you-shop [cit. 15. 10. 2020].

4 TEZUKA, H. KURODA, M. NADA, Y. a YAMASAKI, S.: New in-store biometric solutions are shaping the future of retail services. NEC *Technical Journal* [online]. 2019, 13(2), 46–50, s. 47. [cit. 25. 10. 2020].

5 Ibid.

6 LEONG, B.: Facial recognition and the future of privacy: I always feel like … somebody's watching me. *Bulletin of the Atomic Scientists* [online]. 2019, 75(3), 109 –11. Dostupné z: https://doi.org/10.1080/00963402.2019.1604886, s. 110-112. [cit. 25. 10. 2020].

7 Ibid.

- **Ověření (verifikace):** Ověření funguje na principu přiřazování již uložené obličejové šablony a dokáže tak určit, zdali se jedná skutečně o určitou osobu, s jejíž šablonou ji porovnává. Je to tzv. shoda jednoho k jednomu. Asi nejběžnějším příkladem verifikace je odemykání chytrého telefonu pomocí rozpoznání obličeje.
- **Identifikaci:** Systém v tomto případě je schopen prohledat celou databázi, aby našel shodu se zadaným parametrem, nejčastěji fotografií či videem. Nejedná se tedy o pouhé rozpoznání jedné jediné uložené osoby, ale jde přiřazování v rámci mnohem rozsáhlejší databáze. Nejčastěji je využíván policií.[8]

Dále je nutné vymezit, co je to z technického hlediska biometrický identifikátor. Mylná je totiž představa, že každá fotografie našeho obličeje je biometrickým údajem. O biometrický údaj se jedná až v případě, že systém vytváří, zjednodušeně řečeno, určitou šablonu mapující obličejovou strukturu a následně je schopen na základě toho danou osobu rozpoznat.[9] Pokud to aplikujeme na výše uvedené dělení, o biometrický údaj se jedná až u softwaru schopného verifikace a identifikace. To, zdali se jedná o biometrický údaj, je přitom poměrně zásadní pro určení právního rámce zpracování takového údaje dle GDPR. Biometrické údaje budou zároveň vždy považovány za osobní údaje.[10]

2. Právní rámec

Regulaci v této oblasti lze rozdělit na závaznou (hard) a nezávaznou (soft). K první řadíme především zákony, kde dominantním předpisem je GDPR a v České republice pak adaptační zákon č. 110/2019 Sb., o zpracování osobních údajů. Významná je také úprava ochrany osobnosti v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, a v konkrétních případech také úprava v zákoně č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, a další předpisy, které s ochranou spotřebitele souvisí. Pro účely tohoto zkoumání však budou rozebrána pouze ustanovení GDPR. K "soft regulaci" řadíme především nejrůznější stanoviska, vodítka či rozhodnutí dozorových orgánů v oblasti ochrany osobních údajů.

2.1 Požadavky dle GDPR

Pokud se nějaký subjekt rozhodne využívat technologii na rozpoznávání obličejů založenou, bude dle GDPR buď správcem[11], nebo zpracovatelem[12] osobních údajů[13]. Zde je třeba zmínit, že ne každé užití kamery znamená automaticky shromažďování osobních údajů.[14]

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Srov. MATEJKA, J. MATOCHOVÁ, S. a PROKEŠ, J.: Analysis of biometric data under the general data protection regulation. *Acta Informatica Pragensia* [online]. 2019, 8(2), 88–11. Dostupné z: doi:10.18267/j.aip.126, s. 99. [cit. 22. 10. 2020].

11 Dle čl. 4 odst. 7 GDPR je správcem *„fyzická nebo právnická osoba, orgán veřejné moci, agentura nebo jiný subjekt, který sám nebo společně s jinými určuje účely a prostředky zpracování osobních údajů; jsou-li účely a prostředky tohoto zpracování určeny právem Unie či členského státu, může toto právo určit dotčeného správce nebo zvláštní kritéria pro jeho určení."*

12 Dle čl. 4 odst. 8 GDPR je „zpracovatelem" fyzická nebo právnická osoba, orgán veřejné moci, agentura nebo jiný subjekt, který zpracovává osobní údaje pro správce.

13 Čl. 4 odst. 1 GDPR.

14 Například v situacích, kdy půjde o parkovací kamery vozidel. Srov. bod 8 Pokynů EDPB 3/2019.

Správce či zpracovatel má povinnost dodržet **zásady nutné ke zpracování** osobních údajů. Zejména jde o zásadu minimalizace (osobní údaje musí být přiměřené, relevantní a omezené na nezbytný rozsah)[15], zásadu účelového omezení (osobní údaje musí být shromažďovány za určitým, výslovně vyjádřeným legitimním účelem)[16] a zásadu zákonnosti, korektnosti a transparentnosti. Zásada zákonnosti znamená, že ke zpracování osobních údajů potřebuje správce či zpracovatel zákonný důvod (titul). Ty nalezneme v článku 6 GDPR, doplněné o výjimky v článku 9 v případě zpracování zvláštních kategorií údajů.

Jak bylo zmíněno v úvodu této části, ne každé užití kamery znamená, že půjde nutně o zpracování osobních údajů. Zároveň také ne každé užití technologií rozpoznávání obličejů bude považováno za zpracování zvláštních kategorií osobních údajů dle čl. 9 GDPR, především tedy biometrických údajů.[17] Pro určení, zda bude nutné postupovat dle čl. 6 i 9 GDPR, bude klíčový způsob zpracování a užité prostředky a především pak, zda účelem bude "jedinečná identifikace subjektů", jak o ní hovoří čl. 9 GDPR.[18] Jinak řečeno, z pohledu GDPR bude například rozdíl mezi tím, jestli nějaký subjekt používá technologii schopnou charakterizace, nebo identifikace, a zároveň zdali ji používá za účelem jedinečné identifikace osob, nebo ne. Praktické dopady a příklady budou rozebrány v následující části článku.

Článek 6 GDPR obsahuje **zákonné důvody zpracování** osobních údajů. Teoreticky všechny důvody obsažené v prvním odstavci mohou být aplikovatelné na technologii rozpoznávání obličejů, přesto některé z důvodů budou v rámci technologie užívány častěji. Článek 9 potom obsahuje obecné pravidlo, že je zakázáno zpracovávání zvláštních kategorií osobních údajů, ledaže je splněna některá z výjimek v druhém odstavci. V soukromoprávní sféře potom v případě této technologie připadá v úvahu zejména výjimka výslovného souhlasu.

V praxi jedním z nejčastějších titulů bude **souhlas**[19]. Jeho podmínky jsou přiblíženy v článcích 7 a 8 a dále v některých recitálech. Kromě toho existuje i implicitní podmínka nutnosti získat souhlas ještě předtím, než je započato se zpracováním.[20] V případě zpracování zvláštní kategorie osobních údajů pak článek 9 vyžaduje výslovný souhlas, tedy přímo zapovídá možnost takovýto souhlas získávat konkludentní cestou, tedy například pouhým vstupem do určitého objektu.

Zde je nutné zmínit, že v článku 9 odst. 2 nejsou v pravém smyslu slova právní tituly, ale výjimky z obecného zákazu podle čl. 9 odst. 1, tedy musí být naplněná jak výjimka podle čl. 9 odst. 2, tak zároveň naplněný právní základ podle čl. 6. Výslovný souhlas bude vždy naplňovat podmínky souhlasu podle čl. 6 odst. 1 písm. a), nicméně je možné různě kombinovat výjimky podle čl. 9 a právní základy podle čl. 6.[21] Zpracování tak může být založené například na oprávněném zájmu[22] (pro účely cílení reklamy dodavatelem služeb zákazníkům apod.).

---

15 Čl. 5 odst. 1 písm. c) GDPR.

16 Čl. 5 odst. 1 písm. b) GDPR.

17 Srov. EDPB. *Pokyny 3/2019 ke zpracování osobních údajů prostřednictvím videotechniky*. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=44288, bod 75. [cit. 22. 10. 2020].

18 Srov. Ibid., bod 76.

19 Čl. 6 odst. 1 písm. a) GDPR.

20 Dle názoru EDPB je tak vyjádřeno textací *"has given"* ve článku 6(1)(a) GDPR, zároveň to odpovídá starším stanoviskům WP29. Více k tomu viz Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=42277 [cit. 15. 10. 2020].

21 Konzultace s Vladanem RÁMIŠEM, předsedou Spolku pro ochranu osobních údajů. Praha. 21.10.2020.

22 Čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR.

Pokud by ale správce využíval k cílení i údaje o zdravotním stavu, tak by k takovému užití potřeboval souhlas podle čl. 9 odst. 2 písm. a). Většinou odpovídající výjimka podle čl. 9 odst. 2 automaticky naplní odpovídající požadavek dle čl. 6 odst. 1, ale nemusí tak tomu být vždy.[23]

Oprávněný zájem také vyžaduje jistou míru balancování se zájmy a právy subjektů údajů, které nesmí převážit nad zájmy správce, jinak takové zpracování nebude zákonné.[24] Přesto oprávněný zájem nalezne v praxi široké využití a je možné si jej představit jako zákonný důvod například v případě užití technologie založené pouze na charakterizaci. Recitál 47 výslovně připouští oprávněný zájem například pro účely přímého marketingu. Tomu odpovídá i vyjádření ÚOOÚ[25] a stanovisku Pracovní skupiny 29 (WP29)[26] právě k tématice přímého marketingu v kontextu předcházející směrnice 95/46/ES. Při využívání institutu oprávněného zájmu je dále nutné zohlednit právo vznést námitku dle článku 21 GDPR.

Dle čl. 35 odst. 1 GDPR jsou správci ještě před zpracováním povinni provést tzv. DPIA, tedy posouzení vlivů na ochranu osobních údajů v případě, že zpracování bude mít za následek *„vysoké riziko pro práva a svobody osob"*, a to zejména v případě využití nových technologií. Toto zpracování dle třetího odstavce písmene b) bude nutné zejména v případě rozsáhlého zpracování zvláštních kategorií údajů uvedených v čl. 9 odst. 1. V kvalifikovaných případech, jako je zpracování, které představuje vysoké riziko i navzdory přijatým bezpečnostním opatřením, bude nutné se před samotným zpracováním osobních údajů obrátit na dozorový úřad.[27] Zpracování osobních údajů pomocí technologií rozpoznávání obličejů založených na identifikaci a verifikaci může takové vysoké riziko představovat již z podstaty věci. U nižších forem, konkrétně charakterizace, pak takové vysoké riziko mohou představovat jisté kategorie osobních údajů, která technologie může sbírat (zdravotní stav, etnická příslušnost atd.). U detekce dle názoru autorů čl. 35 v úvahu připadat nebude.

2.2 Relevantní stanoviska a rozhodnutí

V současné době existuje celá řada stanovisek od poradních a dozorových orgánů či profesních sdružení, jejichž účelem je usnadnit výklad předmětných předpisů v praxi. Pokud se zaměříme na ty relevantní pro technologii rozpoznávání obličejů, tak první je určitě nutné zmínit starší stanovisko WP29 z roku 2012[28], které vzniklo ještě pro účely předchozí směrnice[29]. Na rozdíl od jiných stanovisek WP29 je zde ovšem otázkou jeho současná použitelnost, neboť GDPR přišlo oproti předchozí směrnici s novým pojetím biometrických

23 Konzultace s Vladanem RÁMIŠEM, předsedou Spolku pro ochranu osobních údajů. Praha. 21.10.2020.

24 Srov. Rec. 47 GDPR.

25 Vyjádření Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 1.6.2018. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/gdpr-a-primy-elektronicky-marketing/d-30715 [cit. 22. 10. 2020].

26 PRACOVNÍ SKUPINA PRO OCHRANU ÚDAJŮ ZŘÍZENÁ PODLE ČLÁNKU 29. Stanovisko 06/2014 k pojmu oprávněných zájmů správce údajů podle článku 7 směrnice 95/46/ES. [online]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_cs.pdf [cit. 22. 10. 2020].

27 Čl. 36 GDPR.

28 PRACOVNÍ SKUPINA PRO OCHRANU ÚDAJŮ ZŘÍZENÁ PODLE ČLÁNKU 29. O*pinion 02/2012 on facial recognition in online and mobile services.* [online]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp192_en.pdf. [cit. 22. 10. 2020].

29 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů.

údajů.[30] Z tohoto důvodu se autoři domnívají, že pro použití technologie rozpoznávání obličejů v současné době poskytují lepší výklad Pokyny 3/2019 ke zpracování osobních údajů prostřednictvím videotechniky[31], které vydal Evropský sbor pro ochranu osobních údajů. Za zmínku také jistě stojí Pokyny pro posouzení vlivu na ochranu údajů a stanovení, zda „je pravděpodobné, že zpracování údajů bude mít za následek vysoké riziko" pro účely nařízení 2016/679[32], neboť užití technologie rozpoznání obličejů v nemálo případech bude DPIA vyžadovat.

K zajímavým rozhodnutím dozorových orgánů dozajista patří rozhodnutí ve věci užití technologie rozpoznávání obličejů ve školách švédského Datainspektionen a francouzského CNIL. Švédský dozorový orgán se k užití této technologie k vedení docházky v kontextu požadavku na svobodu udělení souhlasu dle článku 4 odst. 11 vyjádřil negativně.[33] Důvodem byla nerovnováha postavení subjektů udělujících souhlas vůči správci. Dle rozhodnutí totiž nemůže dojít k rovnému postavení v případě veřejnoprávního vztahu typu školské zařízení - žák.[34] Dle názoru autorů nelze *pro futuro* vyloučit ani teoretické vztažení ochrany subjektu údajů také na soukromoprávní vztahy, a to i vzhledem k tzv. privatizaci veřejné správy či systému ochrany spotřebitele. Francouzský dozorový orgán v podobném případu rozhodl obdobně a zakázal použití této technologie školám v Nice a Marseille, jejichž činnost ověřoval.[35] Nesoulad spatřoval mimo jiné primárně v nedodržení zásad minimalizace a proporcionality.[36]

3. Právní rámec v konkrétních případech

Když se podíváme na několik praktických příkladů, zjistíme, že zákonný rámec pro každý z nich se může lišit. Pro jejich odlišení je zejména nutné vždy odpovědět na otázky jako *jak přesně funguje používaná technologie, jaký je účel zpracování nebo zdali dochází ke zpracování biometrických údajů*. Představme si například obchodní centrum, které se rozhodne použít předmětnou technologii za účelem zlepšení služeb či marketingu. Pokud obchodní centrum použije tuto technologii založenou výlučně na detekci či charakterizaci (například bude chtít pouze zjistit, kolik lidí, případně jakého pohlaví, navštěvuje určité sekce), bude spadat pod režim čl. 6 a jako zákonný důvod byl měl postačovat oprávněný zájem.[37] Pokud ovšem bude chtít zjistit, jestli ho pravidelně navštěvují ti samí zákazníci

30 Srov. KINDT, E. J.: Having yes, using no? About the new legal regime for biometric data. *Computer Law and Security Review* [online]. 2018, 34(3), 523 - 538. Dostupné z: doi:10.1016/j.clsr.2017.11.004, s. 532. [cit. 23. 10. 2020].

31 EDPB. *Pokyny 3/2019 ke zpracování osobních údajů prostřednictvím videotechniky*. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=44288 [cit. 22. 10. 2020].

32 PRACOVNÍ SKUPINA PRO OCHRANU ÚDAJŮ ZŘÍZENÁ PODLE ČLÁNKU 29. Pokyny pro posouzení vlivu na ochranu údajů a stanovení, zda „je pravděpodobné, že zpracování údajů bude mít za následek vysoké riziko" pro účely nařízení 2016/679. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=31892 [cit. 26. 10. 2020].

33 Více k tomuto viz DATAINSPEKTIONEN. Supervision pursuant to the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 – facial recognition used to monitor the attendance of students. [online]. [cit.26.10.2020]. Dostupné z: https://www.datainspektionen.se/globalassets/dokument/beslut/facial-recognition-used-to-monitor-the-attendance-of-students.pdf. [cit. 22. 10. 2020].

34 Ibid.

35 CNIL. *Expérimentation de la reconnaissance faciale dans deux lycées : la CNIL précise sa position.* [online]. Dostupné z: https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position. [cit. 26. 10. 2020].

36 Ibid.

37 Nelze případně ani vyloučit, že dané zpracování bude mimo rámec GDPR, neboť při tomto technickém řešení nebude docházet ke zpracování osobních údajů.

(nebo zákazníkům například uzpůsobit reklamu během jejich pobytu v obchodním centru), bude potřeba použít už přesnější technologii – tedy identifikaci. V tomto případě už bude docházet ke zpracování biometrických údajů. V tento moment je klíčové určit, zdali jsou zpracovávány za účelem jedinečné identifikace subjektů, což by odpovídalo našemu případu, neboť bez identifikace zákazníků není možné zjistit, zdali se skutečně jedná o ty samé. Obchodní centrum bude tedy muset kromě titulu dle čl. 6 naplnit i některou z výjimek čl. 9. V tomto případě přichází v úvahu výslovný souhlas. Vzhledem k tomu, že takové zpracování je vysoce rizikové, je nutné dodržet i další požadavky, zejména vytvořené šablony vymazat hned po dosažení účelu jejich použití.[38] Zároveň je nutné se vyhnout tomu, aby systém rozpoznával i osoby, které neudělily výslovný souhlas.[39] Souhlas přitom nesmí být podmínkou přístupu k nabízené službě, ledaže je rozpoznávání hlavní činností.[40]

Sporná je otázka zákonného režimu v případě technologie ověření/verifikace, neboť existují teoretické debaty o tom, zda účelem ověření je jedinečná identifikaci a pro její užití je proto nutné naplnit i nějakou z výjimek čl. 9 GDPR. Tyto technologie bývají založeny na porovnání obrazu s vlastní databází toho stejného obrazu/obličeje. Jak tvrdí Els Kindt, tento rozdíl je nutné zohlednit při interpretaci GDPR, které za biometrické údaje považuje pouze údaje *umožňující nebo potvrzující jedinečnou identifikaci*.[41] Jazykovým výkladem tak dle Kindt dojdeme k tomu, že v takových případech nebude nutné uplatňovat zpřísněný režim čl. 9, tedy například vyžadovat výslovný souhlas.[42] Autoři příspěvku však mají pochybnost s praktickou aplikací takového (do jisté míry restriktivního) výkladu, neboť kromě výkladu jazykového je nutné také uplatnit výklad teleologický, kdy cílem GDPR je primárně poskytovat vysokou úroveň ochrany osobních údajů. Lze si tak jen těžko představit, že úmysl zákonodárce byl cíleně poskytnout ve specifickém případě nižší ochranu. Proto nelze s jistotou vyloučit, že aplikační praxe dozorových úřadů a soudů takovýto výklad neotočí a nevzniknou tak správcům nové povinnosti. Autoři článku v tomto kontextu doporučují spíše užít předběžné opatrnosti a postupovat při implementaci technologie rozpoznávání obličejů spočívající v ověřování v souladu nejen s článkem 6, ale i článkem 9 GDPR.

Závěr

Praktické využití technologie rozpoznávání obličejů s sebou přináší řadu nových právních výzev především v oblasti ochrany osobních údajů. Jelikož existuje více typů této technologie, je nutné vždy individuálně posoudit, jaká technologie je užita a za jakým účelem budou osobní údaje zpracovány. Jak bylo v příspěvku rozebráno, jednodušší formy technologie jako je pouhá detekce nebo charakterizace zpravidla vyžadují menší nároky na jejich uživatele (dle GDPR správce a zpracovatele), vyšší formy jako verifikace a identifikace pak nároky vyšší. Klíčovým dělícím měřítkem zde je, zda půjde o biometrické údaje, či nikoliv, neboť ne všechny formy technologie s nimi skutečně pracují. V případě zpracování biome-

38 EDPB. Pokyny 3/2019 ke zpracování osobních údajů prostřednictvím videotechniky. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=44288, bod 79. [cit. 26. 10. 2020].

39 Ibid., bod 84–85.

40 Ibid., bod 86. Autoři se domnívají, že v daném případě by rozpoznání bylo hlavní činností služby například v obchodě jako je Amazon Go, jehož koncept je celý založen na bezkontaktním principu.

41 Srov. KINDT, E. J.: Having yes, using no? About the new legal regime for biometric data. *Computer Law and Security Review* [online]. 2018, 34(3), 523–538. Dostupné z: doi:10.1016/j.clsr.2017.11.004, s. 526. [cit. 23. 10. 2020].

42 Ibid., s. 535.

trických údajů potom bude nutné naplnit nejenom požadavek na titul dle článku 6 GDPR, ale také některou z výjimek článku 9. Zároveň vzhledem k novosti těchto technologií a novému přístupu GDPR k biometrickým údajům jsou některé otázky stále sporné, bude tedy nutné vyčkat na rozhodnutí příslušných dozorových orgánů a soudů, jak se k problematice postaví.

LITERATURA

[1] Are you being scanned? How facial recognition technology follows you, even as you shop. [online]. Dostupné z: https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/24/are-you-being-scanned-how-facial-recognition-technology-follows-you-even-as-you-shop [cit. 15. 10. 2020].

[2] CNIL. Expérimentation de la reconnaissance faciale dans deux lycées : la CNIL précise sa position. [online]. Dostupné z: https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position [cit. 15. 10. 2020].

[3] DATAINSPEKTIONEN. Supervision pursuant to the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 – facial recognition used to monitor the attendance of students. [online]. Dostupné z: https://www.datainspektionen.se/globalassets/dokument/beslut/facial-recognition-used-to-monitor-the-attendance-of-students.pdf [cit. 15. 10. 2020].

[4] EDPB. Pokyny 3/2019 ke zpracování osobních údajů prostřednictvím videotechniky. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=44288 [cit. 15. 10. 2020].

[5] Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/assets/File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=42277 [cit. 15. 10. 2020].

[6] KINDT, E. J.: Having yes, using no? About the new legal regime for biometric data. Computer Law and Security Review [online]. 2018, 34(3), 523 - 538 [cit. 23. 10. 2020]. ISSN 02673649. Dostupné z: doi:10.1016/j.clsr.2017.11.004. [cit. 23. 10. 2020].

[7] LEONG, B.: Facial recognition and the future of privacy: I always feel like… somebody's watching me. Bulletin of the Atomic Scientists [online]. 2019, 75(3), 109 – 115. ISSN 19383282. Dostupné z: https://doi.org/10.1080/00963402.2019.1604886 [cit. 25. 10. 2020].

[8] MATEJKA, J. MATOCHOVÁ, S. a PROKEŠ, J.: Analysis of biometric data under the general data protection regulation. Acta Informatica Pragensia [online]. 2019, 8(2), 88–111. ISSN 18054951. Dostupné z: doi:10.18267/j.aip.126 [cit. 22. 10. 2020].

[9] Policisté chtějí v Praze otestovat automatické rozpoznávání obličejů. iDNES. [online]. Dostupné z: https://www.idnes.cz/praha/zpravy/kamery-praha-rozpoznavani-oblicejupolicie-test-technologie.A191120_100338_praha-zpravy_may [cit. 15. 10. 2020].

[10] PRACOVNÍ SKUPINA PRO OCHRANU ÚDAJŮ ZŘÍZENÁ PODLE ČLÁNKU 29. Opinion 02/2012 on facial recognition in online and mobile services. [online]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp192_en.pdf [cit. 22. 10. 2020].

[11] PRACOVNÍ SKUPINA PRO OCHRANU ÚDAJŮ ZŘÍZENÁ PODLE ČLÁNKU 29. Stanovisko 06/2014 k pojmu oprávněných zájmů správce údajů podle článku 7 směrnice 95/46/ES. [online]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_cs.pdf [cit. 22. 10. 2020].

[12] TEZUKA, H. KURODA, M. NADA, Y. a YAMASAKI, S: New in-store biometric solutions are shaping the future of retail services. NEC Technical Journal [online]. 2019, 13(2), 46–50. ISSN 18805884. [cit. 25. 10. 2020].

[13] Vyjádření Úřadu pro ochranu osobních údajů ze dne 1.6.2018. [online]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/gdpr-a-primy-elektronicky-marketing/d-30715 [cit. 22. 10. 2020].

Kontaktní adresa autorů:
Mgr. Jana Soukupová
Centrum právních dovedností,
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
nám. Curieových 901/7
116 40 Praha
E-mail: soukup.jana@email.cz

Mgr. Martin Samek
Centrum právních dovedností
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
nám. Curieových 901/7
116 40 Praha
E-mail: mart.samek@gmail.com

Jan Klouda jklouda@email.cz

PRÁVNÍ TRANSFORMACE VLIVEM NOVÝCH TECHNOLOGIÍ

LEGAL TRANSFORMATION INFLUENCED BY NEW TECHNOLOGIES

Abstrakt: Navzdory široké společenské diskusi o aplikaci moderních technologií včetně tzv. umělé inteligence či strojového učení stále není zakotven odpovídající právní rámec pro jejich zapojení. Koordinační diskuse na úrovni Evropské komise a členských států vedou k dílčím snahám o pojmenování hlavních okruhů problémů včetně regulačních potřeb pro jednotlivá odvětví a okruhy činnosti. Praktické a právní dopady se v současné době nicméně omezují na zavádění tzv. digitálních řešení a služeb. Hlavní výzvy spočívající v garantované ochraně oprávněných zájmů uživatelů nových technologií zůstávají i nadále otevřené.

Abstract: Despite extensive debate about applicability of modern technologies including so called intelligence or machine learning, legal framework for their deployment still does not exist. Debates lead by the European Commission to coordinate member states result in naming key issues including needs to regulate particular industries or activities. Nevertheless, digital solutions and services are the only practical results insofar. Safeguarding guaranteed interests of new technologies users still remains unresolved.

Klíčová slova: *technologie, lidská práva, Evropská komise, umělá inteligence, Digitální Česko, právní transformace, obchodní právo, správa společnosti, aplikace práva.*

Key words: *technologies, human rights, European Commission, artificial intelligence, Digital Czechia, legal transformation, commercial law, corporate governance, applying law.*

1. Technologický vývoj vyvolává vznik nových právních odvětví

Evropská komise publikovala 19. února 2020 „White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust“[1], ve kterém představuje svůj pohled na rozvoj umělé inteligence a jeho socioekonomických dopadů. Vychází v něm z pojetí umělé inteligence jako souboru technologií kombinujících data, algoritmy a výpočetní sílu[2] a odvolává se na svůj dřívější strategický dokument[3] shrnující potřebu vnímání umělé inteli-

1 White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust. 19. února 2020. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

2 Ibid s. 2.

3 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence. 8. dubna 2019. Dostupné z: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/EN/COM-2019-168-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF.

gence jako tzv. *human centric*, tedy budovanou kolem středu představovaného potřebami člověka a zajištěním ochrany jeho garantovaných sfér bezpečnosti a soukromí, včetně ochrany zájmů v právní rovině.

Evropská komise tak ve svém uvažování o širším rozvoji umělé inteligence akcentuje mj. oblast práva a právní regulace jako klíčové determinanty úspěchu a udržitelnosti tzv. umělé inteligence v širším měřítku.

Debata o umělé inteligenci[4] a jejích právních souvislostech je zatím posledním z technologických skoků měnících *status quo* a umožňujících rozvoj nových oborů lidské činnosti včetně šíření vzdělanosti a rozvoje právní vědy.

Lze říct, že právo v řadě případů za technologickým rozvojem zaostává. Jednak proto, že rozsah potřeby regulace právních vztahů vyplývajících z dané technologie není často předem znám, jednak proto, že skutečná hloubka a šíře dopadů a možnost využití nových technologií se ukáže až později.[5]

Příkladem je zavádění autonomních řešení jako jsou samořiditelné dopravní prostředky anebo technologická řešení ve zdravotnictví s dopadem na způsob léčby pacientů a v krajním případě i na jejich život.[6]

Dle názoru autora není rolí práva dopodrobna upravit každý aspekt socioekonomických vztahů, včetně dopadů každé nové technologie. Na druhou stranu ale rolí práva musí být (i) nastavení právního prostředí, ve kterém socioekonomické vazby a hospodářské vztahu mohou fungovat efektivně, a ve kterém (ii) interakce mezi státem a jeho obyvateli chrání práva adresátů veřejné moci, resp. uživatelů „služeb" veřejné moci, a (iii) řeší abnormality či defekty, které z těchto interakcí vzniknou.

Tento úvod lze tedy shrnout do otázky: **je české právní prostředí připraveno na transformaci vlivem technologického rozvoje?**

2. Transformace českého právního prostředí

2.1 Vládní prioritizace moderních technologií

Zavádění nových technologií a digitalizace jsou prioritami současné vlády České republiky zakotvenými v Programovém prohlášení z 27. června 2018.[7] Klíčových podkladem plnění této priority je strategický dokument *Digitální Česko*, který schválila vláda České republiky usnesením č. 629 dne 3. října 2018.[8]

---

4 CIOFFI R., TRAVAGLIONI M., PISCITELLI G., PETRILLO A., DE FELICE F.: Artificial Intelligence and Machine Learning Applications in Smart Production: Progress, Trends, and Directions. *Sustainability*, leden 2020, s. 2. Dostupné z: https://www.mdpi.com/2071-1050/12/2/492/htm.

5 MÍŠEK J.: Konflikt technologického vývoje a práva na příkladu autorského práva. *Právník*, 10/2015, s. 843-855.

6 NITTARI G., KHUMAN R., BALDONI S., PALLOTTA G., BATTINENI G., SIRIGNANO A., AMENTA, F., RICCI G.: *Telemedicine Practice: Review of the Current Ethical and Legal Challenges. Telemedicine and e-Health*, Vol. 26, č. 12, 7. prosince 2020, s. 1427–1437. Dostupné z: https://doi.org/10.1089/tmj.2019.0158.

7 Programové prohlášení vlády České republiky ze dne 27. června 2018, kapitola „Digitální česko" na webových stránkách vlády České republiky. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/jednani-vlady/programove-prohlaseni/programove-prohlaseni-vlady-165960/#Digitalni_Cesko.

8 Usnesení vlády České republiky č. 629 ze dne 3. října 2018. Dostupné z: https://apps.odok.cz/attachment/-/down/RCIAB5DANZSW.

Strategie *Digitální Česko* stojí na třech pilířích: (i) „Česko v digitální Evropě“[9] zabývající se hlavními a dílčími cíli České republiky v oblasti vyjednání o digitálních agendách EU zejména v souvislosti budování tzv. „Digital Single Market“[10], (ii) „Informační koncepce České republiky 2020“[11] zabývající se rozvojem informačních systémů veřejné správy v návaznosti na zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy[12], a konečně (iii) „Koncepce digitální ekonomika a společnost“[13] zabývající se zvyšováním konkurenceschopnosti a předcházením negativním dopadům digitální transformace[14]. Realizaci strategie *Digitální Česko* zastřešuje Rada vlády pro informační společnost (RVIS)[15].

Navzdory veřejně komunikované vládní prioritě zavádět moderní technologie a promítnout je do právního řádu však zbývá k realizaci strategie *Digitální Česko* stále ještě jeho podstatná část.

2.2 Význam strategie „Digitální Česko“ pro právní transformaci

Deklarovaným cílem strategie *Digitální Česko* je vyšší využití moderních – digitálních – technologií s cílem zajistit budoucí prosperitu České republiky.[16]

Implementační plán na rok 2020 pro jeden z cílů strategie Digitální Česko[17] počítá s řadou novelizací pro dosažení tzv. digitálně přívětivé legislativy. Konkrétně se má jednat například o aktualizaci všech zákonů a vyhlášek eGovernment, zejména zákonů č. 365/2000 Sb., 111/2009 Sb., 106/1999 Sb., 300/2008 Sb., 250/2017 Sb. a vyhlášek č. 53/2007 Sb., 528/2006 Sb., 529/2006 Sb., 442/2006 Sb. a dalších zákonů a vyhlášek spojených s elektronizací a digitalizací veřejné správy.[18]

Strategie *Digitální Česko* počítá také s novou legislativou na podporu eGovernmentu, zejména zákona o archivnictví a spisové službě, zákona o národní infrastruktuře pro prostorové informace a zákona o informačním modelování staveb a dalších.[19,20]

---

9 Představení pilíře „Česko v digitální Evropě“. 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/koncepce-cesko-v-digitalni-evrope.aspx.

10 Ibid, strana 2.

11 Představení pilíře „Informační koncepce České republiky“. 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/informacni-koncepce-cr-2020.aspx.

12 Ibid, strana 2.

13 Představení pilíře „Digitální ekonomika a společnost“. 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/koncepce-digitalni-ekonomika-a-spolecnost.aspx.

14 Ibid, strana 4.

15 Představení struktury řízení vládní strategie „Digitální Česko“. 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/clanek/rada-vlady-pro-informacni-spolecnost.aspx?q=Y2hudW09Ng%3D%3D.

16 Úvodní dokument strategie „Digitální Česko“. 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/vladni-program--digitalizace-ceske-republiky-2018-digitalni-cesko-uvodni-dokument.aspx.

17 Plán činností pro rok 2020 v rámci implementace cíle „Digitálně přívětivá legislativa“. 19. října 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/informacni-koncepce-cr-ip2-2020.aspx.

18 Ibid, strana 2.

19 Ibid.

20 Srov. např. 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*, 2017, s. 105-111.

2.3 Právo na digitální službu

Významným projevem digitalizace České republiky z pohledu transformace práva je nový zákon č. 12/2020 Sb., o právu na digitální služby, který nabyl účinnosti 1. února 2020. Jedná se o první významný krok utvářející rámec práva fyzických a právnických osob na komunikaci s orgány veřejné moci prostřednictvím digitálních nástrojů.[21]

Zákon o právu na digitální služby mj. zavádí nový koncept, podle kterého má uživatel veřejné služby napříště právo na využívání digitální služby[22] a orgán veřejné moci tomu odpovídající povinnost digitální službu poskytnout.[23]

Zákon o právu na digitální služby za tím účelem novelizuje mj. zákon o svobodném přístupu k informacím[24], zákon o informačních systémech veřejné správy[25], správní řád[26], zákon o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů[27] či zákon o kybernetické bezpečnosti[28].

Tato kapitola se tedy dá shrnout tak, že strategický pohled vlády České republiky, formulovaný zejména v její strategii *Digitální Česko*, začíná přinášet první hmatatelné výstupy. I když tyto výstupy ještě nezajišťují úspěšnou transformaci, a přestože se nejedná o systematický pohled na zavádění nových technologií obecně, jedná se o významné kroky přinášející nový koncepční pohled na realizaci socioekonomických vazeb včetně rozvoje hospodářských vztahů.

3. Aplikační výzvy ve vztahu práva a moderních technologií

3.1 Nové technologie je důležité vyvážit ochranou základních lidských práv a svobod

Právní transformace v souvislosti s moderními technologiemi vyvolává potřebu hlubší revize samotných základů právního státu včetně zajištění ochrany základních práv a svobod[29].

Paradoxem zavádění moderních technologií je, že zatímco jejich uživatelům možnost výkonu svých základních práv zlepšuje, osobám s omezeným přístupem k těmto technologiím naopak jejich výkon komparativně oslabuje.

Zavádění moderních technologií také vyžaduje ochranu základních lidských práv a svobod před neoprávněným zásahem. Nejmarkantnější příklady zahrnují například

21 Srov. § 1 zákona č. 12/2020 Sb., o právu na digitální služby, ve znění pozdějších předpisů.

22 Pojem „digitální služba“ definuje § 2 odst. 2 zákona o právu na digitální služby jako „úkon vykonávaný orgánem veřejné moci vůči uživateli služby v rámci agendy a vedený v katalogu služeb jako úkon v elektronické podobě“.

23 § 3 odst. 1 zákona o právu na digitální služby.

24 Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

25 Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, ve znění pozdějších předpisů.

26 Zákon č. 500/2004. Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

27 Zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů.

28 Zákon č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů.

29 Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., listina základních práv a svobod, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.

právo na život[30], nedotknutelnost soukromí[31] či ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě[32,33].

Rada vlády pro lidská práva[34] (RVLP) založila pro otázky vztahu lidských práv a moderních technologií pracovní skupinu Lidská práva a moderní technologie[35]. Ta na svém zasedání dne 10. prosince 2019 přijala doporučení k Informační koncepci vládní strategie *Digitální Česko*, která shrnuje základní koncepční doporučení s cílem zajistit rovné příležitosti osobám s přístupem k moderním technologiím ve srovnání s osobami bez takového přístup.[36]

Samotná strategie *Digitální Česko* tyto výstupy v tomto okamžiku zcela nereflektuje, nicméně priority pracovní skupiny Lidská práva a moderní technologie při Radě vlády pro lidská práva počítají s užší interakcí s Radou vlády pro informační společnost (RVIS) a v tomto smyslu již obě skupiny mezi sebou mají aktivní kontakty.

RVLP na základě další činnosti Pracovní skupiny Lidská práva a moderní technologie v tomto roce připravuje souhrnnou zprávu a konkrétní doporučení týkající se prioritizace činností s ohledem na právní transformaci ve světle moderních technologií a na ochranu lidských práv v této souvislosti.[37] Na přípravě této souhrnné zprávy se podílí řada odborníků z veřejné správy, včetně zástupců ministerstev vlády České republiky, a zástupci z neziskového i podnikatelského sektoru.[38] Tato kombinace různých pohledů slibuje zajistit nezaujatý a celkový pohled na tuto problematiku.

3.2 Výzvy pro obchodní vedení obchodních korporací

Technologický rozvoj se projevuje také v oblasti obchodních korporací: (i) využití moderních technologií pro samotnou správu obchodní korporace, kterýžto aspekt dostává zvláštního rozměru právě v době probíhající pandemie nemoci covid-19, a (ii) zavádění moderních technologií v rámci podnikatelské činnosti dané korporace s cílem dosahovat stanovených cílů při respektování daných regulatorních omezení[39].

30 Ibid čl. 6.

31 Ibid čl. 7 odst. 1.

32 Ibid čl. 10 odst. 3.

33 ANDREISOVÁ, L: General Data Protection Regulation and Cooperation with Third Parties. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*. 2019. s. 17-28.

34 Představení Rady vlády pro lidská práva. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/rlp-uvod-17537/.

35 Představení pracovní skupiny Lidská práva a moderní technologie. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/vybory/pro_lidska_prava_a_modern_technologie/stranka-se-pripravuje-176819/.

36 Doporučení pracovní skupiny Lidská práva a moderní technologie k vládní strategii *Digitální Česko*. 21. ledna 2020. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/vybory/pro_lidska_prava_a_modern_technologie/ze_zasedani_vyboru/zasedani-ze-dne--10--12--2019---pracovni-skupina-prijala-doporuceni-k-informacni-koncepci-cr-179164/.

37 Zápis ze zasedání RVLP dne 8.10.2020 zabývající se dalším postupem v této věci není ke dni odevzdání tohoto příspěvku publikován.

38 Seznam členů pracovní skupiny Lidská práva a moderní technologie. 24. října 2020. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/vybory/pro_lidska_prava_a_modern_technologie/stranka-se-pripravuje-176819/.

39 ANDREISOVÁ, L: General Data Protection Regulation and Cooperation with Third Parties. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference.* 2019. s. 17-28.

Existující právní úprava občanského zákoníku[40] a zákona o obchodních korporacích[41] již užití moderních digitálních technologií předpokládá a v zásadě „digitální" správu obchodní korporace umožňuje. Široké užití moderních technologií v hospodářských vztazích však naráží na řadu praktických, a z toho vyplývajících právních, výzev.

Jedním z hlavních rizik v souvislosti s přechodem obchodních korporací na nové technologie je zajištění ochrany informací a jejich integrity. V té souvislosti se řeší mimo jiné autentikace[42] a autorizace[43] jako klíčové předpoklady zajištění toho, že k informacím v digitálním světě má přístup jenom ten, kdo k nim přistup mít má a že nelze podvrhnout identitu osob, které mají být součástí procesu vzniku takového dokumentu.

Zatímco tradiční papírová forma dokumentu, zejména ve spojení s vlastnoručním podpisem, jednoznačně určuje poslední (případně schválenou) verzi interního dokumentu, u elektronické verze je takové ujištění problematičtější.

Rizikem z pohledu správy společnosti je tak porušení řady povinností vyplývajících ze zákonů napříč českým právem, jako je zákon o archivnictví a spisové službě[44], daňové a účetní předpisy, či obecných principů dobré správy společnosti, tzv. „corporate governance"[45].

Jak je dále uvedeno v tomto příspěvku, aplikační praxe bohužel stále ještě nepodporuje technologické inovace a přespříliš formalistický přístup českých soudů a správních orgánů často stojí na paradigmatu papírové podoby.

Nedokonalost stávající právní úpravy v řadě právních odvětví, resp. omezenost její univerzální využitelnosti, se ukázala právě v souvislosti s pandemií nemoci covid-19 a omezeními vyplývajícími z mimořádných opatření vyhlašovaných vládou České republiky[46], resp. Ministerstvem zdravotnictví[47].

Dílčí nedostatky měl odstranit tzv. *Lex Covid*[48], který mj. v ustanoveních § 19 a násl. prolamuje požadavek formálnosti zakotvení pravidel jednání orgánů obchodní korporace v zakladatelských dokumentech. Tím umožňuje v době trvání mimořádných opatření[49] při pandemii, nejdéle však do 31. prosince 2020, mj. rozhodovat s využitím technických prostředků i pokud takové jednání nepřipouští zakladatelské právní jednání[50].

---

40 Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

41 Zákon č. 90/2012 Sb., zákon o obchodních korporacích, ve znění pozdějších předpisů.

42 Autentikace je pojem označující proces ověření skutečné identity zájemce o nakládání s určitou informací.

43 Autorizace je pojem označující proces ověření oprávnění zájemce nakládat s určitou informací.

44 Zákon č. 499/2004 Sb., zákon o archivnictví a spisové službě, ve znění pozdějších zákonů.

45 Kolektiv autorů: *Země G20/OECD – Principy správy a řízení společností.*

46 Přehled mimořádných opatření v souvislosti s nouzovým stavem dle čl. 5 a 6 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti české republiky. Stránky průběžně aktualizovány. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/epidemie-koronaviru/dulezite-informace/nouzovy-stav-a-mimoradna-opatreni-_-co-aktualne-plati-180234/.

47 Přehled mimořádných opatření dle zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví. Stránky průběžně aktualizovány. Dostupné z: https://www.mzcr.cz/category/uredni-deska/rozhodnuti-ministerstva-zdravotnictvi/aktualni-mimoradna-a-ochranna-opatreni-ke-covid-19/.

48 Zákon č. 191/2020 Sb., o některých opatřeních ke zmírnění dopadů epidemie koronaviru SARS Cov-2 na osoby účastnící se soudního řízení, poškozené, oběti trestných činů a právnické osoby a o změně insolvenčního zákona a občanského soudního řádu.

49 Ibid §1 odst. 2.

50 Ibid §19 resp. §22.

Nabízí se logická otázka, zda opatření zavedená pro oblast korporátního práva v rámci Lex Covid představují správný směr, který lze nazvat součástí právní transformace, či zda jde svou povahou o krátkodobé opatření.

Odpověď je třeba hledat v podstatě *Lex Covid*. Potřeba umožnit využití tzv. technických prostředků při správě obchodních korporací zvláštním zákonem svědčí o tom, že stávající právní úprava je nedostatečná, když neumožňuje pružně reagovat na mimořádné situace a potřeby obchodních korporací.

Nejedná s o nedostatečnost fatální, nicméně je nezbytné z pohledu transformace právního prostředí přijmout širší pohled, reflektovat na doporučení z praxe a tím podpořit právní transformaci v oblasti korporátního práva. V každém případě se tedy poznatky reflektované při vzniku *Lex Covid* musí promítnout do dlouhodobé právní úpravy s cílem stabilizovat hospodářské vztahy a umožnit organizacím přizpůsobit se v dalších krizových stavech pružně moderním technologiím při své činnosti.

3.3 Transparentnost a předvídatelnost správního a soudního rozhodování

Jedním z klíčových parametrů reflexe technologického rozvoje v právní oblasti je jeho aplikace.

Rozhodování českých správních orgánů a soudů je nicméně charakteristické svou strnulou formálností. Byť předkladatelé nového občanského zákoníku a zákona o obchodních korporacích uváděli jako jednu z výhod nové úpravy flexibilitu rozhodování soudů[51], tento nový přístup se v aplikační praxi stále ve větší míře neprojevil.

Obzvláště technická odvětví, jako jsou například služby elektronických komunikací[52] či záležitosti týkající se složitějších technologických a s tím souvisejících finančních otázek, mají dlouhodobě problém dosáhnout transparentnosti a předvídatelnosti při aplikaci práva.

Příklady jsou například regulatorní spory týkající se podstaty cenově orientovaných nástrojů tzv. *ex ante* regulace[53] či soukromoprávní vymáhání soutěžního práva[54,55].

Důvodem, který stojí za problematickou rozhodovací praxí je často omezená schopnost soudců či úředníků správních orgánů proniknout do technické podstaty řešených problémů a nedostatek odborníků v roli znalců či poradců.

Transformací práva vlivem nových technologií a podpora zavádění nových technologií na úrovni strategického cíle vlády České republiky tedy bude vyžadovat zajištění efektivity aplikace práva zvýšením schopnosti řešit vzniklé problémy včetně rozhodování ve správních či soudních řízeních.[56]

---

51 Viz Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, Sněmovní tisk 362/0, Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky – VI. volební období, str. 585–586.

52 Základním právním předpisem pro oblast elektronických komunikací je zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích.

53 Pojem *ex ante* regulace označuje regulační zásahy, která nastavují pravidla pro budoucí chování subjektů na daném trhu resp. v daném odvětví. Oproti tomu pojem *ex post* regulace značí pohled zpětný, typicky řešící (problematické) chování, jako je porušení závazných pravidel.

54 Srov. zákon 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže.

55 Informační list 2/2017 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. 13. října 2017. Dostupné z: http://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2017/2017_2_Soukromopravni-vymahani_web.pdf.

56 PATOČKA, R.: Automatizace rozhodovacích procesů ve veřejné sféře – právní aspekty a souvislosti s podnikáním. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference.* 2018. s. 196–203.

V této souvislosti je nezbytné nadále podporovat veřejnou debatu o tom, zda šíře a hloubka technických řešení v dynamicky se měnícím prostředí nevyžaduje změnu přístupu k aplikaci práva s cílem posílit jeho správnost, relevantnost a tím i efektivitu právního prostředí v České republice, případně šířeji v rámci Evropské unie. Za tím účelem bude zřejmě nezbytné podpořit aktivity RVIS a posílit interakci se soukromým sektorem, kde množství progresivních přístupů vzniká a v praxi je aplikováno.

4. Doporučené kroky právní transformace ve světle moderních technologií

Komunikace mezi vládou České republiky a soukromým sektorem

V České republice dle názoru autora stále chybí dostatečná diskuse o dopadech zavádění technologií a potřebných změnách právního prostředí umožňujících jejich využití. Proto bude nezbytné posílit interakci mezi vládou České republiky a soukromým sektorem s cílem převzít již funkční modely a řešení a transponovat je na úroveň státu.

Sjednocení priorit

Státem řízený přechod k digitalizaci není tak rychlý, jak by společnost, ve velké míře právě s důrazem na hospodářské vztahy, potřebovala a požadovala. Neexistuje ucelený přístup, který by zajistil transparentní řešení problémů digitalizace hospodářství a s tím související standardizace a zajištění správy klíčových prvků digitalizace pod kontrolou veřejného sektoru.

Bude proto nezbytné zejména reflektovat na získané zkušenosti (viz například technologická (ne)připravenost na pandemii Covid-19) a prioritizovat její přenesení do legislativní a aplikační praxe.

Podpořit technologicky neutrální aplikaci práva

Praktické poznatky ukazují na omezenou efektivitu rozhodování sporů s technologickým prvkem a přehnané spoléhání na roli znalcům, jejichž odbornost je obtížné prověřit. Je proto nezbytné přehodnotit způsob aplikace práva s ohledem na nové technologie a přizpůsobit strukturu spolupracujících institucí. Snaha o zavádění nových technologií, včetně strategie *Digitální Česko*, nemůže bez efektivní aplikace práva uspět.

Podpora vzdělávání

Jak je výše uvedeno, nedostatečné vzdělání v technických oborech je problém zejména v oblasti aplikace práva. Protože nelze očekávat, že jednotlivec zvládne obsáhnout všechny aspekty technologických problémů, jejichž ovládnutí často vyžaduje víceleté studium vysokoškolského typu, je nezbytné vytvořit rámec s odpovídajícími odbornými požadavky a nastavit systém vzdělávání a zapojení expertů z daných oborů tak, aby transformace práva a podpora zavádění nových technologií neskončila na nedokonalosti lidského faktoru.

Odpověď na položenou otázku

Je české právní prostředí připraveno na transformaci vlivem technologického rozvoje? Autor se domnívá, že právní praxe na takovou transformaci připravena je. Jak je výše uvedeno, stále ale chybí dostatečná podpora za strany státu, která by tuto připrave-

nost umožnila realizovat na podkladě vhodné legislativy a s podporou efektivní aplikace práva. Na tyto dvě oblasti tedy bude nadále nezbytné zaměřit úsilí ze strany veřejné moci a odborné veřejnosti.

LITERATURA

[1] ANDREISOVÁ, L: General Data Protection Regulation and Cooperation with Third Parties. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*. 2019. s. 17-28.

[2] BEJČEK, J., – HAJN, P. – POKORNÁ, J. et al: *Obchodní právo. Obecná část. Soutěžní právo.* 1. vydání, Praha; C. H. Beck, 2014, 410 s. ISBN 978-80-7400-547-3.

[3] CIOFFI, R. – TRAVAGLIONI M. – PISCITELLI G. – PETRILLO A. – DE FELICE F.: Artificial Intelligence and Machine Learning Applications in Smart Production: Progress, Trends, and Directions. *Sustainability*, leden 2020. Dostupné na https://www.mdpi.com/2071-1050/12/2/492/htm.

[4] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence. 8. dubna 2019. Dostupné z: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/EN/COM-2019-168-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF.

[5] Doporučení pracovní skupiny Lidská práva a moderní technologie k vládní strategii *Digitální Česko*. 21. ledna 2020. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/vybory/pro_lidska_prava_a_modern_technologie/ze_zasedani_vyboru/zasedani-ze-dne-10--12--2019---pracovni-skupina-prijala-doporuceni-k-informacni-koncepci-cr-179164/.

[6] Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, Sněmovní tisk 362/0, Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky – VI. volební období, s. 585–586.

[7] Informační list 2/2017 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. 13. října 2017. Dostupné z: http://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2017/2017_2_Soukromopravni-vymahani_web.pdf.

[8] 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, 308 s., ISBN: 978-80-88055-03-7.

[9] MÍŠEK, J.: Konflikt technologického vývoje a práva na příkladu autorského práva. *Právník,* 10/2015.

[10] NITTARI G. – KHUMAN R. – BALDONI S. – PALLOTTA G. – BATTINENI G. – SIRIGNANO A. – AMENTA, F. – RICCI G.: Telemedicine Practice: Review of the Current Ethical and Legal Challenges. *Telemedicine and e-Health,* Vol. 26, č. 12, 7. prosince 2020. Dostupné na https://doi.org/10.1089/tmj.2019.0158.

[11] OECD – Czech Institute of Directors – Deloitte: *Země G20/OECD – Principy správy a řízení společností*. Vlastním nákladem. 2016. 62 s., ISBN 978-80-270-0635-9

[12] PATOČKA, R.: Automatizace rozhodovacích procesů ve veřejné sféře – právní aspekty a souvislosti s podnikáním. *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference.* 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2018, 296 s., ISBN 978-80-88055-04-4.

[13] Plán činností pro rok 2020 v rámci implementace cíle „Digitálně přívětivá legislativa". 19. října 2020. Dostupné z https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/informacni-koncepce-cr-ip2-2020.aspx.

[14] Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky, VIII. Volební období, Sněmovní tisk 447/0, strana 15.

[15] Programové prohlášení vlády České republiky ze dne 27. června 2018, kapitola „Digitální česko" na webových stránkách vlády České republiky. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/jednani-vlady/programove-prohlaseni/programove-prohlaseni-vlady-165960/#Digitalni_Cesko.

[16] Představení pilíře „Česko v digitální Evropě". 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/koncepce-cesko-v-digitalni-evrope.aspx

[17] Představení pilíře „Digitální ekonomika a společnost". 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/koncepce-digitalni-ekonomika-a-spolecnost.aspx.

[18] Představení pilíře „Informační koncepce České republiky". 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/informacni-koncepce-cr-2020.aspx.

[19] Představení pracovní skupiny Lidská práva a moderní technologie. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/vybory/pro_lidska_prava_a_modern_technologie/stranka-se-pripravuje-176819/.

[20] Představení Rady vlády pro lidská práva. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/rlp-uvod-17537/.

[21] Představení struktury řízení vládní strategie „Digitální Česko". 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/clanek/rada-vlady-pro-informacni-spolecnost.aspx?q=Y2hudW09Ng%3D%3D.

[22] Přehled mimořádných opatření dle zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví. Stránky průběžně aktualizovány. Dostupné z: https://www.mzcr.cz/category/uredni-deska/rozhodnuti-ministerstva-zdravotnictvi/aktualni-mimoradna-a-ochranna-opatreni-ke-covid-19/.

[23] Přehled mimořádných opatření v souvislosti s nouzovým stavem dle čl. 5 a 6 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti české republiky. Stránky průběžně aktualizovány. Dostupné z: https://www.vlada.cz/cz/epidemie-koronaviru/dulezite-informace/nouzovy-stav-a-mimoradna-opatreni-_-co-aktualne-plati-180234/.

[24] Shrnutí přístupu Evropské komise k otázkám umělé inteligence. 20. července 2020. Dostupné z: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence.

[25] SMEJKAL, V. – SOKOL, T. – KODL, J.: Bezpečnost informačních systémů podle zákona o kybernetické bezpečnosti. Plzeň: Aleš Čeněk. 2019. 378 s. ISBN 978-80-7380-765-8.

[26] ŠVARC, Z. *et al*: Základy obchodního práva po rekodifikaci soukromého práva. 4. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk. 2014. 510 s. ISBN 978-80-7380-504-3.

[27] Usnesení vlády České republiky č. 629 ze dne 3. října 2018. Dostupné z: https://apps.odok.cz/attachment/-/down/RCIAB5DANZSW

[28] Úvodní dokument strategie „Digitální Česko“. 3. září 2020. Dostupné z: https://www.mvcr.cz/webpm/soubor/vladni-program-digitalizace-ceske-republiky-2018-digitalni-cesko-uvodni-dokument.aspx.

[29] White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust. 19. února 2020. Dostupné z: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Jan Klouda CFE, Prof. PgDip (GRC)
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: jklouda@email.cz

Regina Yusupova xyusr00@vse.cz

ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTIKY UMĚLÉ INTELIGENCE A BUDOUCÍ VÝZVY PRO ZÁKONODÁRCE

BASIC CHARACTERISTICS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND FUTURE CHALLENGIES FOR LAWMAKERS

Abstrakt: Příchod nových technologií založených na autonomním rozhodování přináší jak své výhody, tak i určitá (zatím ne zcela známá a předvídatelná) rizika. Základní vlastnosti umělé inteligence (AI) – autonomie, netransparentnost a závislost na kvalitě dat – se stávají zdrojem nejasností při aplikaci současné právní úpravy (zejména u problematiky zavinění a odpovědnosti, a to především pro výrobce) a komplikují zákonodárcům její adaptaci technickým inovacím. V tomto článku bych se chtěla věnovat analýze hlavních charakteristik AI, konkrétním příkladům technologií s AI a s tím spojeným rizikům, a zároveň problémům, které mohou nastat při použití současné úpravy v případě vzniku újmy. Nebude chybět i přehled možných východisek pro budoucí legislativu (včetně příslušných opatření pro vytvoření jistoty na straně podnikatelů v oblasti AI) a pohledů na posouzení již vzniklých sporných situací.

Abstract: Application of new technologies based on autonomous decision-making brings some benefits as well as certain not yet anticipated risks. Basic characteristics of artificial intelligence (AI) – autonomy, opacity and dependence on data quality – can cause many uncertainties when addressing to the current legal framework (especially regarding the problematic of liability and fault, which mainly affects manufacturers of AI systems) and become a challenge for lawmakers in charge of adapting a legislation to these innovations. This article offers an analysis of the main characteristics of AI, gives examples of technologies using AI as well as the problems that may arise when the current framework is applied. It will also give the possible solutions for a future legislation (including creating legal security for AI manufacturers) and show some viewpoints on already existing cases involving damage caused by AI.

Klíčová slova: *umělá inteligence, právní úprava, rizika, autonomie, odpovědnost, podnikání v oblasti AI.*

Key words: *artificial intelligence, legal framework, threats, autonomy, liability, business in AI.*

Úvod

Technologický pokrok a potenciál umělé inteligence[1] („AI“) vedou k tomu, že tyto technologie postupně pronikají do veřejného a soukromého sektoru: od využití chytrých algoritmů ve veřejné správě do výskytu algoritmů v běžném životě jednotlivců. Spolu s množstvím výhod AI přináší i řadu nejasností způsobených zejména její netransparentností, autonomií a závislostí na datech. Cílem článku je provést podrobný rozbor těchto charakteristik včetně uvedení konkrétních příkladů a posoudit, jakým výzvám musí čelit zákonodárci a další zúčastněné subjekty. Nebude chybět posouzení dopadu technologického pokroku, současné právní úpravy a navrhovaných změn na podnikatele: výrobce a organizace využívající AI ve své činnosti.

Pro vypracování tohoto článku byly prozkoumány články věnované problematice vývoje AI a jejím základním charakteristikám. Po jejich analýze byly vybrány tři klíčové vlastnosti, které ztěžují použití stávajícího právního rámce v oblasti určení odpovědnosti a zavinění. Dalším krokem bylo objevení konkrétních příkladů využití AI. Pak následoval průzkum základních strategických dokumentů Evropské unie v oblasti AI, které obsahují jak popis legislativních výzev, tak i návrhy pro adekvátní reakci zákonodárců. Po provedení analýzy bylo posouzeno, jak výše uvedené skutečnosti mohou ovlivnit rozhodování podnikatelů v souvislosti s plánováním rozpočtu, politikou pro zaměstnání a dalšími podnikovými činnostmi.

1. Netransparentnost AI

Netransparentnost AI vychází ze skutečnosti, že většina algoritmů, jež se osvědčila v nedávné době, funguje na základě principu tzv. black box (černé skříňky): neposkytuje téměř žádnou možnost lidské kontroly procesu rozhodování, a proto šance vysvětlit, proč a jakým způsobem AI došla k určitému výsledku, je v podstatě nulová. Vývojář je schopen garantovat chování AI pouze statisticky: po velkém množství testů je výsledek předvídatelný, avšak z pohledu deduktivní logiky je chování stroje nevysvětlitelné.[2]

K této skutečnosti došlo kvůli tomu, že se v technologickém světě osvědčil „jednodušší“ přístup k vývoji AI (tzv. „technologická zkratka“[3]). Stroj se učí ne na základě daných logických vazeb, ale na „pouhém“ trénování se pomocí dat a vytvoření statistických korelací. Tak vědci zjistili, že stroj dokáže splnit úkol bez nutnosti explicitního odůvodnění svých rozhodnutí.[4] Vývoj AI se posunul na novou úroveň, avšak v rozhodování stroje chybí prvek vysvětlitelnosti.

Příkladem netransparentní AI, která má velký potenciál zvýšit bezpečnost silničního provozu, je autopilotní systém Tesla („TAS“)[5]. TAS sbírá různé druhy strukturovaných a nestrukturovaných dat ze svých vozidel (jedná se o miliardy najetých kilometrů[6]) a kombinuje je s využitím hlubokého učení. V oblasti medicíny je příkladem AI rozhodující o hos-

1 Angl. artificial intelligence, dále taktéž jako „AI“.

2 Přednáška prof. Ing. Michala Pěchoučka, M.Sc, Dr. dne 13. května 2019 na FF UK.

3 CRISTIANINI, N.: (forthcoming) “Shortcuts to Artificial Intelligence”. *Machines We Trust*, Marcello Pelillo and Teresa Scantamburlo (eds.), Cambridge, MA: MIT Press, str. 3.

4 Tamtéž, str. 5.

5 Tesla’s autopilote system neboli „TAS“.

6 Autopilot. TESLA [online]. Fremont: Tesla, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.tesla.com/cs_CZ/autopilotAI?redirect=no

pitalizaci pacientů s pneumonií. Na základě dostupných dat se systém naučil, že u pacientů s astmatem je nižší úmrtnost kvůli pneumonii než u ostatních. Závěr je překvapující, jelikož statistiky jsou opačné. Zatímco korelace byla správná, systém nedokázal odvodit, že tito pacienti patří do rizikové skupiny a dostávají rychlejší a účelnější péči. Tato chyba byla odhalena a napravena, ale bez lidského zásahu by systém mohl vydávat posudky nedoporučující hospitalizaci lidem s astmatem. Tato skutečnost poukazuje na to, že kritickou roli ve vývoji a testování AI hrají i odborníci z oboru.[7]

Z hlediska aplikace práva netransparentnost je problematická zejména v tom, že v případě vzniku újmy značně komplikuje porozumění při hledání jejích možných příčin.[8] Otázka vysvětlitelnosti je klíčová i z pohledu řešení odpovědnosti (angl. accountability) zúčastněných stran a dosažení odpovídající kompenzace.

Pro úpravu problematiky neprůhlednosti lze využít přístup založený na posouzení rizik výrobku s AI (a to jak před jeho uvedením na trh, tak i v průběhu jeho životnosti, pokud během této doby dochází k významným změnám např. v důsledku aktualizace softwaru).[9] Jedná se o formální kategorizaci technologií s AI na základě míry rizika vzniku negativního dopadu na chráněná práva (např. autopilotní vozidla). Tyto technologie budou vyžadovat větší pozornost kontrolních orgánů a zároveň pro výrobce bude automaticky platit režim objektivní odpovědnosti. Příkladem je AI využívaná ve veřejné správě. Stát by zároveň měl zajistit, aby uživatelé byli informováni o tom, že se na přijetí rozhodnutí podílí AI (resp. doporučuje určité řešení). Dále by uživatelům mělo být sděleno, na základě jakých dat z jakého zdroje AI rozhoduje. Tyto zásady byly zakotveny např. ve francouzském zákoně č. 2016-1321, Digital Republic Act, a rozšířeny novelou č. R311-3-1-2 z března 2017.[10] Dalším nástrojem je Obecné nařízení o ochraně osobních údajů („GDPR“): chrání právo osob nebýt předmětem rozhodování založeného pouze na automatickém zpracování a profilování (čl. 22) a ukládá subjektům právo se o tom dozvědět a vyžádat po správci dat vysvětlení logiky, jak algoritmus fungoval (čl. 13–15).

Dalším pokusem o vytvoření odpovídající úpravy je The Algorithmic Accountability Act (dále taktéž „AAA“), který byl představen v Senátu USA v roce 2019. V případě jeho přijetí dojde k vytvoření úpravy problematiky algoritmických biasů (zkreslení) na federální úrovni.

AAA se zaměřuje na velké společnosti s ročním obratem nad 50 mil. dolarů a na společnosti uchovávající informace alespoň o 1 mil. uživatelů nebo o 1 mil. zařízení. Subjektům využívajícím systémy ADS[11] s vlivem na uživatele vzniká povinnost provádět vyhodnocení procesu jejich vývoje, včetně jejího designu, dat a účelu, ve věci možného dopadu na přesnost a nezaujatost rozhodování AI. Budou posouzena rizika v oblasti ochrany dat. Přísnější kontrolou budou procházet ADS zasahující do práv uživatelů, předpovídající jejich chování

7 MICROSOFT CORPORATION. *The Future Computed: Artificial Intelligence and its role in society*. Redmond, Washington. U.S.A.: Microsoft Corporation, 2018, str. 64.

8 AUTHORS OF THE PANEL FOR THE FUTURE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY (STOA). *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*. Brussels: Mihalis Kritikos, Scientific Foresight Unit (STOA), 2019, str. 16. Dále taktéž jako "Zpráva STOA".

9 EVROSKÁ KOMISE: ZPRÁVA KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU, RADĚ A EVROPSKÉMU HOSPODÁŘSKÉMU A SOCIÁLNÍMU VÝBORU – *Zpráva o dopadech umělé inteligence, internetu věcí a robotiky na bezpečnost a odpovědnost*. European Union, 2019, str. 6. Dále taktéž jako „Zpráva EK".

10 Zpráva STOA, str. 47.

11 Angl. automated decision system neboli „ADS".

anebo spravující citlivá data. Cílem AAA je přispět ke zvýšení transparentnosti ADS a spolu s tím i míry pochopení algoritmů ze strany uživatelů.

AAA však přináší řadu výzev. Očekává se zvýšení nátlaku na ekonomiku technologického průmyslu: zvyšují se nároky na rozpočty a lidské kapacity podniků. Pod větší kontrolou se budou nacházet i datoví makléři.[12] Jako těžko realizovatelný se jeví i požadavek na zpřístupnění algoritmů pro veřejnost.

Velkou roli v účinnosti podobných opatření hraje i „algoritmická gramotnost" uživatelů. K budování kritického myšlení může přispět zavedení systému označení (labelling), např. jaký typ algoritmu (open source software nebo creative common licences) či jaký druh dat se využívá.[13] Anebo zda algoritmus prošel certifikací nebo auditem.[14] Tak uživateli bude jasné, s jakou technologií se setkal a co od ní může očekávat. Nesmí přitom chybět i zájem uživatelů alespoň o základní principy fungování AI.

Jedním z dalších způsobů posouzení, zda systém jedná nezaujatě, je použití srovnávacích scénářů: např. posouzení, k jakým výstupům dospěje systém v případě dvou kandidátů odlišného pohlaví, kteří se ucházejí o stejnou pracovní pozici. Pokud výsledky budou odlišné, lze systém považovat za podjatý. Další alternativou je uložení výrobcům povinnosti uvádět, k jakému účelu slouží jejich systém a čeho by měl docílit. V případě nesplnění cíle nebo odlišného fungování pro různé skupiny uživatelů bylo by možné konstatovat, že se jedná o vadu systému.[15]

Evropská komise (dále taktéž „EK") ve své zprávě upozorňuje na to, že komplexnost algoritmu vyžaduje zvláštní analytické schopnosti a technické znalosti, což může být nákladné z hlediska důkazního břemena na straně poškozeného. Proto je na místě otázka převedení důkazního břemene na výrobce, resp. na organizaci, která výrobek s AI uvedla do použití.[16] Přitom případy, kde by se jednalo o vznik újmy v důsledku jednání AI s vyšším rizikovým profilem, by mohly být řešeny pomocí odškodnění oběti bez ohledu na zavinění v režimu objektivní odpovědnosti výrobce (jak to momentálně funguje u provozu motorových vozidel).[17]

Jinou možností je *„uložení povinnosti vývojářům algoritmů v případě nehody zveřejnit vývojové parametry a metadata souborů dat"*.[18] Obdobným se jeví přístup USA a Německa v oblasti autonomního řízení: zatímco v jednotlivých amerických státech je výrobcům vozidel vybavených ADS uložena povinnost poskytovat reporting o každé nehodě s automatizovaným vozidlem, Spolkový zákon o silniční dopravě[19] vysloveně požaduje výrobce, aby do vozidla byla nainstalována černá skříňka pro vyšetření příčin nehod.

---

12 Algorithmic Accountability Act of 2019 - Challengies and Opportunities. WIPRO [online]. Wipro Limited, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.wipro.com/blogs/vaidyanathan-balasubramanian/algorithmic-accountability-act-of-2019-challenges-and-opportunities/.

13 Zpráva STOA, str. 45.

14 Tamtéž, str. 35.

15 Tamtéž, str. 48.

16 Zpráva EK, str. 15.

17 Tamtéž, str. 16.

18 Tamtéž, str. 9.

19 Něm. Straßenverkehrsgesetz (StVG).

2. Autonomie

Autonomní jednání je další charakteristikou AI, která ztěžuje aplikaci stávajícího právního rámce založeného na zavinění. Navíc není jasné, jak chápat pojem „zavinění" v kontextu AI. Z hlediska teorie trestního práva je zavinění pojato jako „guilty mind", tedy subjektivní úmysl jednat v rozporu se zákonem (*mens rea*). Dalším prvkem pro vznik trestní odpovědnosti je dobrovolné konání (resp. opomenutí) (*actus reus*).

V případě AI nemůžeme mluvit o dobrovolném jednání, jelikož její činnost probíhá na pokyn nějaké osoby. Ale v souvislosti se zaviněním lze konstatovat, že se guilty mind pachatele projeví při úmyslném nasazení AI, která způsobí újmu. AI je tak dobrým příkladem, rozdělujícím tyto dva prvky trestní odpovědnosti: AI je nástrojem, který jedná podle úmyslu pachatele.[20]

Co se týče zavinění, tento prvek může u AI zcela chybět, ne vždy subjekt spouštějící algoritmus může předpovědět, jak se ten zachová či jaký bude výsledek. Kromě toho není v průběhu vyloučena pravděpodobnost interakce systému s jinými AI, což také může ovlivnit konečný výsledek nebo dokonce vést ke vzniku škody. Zároveň netransparentnost strojového učení umožňuje vývojářům nebo uživatelům vyhnout se odpovědnosti tím, že nebudou přesně vědět, co dělá systém v rámci učení. Tato skutečnost ztíží i prokázaní zavinění z nedbalosti.[21]

Příkladem AI, která může negativně ovlivnit uživatele, jsou cenové algoritmy (angl. pricing algorithms), které na základě vlastní logiky určují ceny zboží a služeb s cílem maximalizace zisku.[22] Např. ceny zboží na Amazonu se většinou určují pomocí AI. Vývojáři zjistili, že tyto AI se mohou domlouvat s podobnými algoritmy a jednat ve shodě ve smyslu nekalé obchodní praktiky, tedy dvě AI na základě domluvy stanoví cenu o úroveň vyšší než ta, kterou by systém stanovil, pokud by jednal samostatně. Důležité je, že takové jednání nebylo naprogramováno: algoritmus „se naučil" sám.[23]

Jedním z možných přístupů řešení otázky odpovědnosti je výše zmíněné zavedení objektivní odpovědnosti výrobce, jakož i obrácení důkazního břemene.

Podle stávající právní úpravy je výrobcům uložena povinnost před uvedením výrobku na trh provést posouzení rizik na základě zamýšleného, předvídatelného nebo důvodně předvídatelného nesprávného použití výrobku. V budoucnu může povinností výrobce být zohlednit při posouzení rizik i případné změny zamýšleného použití v době životnosti (např. v důsledku aktualizace softwaru) a varovat uživatele o této změně.[24]

Co se týče bezpečnosti výrobků s AI prvkem, EK ve své zprávě uvádí, že *„stávající právní předpisy Unie v oblasti bezpečnosti výrobků výslovně neřeší lidský dohled"*[25] u produktů a systémů s AI. Tak lidský dohled by mohl být založen do pojetí bezpečnostní záruky na výrobek s AI (od návrhu a po celou dobu jeho životnosti).[26]

---

20 KING, T.C. AGGARWAL, N. TADDEO, M. et al.: Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions. *Sci Eng Ethics*, 89–120 (2020), str. 6.

21 Tamtéž, str. 6.

22 Tamtéž, str. 10.

23 HAO, K.: Pricing algorithms can learn to collude with each other to raise prices. *MIT Technology Review* [online]. Cambridge, Massachusetts: MIT Technology Review, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.technologyreview.com/2019/02/12/137471/pricing-algorithms-can-learn-to-collude-with-each-other-to-raise-prices/.

24 Zpráva EK, str. 7.

25 Tamtéž, str. 8.

26 Tamtéž, str. 8.

V úvahu přichází nehoda s účastí autopilotního systému Tesla. V roce 2018 automobil Tesla se zapnutou funkcí autopilota narazil do bariéry u silnice v Kalifornii, což vedlo ke smrti řidiče. NTSB[27] ve své zprávě stanovil, že se jedná jak o vadu ADS[28] systému Tesla, který přestal udržovat směr vozidla, a zároveň o nedbalost řidiče, který se během jízdy nevěnoval provozu, přestože byl na to systémem upozorněn. Za další subjekt, který se podílel na nehodě, NTSB považuje správce kalifornských silnic, kteří nechali bariéru na silnici. NTSB také poukázal na chybu amerického ministerstva dopravy, které se nedostatečně věnovalo kontrole ADS Tesly a dalších výrobců.[29] V roce 2019 žalobu proti Tesle podali příbuzní řidiče, proto v následujících letech vznikne soudní precedent pro řešení sporů s účastí vozidel s ADS.

3. Závislost na datech

Data jsou základem pro vývoj algoritmů a jsou těsně spojena s uživatelem. Lidé jsou subjektivní a náchylní k zaujatosti, stále existují nerovnost a diskriminace. Algoritmy jsou stejně subjektivní jako lidi, a proto by odborníci měli zajistit, aby AI spíše předcházela vzniku nerovností, než je podporovala.[30]

S biasy při rozhodování se můžeme setkat, když AI monitoruje uchazeče o pracovní pozici a zvýhodňuje kandidáty určité rasy nebo pohlaví. Je známa kauza s algoritmem pro nábor zaměstnanců v Amazonu, který upřednostňoval uchazeče mužského pohlaví o pozici vývojáře, jelikož dostupný vzorek dat ukazoval, že v oblasti IT je více pracovníků mužů než žen.

Jedním z řešení zaručujících dostupnost kvalitních dat je vytvoření datových trustů např. ve formě government cloudu, datové platformy apod.[31] Datové fondy umožní sdílení velkého množství kvalitních dat pro vývoji AI v souladu s právy a zájmy těch, kdo tato data sděluje (např. orgány státní moci a v budoucnu i občané). Přístup k těmto trustům může být udělen veřejným a následně i soukromým organizacím s jasně stanovenými zásadami pro transparentnost jejich algoritmů.[32]

Ve své zprávě EK uvádí, že výrobek se považuje za bezpečný, pokud splňuje záměr výrobce a výrobce nese odpovědnost za kvalitu dat při návrhu a fungování algoritmu.[33]

Z pohledu ochrany osobních dat se za účinný nástroj považuje nařízení GDPR, zejména čl. 15, umožňující dotčeným subjektům přístup k jejich datům, která AI využívá (podpora při posouzení, zda AI při rozhodování využívá správná data).

---

27 Angl. National Transportation Safety Board neboli „NTSB".

28 Angl. autonomous driving system neboli ADS

29 LARIS, M.: Fatal Tesla crash tied to technology and driver failures, NTSB says. The Washington Post [online]. Washington*: The Washington Post*, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/deadly-tesla-crash-tied-to-technology-and-human-failures-ntsb-says/2020/02/25/86b710bc-574d-11ea-9b35-def5a027d470_story.html.

30 BOUCHER, P.: Artificial intelligence: *How does it work, why does it matter, and what can we do about it?* Brussels: Scientific Foresight Unit (STOA), 2020, str. IV.

31 MINISTERSTVO PRŮMYSLU A OBCHODU ČR. *Národní strategie umělé inteligence v České republice*. Praha, 2020, str. 23

32 BOUCHER, P.: *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?* Brussels: Scientific Foresight Unit (STOA), 2020, str. 44.

33 Zpráva EK, str. 8.

4. Dopad regulace na výrobce a organizace využívající AI

Prudký pokrok ve vývoji AI a její stále rostoucí využití v praxi vedly ke zpoždění adaptace stávajícího právního rámce na tyto technologické změny. Širší aplikací AI dochází ke zvýšení počtu sporných situací. Absence jasné úpravy vyvolává právní nejistotu na straně výrobců technologií s AI a organizací využívajících AI ve svém provozu.

Skupina expertů ze Stanfordské univerzity provedla průzkum mezi manažery 1245 společností s cílem zjistit, jak zavedení regulace ovlivní jejich přístup k nasazení AI algoritmů. Jedním ze zjištění bylo to, že zavedení obecné regulace snižuje ochotu podnikatelů zavádět AI systémy do své činnosti.[34] Více specializovaná úprava podle odvětví (v podobě kontroly speciálních orgánů) může vést k mírnější nebo dokonce opačné reakci.[35]

Organizace projevují vlastní iniciativu pro zaručení transparentnosti algoritmů: jedná se o vytvoření standardů kvality a zodpovědný přístup k vývoji algoritmů, jenž se projevuje v podobě dobrovolného posouzení rizik anebo certifikace produktů s AI. Toto přináší řadu výhod: vytváří důvěru v jejich software, což stimuluje prodej, a deklaruje soulad AI se stávajícími legislativními požadavky. Certifikace zároveň poskytuje záruku i pro další společnosti v hodnotovém řetězci. Nevýhoda spočívá v tom, že provedení certifikace je drahé a časově náročné, kvůli čemuž výrobci ztrácí konkurenční výhodu.[36]

Vznik sporných situací v důsledku jednání AI vede ke změnám struktury rozpočtů a zvětšení výdajů pro případy žalob ze strany poškozených. Nejistotu zatím způsobuje i nejasnost vzhledem k důkaznímu břemenu. Rostou výdaje na pojištění proti rizikům. Zavedení regulace nutí manažery i k tomu, aby uvažovali o větších investicích do oblasti compliance a vlastní AI strategie.[37] Populární úvahou je nábor dalších AI manažerů a právníků. Často se však jedná o výdaje na úkor zaměstnávaní nových pracovníků v hlavním oboru nebo školení stávajících zaměstnanců.[38]

Oblast technologií s AI je komplikovaná a stále nepoznaná, a proto pro vytvoření odpovídají úpravy, která by neomezovala, ale stimulovala inovaci, je klíčová spolupráce technologického průmyslu a státu. Podnikatelé mohou zadat směr pro budoucí úpravu pomocí zavedení seberegulace nebo certifikace (tzv. „bottom-up“ přístup).[39] Stát může na tyto principy navázat a nařídit jejich vynutitelnost. Např. AAA inspirovaný dobrovolnou praxí technologických podniků se může stát legislativní podporou pro společnosti, které zavedly vlastní systém certifikace průhlednosti algoritmů.

---

34 LEE, Y. S. WEBB, M. LARSEN, B. a CUÉLLAR, M.-F.: *How Would AI Regulation Change Firms' Behavior? Evidence from Thousands of Managers*. Stanford, Institute for Economic Policy Research (SIEPR), 2019, str. 20.

35 Tamtéž, str. 21.

36 Zpráva STOA str. 40.

37 LEE, Y. S. WEBB, M. LARSEN, B. a CUÉLLAR, M.-F.: *How Would AI Regulation Change Firms' Behavior? Evidence from Thousands of Managers*. Stanford, Institute for Economic Policy Research (SIEPR), 2019, str. 25.

38 Tamtéž, str. 29.

39 Zpráva STOA, str. 44.

Závěr

Tento článek byl věnován analýze základních charakteristik AI a výzvám, které tyto charakteristiky přináší pro budoucí regulaci. Netransparentnost ztěžuje hledání příčin vzniklé újmy, má negativní vliv na úroveň důvěry uživatelů. Většina navrhovaných úvah o regulaci se zaměřuje na zpřísnění povinností výrobců např. v souvislosti s posouzením rizik negativního dopadu AI na přesnost a nezaujatost rozhodování, včetně ochrany dat uživatelů, nebo s povinností zveřejnit vývojové parametry v případě vzniku škody. Další iniciativou je zavedení objektivní odpovědnosti pro výrobce AI se zvláštním rizikovým profilem. Informovanost uživatelů je další prioritou, a proto je zakotveno právo uživatelů vědět, zda a v jaké míře v jejich věci rozhoduje AI (GDPR, Digital Republic Act). Labelling produktů s AI nebo srovnávací scénáře pro odhalení biasů jsou dalšími demonstrativními příklady možných opatření.[40]

Autonomie AI je problematická v souvislosti s otázkou zavinění a určení odpovědné osoby. Ve smyslu ochrany spotřebitele je na místě koncept objektivní odpovědnosti výrobce a obrácení důkazního břemene. Novou povinností výrobců by mohlo být posouzení změny předvídatelného použití výrobků v době jeho životnosti a rozšíření bezpečnostní záruky na lidský dohled.

Kvalita dat ovlivňuje chování AI, a proto pro bezpečnost jejího fungování musíme zajistit, že AI využívá ověřená a správná data. Vytvoření datových trustů mohou přispět k dosažení tohoto cíle. EK stanovuje, že správnost dat použitých při návrhu výrobku s AI je odpovědností výrobce. Za účinný nástroj lze považovat nařízení GDPR.

Širší zapojení AI do ekonomiky nutí zákonodárce k vytvoření jasného právního rámce, bez kterého vznikají nejasnosti na straně výrobců a organizací využívajících AI. Technologické změny a očekávání legislativní reakce vytváří nejistotu na straně podnikatelů, kteří jsou nucení měnit strukturu rozpočtu s ohledem na pravděpodobnost vzniku výdajů na právní spory. Vzniká potřeba zaměstnávání většího počtu manažerů v oblasti AI a právníků. Větší výdaje vyžadují i vlastní iniciativy na dobrovolnou certifikaci produktů, compliance a AI strategii. Stát by se již dnes mohl začít zabývat nejen možnými negativními následky zavedení AI, ale usnadněním adaptace podniků na přicházející technologické změny.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] Algorithmic Accountability Act of 2019 - Challengies and Opportunities. *WIPRO* [online]. Wipro Limited, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.wipro.com/blogs/vaidyanathan-balasubramanian/algorithmic-accountability-act-of-2019-challenges-and-opportunities/ .

[2] AUTHORS OF THE PANEL FOR THE FUTURE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY (STOA): *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*. Brussels: Mihalis Kritikos, Scientific Foresight Unit (STOA), 2019. ISBN 978-92-846-4656-2.

40 Viz Zpráva STOA, str. 50.

[3] Autopilot. *TESLA* [online]. Fremont: Tesla, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.tesla.com/cs_CZ/autopilotAI?redirect=no.

[4] BOUCHER, P.: *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?* Brussels: Scientific Foresight Unit (STOA), 2020. ISBN 978-92-846-6770-3.

[5] CRISTIANINI, N.: (forthcoming) "Shortcuts to Artificial Intelligence". *Machines We Trust*, Marcello Pelillo and Teresa Scantamburlo (eds.), Cambridge, MA: MIT Press. [Dostupné také z: Cristianini forthcoming – preprint available online]

[6] EVROSKÁ KOMISE*:* ZPRÁVA KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU, RADĚ A EVROPSKÉMU HOSPODÁŘSKÉMU A SOCIÁLNÍMU VÝBORU – *Zpráva o dopadech umělé inteligence, internetu věcí a robotiky na bezpečnost a odpovědnost*. European Union, 2019.

[7] HAO, K.: Pricing algorithms can learn to collude with each other to raise prices. *MIT Technology Review* [online]. Cambridge, Massachusetts: MIT Technology Review, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.technologyreview.com/2019/02/12/137471/pricing-algorithms-can-learn-to-collude-with-each-other-to-raise-prices/

[8] KING, T. C. AGGARWAL, N, TADDEO, M. et al*.:* Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions. *Sci Eng Ethics* **26,** 89–120 (2020). Dostupné z: https://doi.org/10.1007/s11948-018-00081-0

[9] LARIS, M.: Fatal Tesla crash tied to technology and driver failures, NTSB says. *The Washington Post* [online]. Washington: The Washington Post, 2020 [cit. 2020-11-02]. Dostupné z: https://www.washingtonpost.com/local/trafficandcommuting/deadly-tesla-crash-tied-to-technology-and-human-failures-ntsb-says/2020/02/25/86b710bc-574d-11ea-9b35-def5a027d470_story.html

[10] LEE, Y. S. Michael, W. LARSEN, B. a CUÉLLAR, M.-F.: *How Would AI Regulation Change Firms' Behavior?: Evidence from Thousands of Managers*. Working Paper No. 19-031. Stanford, Institute for Economic Policy Research (SIEPR), 2019.

[11] MICROSOFT CORPORATION. *The Future Computed: Artificial Intelligence and its role in society*. Redmond, Washington. U.S.A.: Microsoft Corporation, 2018. ISBN 978-0-9997508-1-0.

[12] MINSTERSTVO PRŮMYSLU A OBCHODU ČR. *Národní strategie umělé inteligence v České republice*. Praha, 2020. Dostupné také z: https://www.vlada.cz/assets/evropske-zalezitosti/umela-inteligence/NAIS_kveten_2019.pdf

[13] Přednáška prof. Ing. Michala Pěchoučka, M.Sc, Dr. dne 13. května 2019 na FF UK.

Kontaktní adresa autora:
Ing. Regina Yusupova
Katedra podnikového a evropského práva
Fakulta mezinárodních vztahů VŠE v Praze
nám. W. Churchilla 1938/4
130 67 Praha
E-mail: xyusr00@vse.cz

INSOLVENČNÍ PRÁVO
INSOLVENCY LAW

5.

xvitk10@vse.cz
zezulka.ondrej@vse.cz

Klára Vítková
Ondřej Zezulka

FLEXIBILITA REGULATORNÍCH PŘÍSTUPŮ K ODMĚŇOVÁNÍ INSOLVENČNÍCH SPRÁVCŮ Z ČESKÉHO A NEMECKÉHO POHLEDU

THE FLEXIBILITY OF REGULATORY APPROACHES TO REMUNERATION OF INSOLVENCY PRACTITIONERS FROM THE CZECH AND GERMAN PERSPECTIVE

Abstrakt: Diskuse o odměňování insolvenčních správců zesílila s novou směrnicí Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 o restrukturalizaci a insolvenci, která vešla v účinnost dne 16. července 2019. Cílem článku je zjistit úroveň flexibility českého regulatorního přístupu k odměňování insolvenčních správců ve srovnání s tím německým. Článek se nezabývá pouze teoretickou flexibilitou, nýbrž také jejím využitím legislativním orgánem v praxi.

Abstract: The discussions about remuneration of the insolvency practitioners became stronger than ever with the new Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council on restructuring and insolvency entering into force on July 16, 2019. The aim of this article is to determine the level of flexibility of the Czech regulatory approach to remuneration of insolvency practitioners in comparison with the German one. The article focuses not only on theoretical flexibility, but also on its practical use at the legislative body.

Klíčová slova: *insolvenční právo, insolvenční správce, odměna, směrnice o restrukturalizaci a insolvenci.*

Key words: *insolvency law, insolvency practitioner, remuneration, directive on restructuring and insolvency.*

Introduction[1]

Remuneration of the insolvency practitioners has always been a very "hot" topic. Unfortunately, the public discussion is usually limited to the argument about reward of insolvency practitioners in absolute numbers rather than conversation about the system itself.

1 The article was created within the IGA project *„Pět let po rekodifikaci – pět let zkušeností, inspirací a otázek"*, no. F2/14/2019. The authors are also Senior Ministerial Counsellors at the Ministry of Justice, and members of the EU Council working group on civil law matters (insolvency). The views and opinions expressed in this article are those of the authors and do not necessarily represent official position of the institution in which the authors work.

There are many contradictory opinions, as there are many different groups of stakeholders. The discussion intensified after the Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council on restructuring and insolvency came into force on July 16, 2019.

However, the absolute amount of money, with which a particular insolvency practitioner is rewarded in a particular insolvency proceeding, depends on the principles of its determination. The problem is that these principles have been developed for "standard" circumstances and "standard" deviations ("standard" economic cycle). Unfortunately, we are now facing an unpredictable and unprecedented situation caused by the current outbreak of coronavirus SARS-CoV-2, which paralyses the world economy. Intensity and extent of the so-called crisis legislation supports the claim that the ongoing situation is exceptional. Yet, none of it has focused (even partly) on the topic of remuneration of the insolvency practitioners. This raises the question: Does the Czech regulatory approach to the institute even enable a flexible reaction?

Following that, the aim of this article is to determine the level of flexibility of the Czech regulatory approach to the remuneration of insolvency practitioners in comparison with the German one. The article does not only deal with flexibility in theory, but also with its practical aspects in the legislative body. It must be stated at the very beginning that the article does *not* study the rules for determination of remuneration of insolvency practitioners *per se* (*e.g.* if a practitioner is rewarded on a monthly basis or summarily at the end of the proceeding, if the remuneration is based on an assets-realisation revenue or is represented by a fixed amount of money).

1. Relationship between primary and secondary legislation

A brief explanation of the relationship between primary and secondary legislation is needed. Primary legislation is represented by constitutional acts and regular acts, whereas secondary legislation covers regulations issued by the government and central administrative authorities (such as ministries).[2] Their relationship is traditionally set in the act of the highest legal force (the constitution), as it represents *"a key question of the division of power between legislative and executive branches in the field of legislation"*[3]. In the Czech Republic, a ministry is allowed to issue a regulation *on behalf of an act and within its limits* (*secundum et intra legem*), for which an explicit empowering provision is also required (see Art. 79 subsec. 3 of the Constitutional Act No. 1/1993 Coll. the Constitution of the Czech Republic). A regulation must not be out of scope of any act (*praetor legem*).[4] In Germany, in addition to an empowering provision, the act must set content, objective and scope of the implementing legislation [Art. 80 of the German Constitution (*Grundgesetz*)].[5]

2 GERLOCH, A.: *Teorie práva*. 5th issue. Pilsen: Aleš Čeněk, 2009, p. 48.

3 Decision of the Czech Constitutional Court from 20th October 2004, case number Pl.ÚS 52/03.

4 HENDRYCH, D. et al.: *Správní právo. Obecná část*. 9th issue. Prague: C.H.Beck, 2016, p. 46

5 Despite the fact that the Czech Constitution does not explicitly require these particular aspects of the implementing legislation to be set in the act, the Czech Constitutional Court has derived this requirement from the mere fact that the Czech Republic is a sovereign and democratic state based on respect for the rights and freedoms of its people (in the decision from the 9th of February 2010, case number Pl. ÚS 6/07)

It is possible via secondary legislation to address particular (especially technical) rules in such detail, whereas it remains unsuitable for primary legislation[6]. Furthermore, the *process of issuing and adjusting secondary legislation* is much *easier* in comparison to primary legislation, as secondary legislation is neither subject to the legislative procedure in the Parliament either in the Czech Republic, or in Germany. Thus, on the one hand, secondary legislation enables a flexible reaction nor situations, which are barely foreseeable in the process of issuing primary legislation[7] or arise from its application[8]. On the other hand, an easier process can lead to frequent changes in secondary legislation, which negatively affects legal certainty and foreseeability (so-called instability of law). [9]

Based on the above mentioned presuppositions, we can formulate a hypothesis that *the more is left to secondary legislation, the more flexible, yet instable the regulatory approach is*.

2. Flexibility of the Czech and German regulatory approach

To test the hypothesis, we must firstly find out, to which extent (if ever) the rules for determination of remuneration of insolvency practitioners in the Czech Republic and Germany have been set in secondary legislation.

2. 1 Historical overview

The insolvency (bankruptcy) law in Germany has a long tradition, which began with the Act on Liquidation (*Konkursordnung,* further referred only as *"KO"*)[10] in 1877. KO had been in force until the end of 1999, when the Insolvency Act (*Insolvenzordnung,* further referred only as *"InsO"*)[11], still in force today, replaced it.

The situation in the Czech Republic was unfortunately quite different – the insolvency law did not exist in the Czech Republic from 1948 until 1991 when the Act No. 328/1991 Coll. on Bankruptcy and Composition (further referred only as *"ZKV"*) came into force in the Czech Republic.[12]. ZKV had been in force until the end of 2007, when the Act No. 182/2006 Coll. on Bankruptcy and its Resolution Methods (Insolvency Act, further referred only as *"IZ"*), still in force today, replaced it.

Thus, we compare only the period from 1991 until now, so that we can test the flexibility of regulatory approaches within a sufficient, yet comparable period.

6 *Legislativní proces (teorie a praxe).* Printing company of the Ministry of Interior, s.p.o., 2011, p. 115 [online][quot. 2020-11-1]. Available at <www.mvcr.cz/soubor/legislativni-proces-pdf.aspx>.

7 Ibid.

8 Ibid, p. 124.

9 GERLOCH, A.: *Teorie práva* (rep. cit), p. 101.

10 The *Konkursordnung* was published in the Collection (called Deutsches Reichsgesetzblatt in that time) in the volume No. 10 in 1877.

11 The *Insolvenzordnung* was published in the Collection (called the *Bundesgesetzblatt* in that time) in part one at page 2866 and further in 1994. It came into force January 1, 1999.

12 October 1, 1991.

2. 2 The current state in general

Firstly, we aim to figure out if the rules for determination of remuneration of insolvency practitioners are only set in primary, or also in secondary legislation, thus to compare the level of flexibility of regulatory approaches *in general*.

In the Czech Republic, the regulation is contained in both primary and secondary legislation. The entitlement *itself* raises from *primary* legislation, specifically from Sec. 38 of IZ, according to which *"an insolvency practitioner has a right to remuneration and to reimbursement of his or her cash expenses"*. However, the "*specification of rules of its determination"* is *mostly* left to *secondary* legislation – according to Sec. 38 subsec. 7 of IZ *"the method of determining remuneration, certain cash expenses of the insolvency practitioner, and the method of their payment by the state shall be determined by an implementing legislation"*. The implementing legislation is represented by the Regulation No. 313/2007 Coll. on Remuneration of Insolvency Practitioners, on Reimbursement of Cash Expenses, on Remuneration of Members and Their Substitutes and on Reimbursement of Their Necessary Expenses (further referred only as *"Regulation on Remuneration"*).[13]

On the most general level, the same goes for Germany. According to Sec. 63 subsec. 1 of InsO *"an insolvency practitioner has a right to remuneration for his or her administration and to reimbursement of his or her reasonable expenses"*. However, the InsO itself does not stipulate (almost) any specific methods of its determination. These are set in the Regulation on Remuneration in Insolvency Proceedings (*Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung,* further referred to as *"InsVV"*)[14], issued by the Ministry of Justice and Consumer Protection of Germany.

To conclude, the Czech and German regulatory approach are, *at a general level, of the same flexibility*, as the right of insolvency practitioners to remuneration is stated in primary legislation, whereas secondary legislation is used to set specific methods of its determination.

2. 3 The current state in detail

Secondly, we need to compare the scope of limitations imposed by primary legislation on secondary legislation, thus to determine the level of flexibility of regulatory approaches *in detail*.

Currently in the Czech Republic, Sec. 38 of IZ sets a number of rules which the Regulation of Remuneration must follow: Remuneration in case of a liquidation shall depend on (1) number of claims and (2) assets-realization revenue. In case of a debt-discharge proceeding, remuneration for reviewing the claims is set to (3) 25 % of the one for a liquidation. In all cases, (4) Value Added Tax shall be covered too.

It must be also noted that the Czech legislative body tend to *add limits* over the years. When coming into force, Sec. 38 of IZ contained only rules no. 2 and 4. The rule no. 1 was introduced since January 1, 2014[15], the rule no. 3 than since July 1, 2017[16].

---

13 The power to issue and adjust the Regulation on Remuneration has been given to the Ministry of Justice of the Czech Republic (Sec. 431 subsec. 2 of IZ).

14 The *Insolvenzrechtliche* Vergütungsverordnung was published in the Collection (called the *Bundesgesetzblatt* in that time) in part one at page 2205 and further in 1998. It came into force January 1, 1999.

15 By Act No. 294/2013 Coll.

16 By Act No. 64/2017 Coll.

On the other hand, Sec. 63 of InsO sets in Germany that (1) the calculation of standard remuneration is based on the value of the debtor's assets at the end of the insolvency proceeding and that (2) the scope and difficulty of the case management are taken into account by deviations from the standard remuneration.

Comparing the Czech and German approaches, IZ contains *more numerous* and *more detailed* (thus *strict*) limits than InsO. Although we find the Czech and German regulatory approaches equally flexible at a general level, when it comes to *details*, the *German* approach is *more flexible* than the Czech one, because the German primary legislation imposes less restrictions on secondary legislation.

3. (In)stability of the Czech and German regulatory approach

To test the stability, we should examine the number of legislative changes (i.e. the aspect we call formal instability) and their substantiality (i.e. the aspect we call material instability). The result shall clarify which jurisdiction shows more flexibility in terms of adaptation towards changing situation.

3. 1 Number of changes (formal instability)

Since 1991, the Regulation on Remuneration in the Czech Republic has been subject to 8 changes (1993, 1996, 2000, 2006, 2008, 2013, 2014 and 2019).

During the same period, InsVV in Germany has been subject to 8 changes (1999, 2002, 2004 twice, 2006, 2012, 2013 and 2018).

As we see, despite the fact that the German regulatory approach turned out to be theoretically more flexible, the number of adjustments of secondary legislation is the same in both countries. It is also interesting that in spite of the deep connection between both economies, the adjustments were introduced in different years and none of them was made immediately after the global financial crisis stroke. This indicates that the adjustments are driven by political rather than economic motives.

3. 2 Substantiality of changes (material instability)

In 1991, re-establishment of a liberal profession of an insolvency practitioner in the Czech Republic invoked the need for establishing an adequate performance remuneration scheme.

Legislators initially introduced only brief rules. Authors consider it as a result of both insufficient knowledge of economic functioning of such professions, and limited imagination of insolvency proceedings complexity. Besides, legislators initially opted for a cautious approach entitling lower remuneration that had to be reviewed several times.

A degressive meritorious remuneration model has been chosen. Remuneration was set proportionately to the yield of debtor's assets – with increasing yield the lower percentage rates applied. Differences emerged between liquidation and composition. The

latter was awarded only by one third for identical yield distributed among creditors.[17] Both methods were set to degressive percentage model with fixed minimum entitlement because of "zombie firms" with no assets even to cover costs of the proceedings. However, the cautious approach had latterly proven insufficient as it was realised that a share of insolvency practitioners on assets realisation appeared to be fairly understated. Therefore in 2000, the minimum remuneration was multiplied by 4.5 and percentage values were multiplied by 7.5 to 10.[18] These values laid foundations even to the currently effective remuneration tariff. Between 2000 and 2007, only minor diversifications were introduced, e.g. dedicated fixed fees for review of creditors' lodgements.

The IZ completely redefined insolvency law and introduced some completely new remedial bankruptcy resolution methods (*i.e.* reorganization, discharge). By imposing new responsibilities on insolvency practitioners, the remuneration model needed to be re-designed.

Both remedial methods were set on a fixed monthly remuneration rather than the meritorious on. In the reorganization, it was diversified accordingly to the debtor's annual revenue. In the discharge conducted by repayment schedule, the entitlement was unified regardless the complexity of case or income level of the debtor.

Remuneration for realising secured and unsecured assets was separated. Legislators assumed that securities do not require such efforts and that they are usually considerably higher. Therefore a dedicated chart with a significantly lower percentage was established.[19] In 2012, even this was eventually (again) multiplied by 4.5 as it became apparent that the share of insolvency practitioner was unbearably low.[20]

Even though the legislators set up a fixed monthly remuneration for servicing debtors' repayment schedules, a specific amount has never been index-linked despite the combined two-digit inflation rate since 2008[21]. Yet, tens of thousands of cases per year distributed among relatively low numbers of insolvency practitioners led to optimisation possibilities and economies of scale. Since 2019, the standard process of discharge from debt has comprised both repayment schedule and realisation of assets finally granting insolvency practitioners both fixed monthly and meritorious remuneration for both efforts.[22]

In Germany, InsVV changed for the first time within the studied period in 1999, when the new InsO came into force. The degressive meritorious remuneration model for rewarding insolvency practitioners administrating liquidations, based on proportionality to the value of debtor's assets at the end of the insolvency proceeding, underwent a major change in quantity (it evolved from 6 to 7 zones) and high of percentage rates (it went from 15 % for the most invaluable debtor's assets to 40 %). The individual parameters of the model have not changed ever since.

---

17 Regulation No. 476/1991 Coll. which was amended in 1996 by Regulation No. 277/1996 Coll.

18 Regulation No. 229/2000 Coll.

19 Regulation No. 313/2007 Coll.

20 Regulation No. 488/2012 Coll.

21 TPA Valuation & Advisory s.r.o.: *Opinion on the change of remuneration of insolvency practitioners,* 2018, p. 55–63. [online][quot. 2020-11-13] Available at <www.zizlavsky.cz/storage/attachment/76668fac21dd8e9642f6c55ec90826d6.pdf>.

22 Regulation No. 133/2019 Coll.

The new InsO also introduced the reorganization as a new type of bankruptcy resolution; thus, a new method had to be implemented into the InsVV (administrating a reorganization was supposed to be rewarded with 60 % of liquidation). This model has not changed ever since either.

The adjustments between 1999 and 2004 were minor.[23] In 2004[24], the Ministry of Justice and Consumer Protection increased remuneration for supervision over debtor (from 15 EUR to 35 EUR per hour) and elaborated rules for determination of the minimum remuneration in both liquidation as well as debt-discharge procedure (minimum remuneration depends on the number of creditors in the insolvency proceeding[25]).

Neither the adjustments in 2006, nor the ones in 2012 or 2018 brought any major impact.[26] Last change which brought some impact that might be assessed as a middle one (rather than – almost – none) happened in 2013[27] and took into consideration the specific features of consumer insolvency (by lowering the minimum remuneration for such cases).

The comparison leads to a final conclusion – in spite of being more flexible and subject to the same number of changes, the German legislation on remuneration of insolvency practitioners is materially more stable than the Czech one.

Conclusion

A constant development caused that Czech secondary legislation regulating the remuneration of insolvency practitioners extensively diversified and adapted to various situations. The volume of secondary legislation almost quadrupled over time (from 1991 to 2019) and reacted to numerous practical problems that emerged during years.

The examined hypothesis assumed that the more is left to secondary legislation, the more flexible, yet instable the regulatory approach is. As to the sole legislative limitations, the German perspective theoretically offers a higher degree of flexibility due to lesser limitations. Yet, within the respective period, both German and Czech legislators changed the remuneration model 8 times. Therefore, both systems proved an equivalent rate of formal volatility. It forced the authors to examine the nature of conducted adjustments.

Although the authors found the German regulatory approach more flexible at the theoretical level, the Czech approach reflects emerging problems with higher intensity. The authors would like to point out that they did not encounter any reasoning which would indicate that the adjustments were triggered by the economic crisis (as no changes were made during 2008-2012 in neither country). Interestingly, the modifications did not cor-

23 The adjustment issued in the part one of the Coll. at p. 3574 and further served only to implement the acceptance of EUR as the official currency (so rates and limits were just divided by two). The adjustment issued in the part one of the Coll. at p. 718 and further only followed the new tax legislation.

24 By the adjustment issued in the part one of the Coll. at p. 3574 and further.

25 By the adjustment issued in the part one of the Coll. at p. 2569 and further.

26 The *„second act changing the InsVV"*, issued in the part one of the Coll. at p. 3389, introduced rules for remuneration of pre-insolvency practitioners. The adjustment issued in the part one of the Coll. at p. 2582 and further, affected only the remuneration of members of a creditors' committee. The adjustment issued in the part one of the Coll. at p. 866 only covered group bankruptcies and coordination proceedings according to the European law.

27 The adjustment was issued in the part one of the Coll. at p. 2379.

respond with the shift from nomination to rotary appointment model in Czech insolvency proceedings, either.[28]

LITERATURE

[1] GERLOCH, A.: *Teorie práva*. 5th issue. Pilsen: Publishers and Editors Aleš Čeněk, 2009. 308 p. Law Books. ISBN 978-80-7380-233-2.

[2] HENDRYCH, D. et alii.: *Správní právo: obecná část*. 9th issue. Prague: C.H. Beck, 2016. xxix, 570 pages. Academia iuris. ISBN 978-80-7400-624-1.

[3] VÍTKOVÁ, K.: *Problematika určení insolvenčního správce v kontextu práva na podnikání v ČR a SRN*. in *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference.* 1st issue. Prague: TROAS, s.r.o., 2017. 308 s. ISBN: 978-80-88055-03-7.

[4] A group of authors: *Legislativní proces (teorie a praxe)*. Printing company of the Ministry of Interior, s.p.o., 2011, 553 pages. [online][quoted 2020-11-1]. Available at: <www.mvcr.cz/soubor/legislativni-proces-pdf.aspx>.

[5] Decision of the Czech Constitutional Court from 20th October 2004, case number Pl. ÚS 52/03.

[6] Decision of the Czech Constitutional Court from 9th February 2010, case number Pl. ÚS 6/07.

[7] TPA Valuation & Advisory s.r.o.: *Opinion on the change of remuneration of insolvency practitioners*, 2018, p. 55–63. [online][quoted 2020-11-13] Available at: <www.zizlavsky.cz/storage/attachment/76668fac21dd8e9642f6c55ec90826d6.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, Ph.D.
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

28 VÍTKOVÁ, K.: *Problematika určení insolvenčního správce v kontextu práva na podnikání v ČR a SRN*. in *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*. 1st issue. Prague: TROAS, s.r.o., 2017, s. 277–285.

Petr Smolík Smolikp@prf.cuni.cz

SVĚŘENSKÉ FONDY A INSOLVENCE – MEZE A MOŽNOSTI

TRUSTS AND INSOLVENCY – BORDERS AND POSSIBILITIES

Abstrakt: Svěřenské fondy jsou představeny ve spojení s insolvenčním řízením ve světle obecné úpravy občanského zákoníku. Jedním z problémů je, že svěřenské fondy zákon nepokládá za právnickou osobu, ale jen za nástroj pro účinnou správu žijící vlastním právním životem. Svěřenské fondy mají specifické postavení i v českém civilním procesu, když všechna řízení jich se týkající nemohou být vedena proti nim, ale jen proti svěřenskému správci. Článek uzavírá přehled možností svěřenských fondů pro vlastníky a nebezpečí pro věřitele, kteří jsou nuceni hledat účinnou právní ochranu v insolvenčním řízení.

Abstract: Trusts under Czech law are shown in connection to insolvency proceedings. Czech civil code of 2012 gives basic structure of trusts. One of issues is that trusts are not considered as legal entities but only as property instrument for efficient administration. Trusts have special position also in civile procedure – all proceeding concerning trust must be held as not against trust itself but against trust administrator. Law has options not only for proprietors and danger for creditors who may be asked to find protection in insolvency proceeding as their final resort.

Klíčová slova: *svěřenský fond, insolvence, věřitelé, právní osobnost, neúčinnost právních jednání, majetková podstata.*

Key words: *trust, insolvency, creditors, legal entity, legal transactions, property substance.*

1. Obecná část

1.1 Svěřenské fondy v NOZ

1.1.1 Pojem svěřenského fondu

Občanský zákoník v § 1448–1474 řadí svěřenský fond mezi nástroje správy cizího majetku[1]. Jde o pro české právo zcela nový institut, který do značné míry působí i po prvních letech zkušeností dosti cizorodě, mj. pro inspiraci v jiném právním systému (anglo-americkém, resp. kanadském).

Co je pro naši úvahu zásadní, je, že ať k tomu názvem i dalšími aspekty svěřenský fond svádí, není právnickou osobou. To plyne jak z jeho zařazení mezi práva věcná, a také z toho, že pokud by snad měl být právnickou osobou, byl by jako takový zmíněn v jejich

1 Viz zejm. SVEJKOVSKÝ, J. MAREK, R. a kol.: *Správa cizího majetku v novém občanském zákoníku*. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, 544 s.

výčtu v § 118n. OZ, příp. by byl jako jejich zvláštní kategorie regulován v příslušné samostatné partii OZ za korporacemi, fundacemi a ústavy.

Z názvu institutu lze dovozovat, že svěřenský fond je novým, zvláštním druhem fondu, což je pojem našemu právu známý. Nadační fond (§ 394-401 OZ) je druhem fundace, starší zvláštní úprava zná fondy veřejnoprávní i soukromoprávní (např. Fond národního majetku, Fond pojištění vkladů, investiční fondy, penzijní fondy etc.). Tato asociace není na místě – svěřenský fond není fondem takového druhu - opět, jak proto, že není právnickou osobou, a také proto, že uvedené fondy byly nebo jsou zřizovány za odlišnými zvláštními účely[2].

Co svěřenský fond je? Dle § 1448 OZ jde o vyčleněný majetek (původně zakladatele) svěřený správci za určitým účelem (např. řešení pozůstalosti[3]). Tento majetek je „odděleným a nezávislým vlastnictvím", kde „vlastnická práva k majetku ve svěřenském fondu vykonává vlastním jménem na účet fondu svěřenský správce". Tento majetek nikomu nepatří (ani správci, ani zakladateli, ani osobám, jimž být plněno), leda sám sobě. Z toho plyne, že svěřenský fond je jakýmsi vlastníkem sebe sama či „pánem bez pána" (obdoba „ležící pozůstalosti", hereditas iacens) z dědického práva. Povaha tohoto institutu je opravdu zvláštní, sice se jako právnická osoba někdy tváří, ale výslovně jí není (ani dle § 1450 odst. 2 OZ, dle něhož se svěřenský fond v právním životě musí označovat slovy „svěřenský fond", což působí jako součást názvu, jména právnické osoby).

1.1.2 Jednání za svěřenský fond

Důležitou otázkou je, jak tento „právně žije", jak „jedná", resp. kdo a jak „za" něj jedná. Citovaný § 1448 odst. 3 OZ říká, že nejde o jednání „za" svěřenský fond, ale o „výkon vlastnických práv" k majetku ve svěřenském fondu, který je svěřen správci, který „jedná" sice svým jménem, ale na účet svěřenského fondu.

Tato formulace vzbuzuje další otázky – svěřenský fond, non-subjekt nemůže sám jednat, nelze ani jednat za něj (nejde o zastoupení právnické osoby ani činnost statutárního orgánu), jedná za něj správce svým jménem ale na účet svěřenského fondu (v jeho prospěch nebo k jeho tíži – rozmnožuje jeho aktiva nebo vyplácí plnění oprávněným osobám).

Dle § 1451 OZ vzniká právo správce takto jednat pověřením, resp. „přijetím pověření". Vznik fondu je zásadně vázán na zápis do evidence – takto lze svěřenský fond přirovnat k prokuře[4]; (že jeho vznik je vázán na zápis do rejstříku jako u právnické osoby, nemá význam, konstitutivní zápisy nejsou vyhrazeny pro právnické osoby, ale týkají se i jiných otázek).

1.1.3 Právní poměry svěřenského fondu

Činnost svěřenského fondu je v zásadě dvojího druhu[5]. Správce má vyčleněný majetek spravovat čili uchovávat, rozmnožovat či chránit před umenšováním, vedle toho se ale předpokládá, že z něj bude poskytovat plnění obmyšleným dle § 1457n. OZ. V tomto se svěřenský fond blíží fundaci či nadaci (slovo „fond" asociuje tuto příbuznost, ale i snahu

2 Viz např. SVEJSKOVSKÝ, J.: Svěřenský fond – úprava podle občanského zákoníku. *Ad Notam 2/2020*, s. 23.

3 K svěřenským fondům v dědickém právu viz: MIMROVÁ, T.: Svěřenský fond v kontextu dědického práva. *Právní rozhledy*, 23-24/2019, s. 840.

4 Svěřenský fond jako nástroj správy cizího majetku oproti prokuře jako zvláštní podnikatelské plné moci.

5 Viz: PETROV, J. a kol.: *Občanský zákoník – Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2019, 2. vydání, s. 1515.

o přisvojení si povahy právnické osoby – fond rozděluje, přiděluje, přispívá, aj.). Tato „příspěvková“ činnost ale není povinný či předpokládaný hlavní účel založení svěřenského fondu – na rozdíl právě od fundace či nadace. Svěřenské fondy lze rozlišit na fondy pasivní a aktivní vůči třetím osobám – lze je založit, aniž by komukoli cokoli poskytly, resp. může být určen jediný obmyšlený, typicky sám zakladatel nebo někdo jím určený (jeho právní nástupce, osoba blízká, osoba ovládaná, spolupracující, spojená, někdo tvořící s ním koncern, zkrátka někdo s afinitou vůči zakladateli); druhým případem bude svěřenský fond aktivní, jehož účel se podobá nadaci.

1.2 Svěřenské fondy – diskurz hmotněprávní

1.2.1 Právnická osoba/entita

Zásadní otázkou, která se od počátku debaty o tomto institutu vede, je, zda je či není fond právnickou osobou, příp. zda je či není „právní osobností, entitou“ dle vzoru anglického „legal entity“. Jsme jasně na pozici, že svěřenský fond NENÍ právnickou osobou. Debata na toto téma se opírá o argumenty, které neobstojí – odkazy na dílčí, izolovaná, nesprávně interpretovaná ustanovení OZ, zejm. § 1448 odst. 3 OZ6 – nemohou vést k tomuto zásadnímu závěru. Neobstojí ani argument zahraniční zkušenosti, kde mají trusty povahu buď právnické osoby, nebo „legal entity“ *sui generis*.

1.2.2 Svěřenské fondy vs. jiné fondy, svěřenský fond versus fundace/nadace

V uvedené podobnosti nadačního fondu, nadace a svěřenského fondu se skrývá jisté nebezpečí. Má-li zakladatel v úmyslu založit nadaci (nadační fond,), má využít nabídky dané zákonem a založit takovou právnickou osobu. Nadační právo je rozvinuté, silně regulované, chrání se nejen soukromý zájem případných příjemců plnění z účelově vymezeného nadačního majetku, ale i zájmy veřejné, obecně prospěšné, příp. i finanční, daňové a další. Pokud by zakladatel chtěl využít pro podobné aktivity svěřenského fondu, nabízí se otázka proč. Primárně má být svěřenský fond nástrojem správy majetku, poskytování plnění třetím osobám je jakousi sekundární činností. Odlišná je i povaha právní regulace – zatímco činnost nadací je v českém právu regulována silně, nabízí se uživatelům v podobě svěřenských fondů cosi diametrálně odlišného – nonsubjekt bez silné formální struktury vnitřních orgánů právnické osoby – svěřenský fond má jen správce. Úprava vnitřní i vnější činnosti svěřenského fondu je vyhrazena statutu, jehož regulátorem je opět soukromá osoba, zakladatel.

Svěřenský fond tedy představuje velmi zajímavou možnost dispozice s majetkem, ať pasivní, tak aktivní, jak relativně snadno a bez kontroly nakládat s majetkem určité osoby. Pokud je výkon vlastnického práva omezen jen přáním vlastníka, nic proti tomu, ale jakmile se do hry dostanou zájmy třetích osob, může dojít ke konfliktu. A v našem případě je třeba uvědomit si, že právní jednání týkající se majetku se může potenciálně a často dostávat do střetu s velmi zásadní kategorií takových osob v soukromém právu – totiž s věřiteli.

6 Viz: TICHÝ, L.: Vlastnictví bez vlastníka v českém svěřenském fondu (skica na margo trustu v českém právu). *Bulletin advokacie*, 3/2020, s. 18.

1.2.3 Zahraniční ohlédnutí – Quebec, Francie, Německo/Rakousko

Jak bylo zmíněno, naše úprava svěřenských fondů vychází z anglo-amerického institutu trustu, ale dominuje jí kanadská verze (quebecká varianta)[7]. V Evropě[8] jsme v odvážnosti přijetí daného institutu poměrně ojedinělí, paralelně lze zmínit Francii, která ovšem přijala v rámci tzv. fiducie[9] velmi specifickou a poměrně silně regulovanou možnost vlastníka vyčlenit určitou část svého majetku. Poměrně silný odpor, resp. rezervovaný postoj lze nalézt v Německu, resp. Rakousku. Německé právo velmi silně vznik a následný život účelově vymezeného majetku reguluje (v oblasti nadačního práva), podobně i Rakousko. Poměrně specifická úprava trustu, rozdíly a neochota k harmonizaci úpravy může nakonec vést v rámci evropského právního prostoru postupně k vytvoření podobného fenoménu, který známe typicky z insolvenčního práva jako tzv. forum shopping[10], tedy cestování adresáta právní normy za výhodnější podobou právního institutu, v tomto případě za lepší, pro něj výhodnější úpravou trustu.

Různorodost právních úprav a střety mezi právem trustu a insolvencí jsou ovšem vlastní i původním úpravám, v nichž trusty vznikly; např. podobné problémy s použitím majetku vloženého do trustu pro účely uspokojení věřitelů v insolvenci řeší i australské soudy[11]; debata na toto téma již ukazuje pokročilou zkušenost a různost náhledu[12]. V poslední době se již objevují i první případy z oblasti trustů a insolvence, které řeší evropské soudy, konkrétně Evropský soudní dvůr v případě trustu Panayi (C-646/15)[13].

1.3 Svěřenské fondy – diskurz procesní

1.3.1 Řízení ve věcech svěřenského fondu

Civilní proces zná řízení týkající se svěřenských fondů dle § 94–7 ZŘS Jde o stručná ustanovení toliko o místní příslušnosti, účastenství, návrhovosti a fakultativnosti jednání[14]. Vedle toho se ukáže kazuistika dle hmotného práva - soudy rozhodují o značném množství dílčích otázek svěřenských fondů (počínaje zápisem, přes jmenování správce, neplatnost jednání správce až ke zrušení svěřenského fondu). Vedle toho se ještě můžeme setkat se spornou agendou dle OSŘ (žaloby na plnění ve prospěch obmyšleného směřující proti svěřenskému fondu, resp. proti jeho správci).

---

7 Viz důvodová zpráva k návrhu OZ.

8 Přehled zahraničních právních úprav viz TICHÝ, L. RONOVSKÁ, K. KOCÍ, M. (eds.): *Trust a srovnatelné instituty v Evropě*. Praha: CPK PF UK, 2014, 235 s.

9 Viz BEAULNE, J.: *Droit de fiducies*. Montreal: Wilson and Lafleur, 2005, 2. vydání.

10 Viz BROŽOVÁ, S.: Institut bydliště jako hraniční určovatel ve vybraných odvětvích evropského práva. *Právo v podnikání vybraných členských států. Sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha 8. 11. 2018, VŠE Praha 2019, s. 48.

11 Viz: WELLARD, M.: The Effect of Bankruptcy and Liquidation on Trust Property: Recent High Court Judgments and Implications for Insolvency Practitioners and "Post-Appointment" Dealings and Dispositions. Insolvency law journal, 2020, Volume: 28, Issue: 1, pp. 29-40.

12 POWERS, L.: Reconciling trading trusts with insolvency law: The High Court´s solution. *Journal of banking and finance law and practice*, 2020, Volume: 30, Issue: 3, pp. 202-6.

13 Viz: APPERMONT, N.: Trusts and the freedom of establishment. Implications of the Panayi Trust case and additional reflections on the importance of language: the example of 'trust insolvency', a 'hybrid mismatch'? *Trusts & Trustees*, 2017, Volume: 23, Issue: 10, pp. 1122–33. Rozsudek ECJ z 14. 9. 2017 (Panayi Trust) řešil otázku, zda trusty lze považovat za 'entities' s právem podnikat.

14 Viz SVOBODA, K. TLÁŠKOVÁ, Š. VLÁČIL, D. LEVÝ, J. HROMADA, M. A KOL. *Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020, 1156 s.

Zásadní otázkou pro všechna řízení je účastenství v nich[15]. Svěřenský fond není právnickou osobou, nemůže být ani účastníkem řízení, ani návrh na zahájení řízení ani žaloba nemohou směřovat proti němu, ale výlučně proti správci (§ 95 ZŘS)[16]. Ojedinělý odlišný názor[17] je třeba kategoricky odmítnout. Podobně rozhodnutí vydávána v uvedených řízeních se co do závaznosti mohou opět dotknout jen jiných osob, nikoli svěřenského fondu jako nonsubjektu.

Snaha o větší kontrolu nad svěřenskými fondy se projevuje v úsilí o dosažení efektivní činnosti veřejných rejstříků (původně jen právnických a fyzických osob), resp. prostřednictvím evidence svěřenských fondů[18].

1.4 Svěřenský fond v insolvenci

1.4.1 Hledisko formální/subjektivní

Svěřenský fond jako úpadce?

Pohled na svěřenské fondy a insolvenci je logicky diktován zájmy věřitelů, k jejichž ochraně primárně toto řízení slouží. Předchozí rozbor je nezbytný k vypořádání se s novým institutem v klasické oblasti soukromého práva, pro které jsou svěřenské fondy rovněž novou a poměrně neznámou realitou (výše zmíněná mezinárodní zkušenost i první naše případy nás rovněž obohatí). Tento příspěvek je tak jakýmsi otevřením dveří do dané problematiky, pokusem o stanovení určitých dílčích východisek pro další širší debatu, která nás jistě čeká.

V úvodu rozlišíme dvě roviny – formální a materiální, resp. subjektivní a objektivní. První vymezuje prostá otázka – může se svěřenský fond ocitnout v insolvenci? Tohoto bodu se velmi stručně dotkla debata na obecné téma vedená na stránkách Bulletinu advokacie[19], ale rovněž prostá odpověď na tuto otázku (kladná) nás nemohla – jak dále uvidíme – uspokojit; celý problém si zaslouží věcné posouzení. Tvrzení, že svěřenský fond se může ocitnout v insolvenci, je prosté, a to především prosté základní argumentace. Přitom odpověď na původní otázku se mi nejeví tak samozřejmou. První, o čem pochybuji, je už to, zda je vůbec odpověď správná, a mám také pochybnosti o správnosti či vhodnosti (formulace) otázky. S autory tohoto závěru se přitom shoduji v základu, že svěřenský fond není právnickou osobou, naopak jejich závěr, že svěřenský fond se může ocitnout v insolvenci, pokládám za kontradiktorní právě onomu základnímu obecnému předpokladu o absenci právní subjektivity svěřenského fondu. Pokud „něco“ není právnickou osobou (či osobou vůbec), pak „to“ nemůže být v insolvenci, resp. nemůže upadnout čili dostat se do úpadku ve smyslu insolvenčního zákona. Podobně jako není svěřenský fond účastníkem řízení ani dle ZŘS, ani dle OSŘ, tak jím není a být nemůže ani pokud jde o řešení úpadku dlužníka v insolvenčním řízení dle InsZ.

15 Obecně viz: STŘELEČEK, T.: Procesní postavení svěřenského fondu. *Právní rozhledy*, 18/2016, s. 616.

16 Šíři účastenství praxe přivedla až např. k odborové organizaci, pokud je obmyšleným zaměstnanec takto čerpající benefity – viz MIMROVÁ, T.: Svěřenský fond jako způsob poskytování benefitů zaměstnancům. Právní rozhledy, 20/2018, s. 696.

17 Viz HROMADA, M. *Pracovněprávní spory*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015.

18 Viz PLÍHAL, T.: Evidence svěřenských fondů. *Bulletin advokacie*. 6/2016, s. 30.

19 Viz PIHERA, V. – RONOVSKÁ, K.: K některým mýtům o svěřenských fondech. *Bulletin advokacie*, 7–8/2020, s. 44 - v dílčí „obiter dicta“ poznámce týkající se právě insolvence.

Z formálního hlediska je pak odpověď na danou otázku rovněž jednoduchá a negativní – svěřenský fond nemůže být v insolvenci, nemůže se dostat do úpadku, který by pak bylo v insolvenčním řízení možno řešit.

Správce jako úpadce?

Pokud platí, svěřenský fond nemůže být v úpadku, nabízí se otázka – může být (podobně jako v řízení dle ZŘS či dle OSŘ) – v úpadku namísto svěřenského fondu jeho správce? Případně – mohl by být v úpadku někdo jiný (zakladatel, pokud ještě existuje, obmyšlená osoba)?

Kdo tedy? Beneficiář?

Pro nahrazení chybějící osoby dlužníka správcem nebo někým jiným dle našeho názoru není racionální důvod. Pro řízení ve věcech svěřenských fondů je vedení řízení proti správci logické, u insolvenčního řízení by šlo o absurdní konstrukci bez racionálního základu. Obdobně nemá smysl uvažovat o osobě obmyšleného, resp. uvidíme, že v určitém bodě ano, ale nepřímo, přes jiný, materiální úhel pohledu.

1.4.2 Hledisko materiální/objektivní

Druhé hledisko se z pohledu insolvenčního dívá na svěřenský fond primárně z pohledu hlavního účelu insolvenčního řízení, tedy snahy o ochranu věřitelů[20]. Co nás bude na svěřenském fondu zajímat, je, že se jedná o majetek využitelný za splnění určitých podmínek ve prospěch věřitelů (k co nejvyššímu uspokojení jejich pohledávek vůči dlužníkovi, proti němuž je konkrétní insolvenční řízení vedeno). Svěřenský fond je tak třeba konfrontovat s klasickým insolvenčním pojmem majetkové podstaty (dlužníka).

Svěřenský fond vs. majetková podstata

Majetkovou podstatu vymezuje zejm. § 205 InsZ, primárně ji tvoří majetek dlužníka k okamžiku, kdy nastaly účinky spojené se zahájením insolvenčního řízení, i další majetek. Co je zásadní, je, že odst. 4 cit. ust. do majetkové podstaty zvlášť zahrnuje majetek třetích (odlišných od dlužníka) osob, pokud tak stanoví zákon. Ten tak činí zejm. pro plnění z neúčinných právních úkonů (pro účely zpeněžení se pokládají výslovně za majetek dlužníka, a tedy za pevnou součást jeho majetkové podstaty) ve smyslu ochrany věřitelů před neplatným či neúčinným právním jednáním.

Svěřenský fond jako věřitel

V hmotném právu vystupuje svěřenský fond jako věřitel, správa majetku předpokládá ze strany správce právní jednání (na účet svěřenského fondu), z nichž vzniká svěřenskému fondu právo na plnění od třetích osob (dlužníků). Správce může případně podávat i odpovídající procesní podání – žaloby či návrhy na zahájení řízení, návrhy na nařízení soudního výkonu rozhodnutí, exekuční návrhy, případně i návrhy insolvenční. Nejde o žádnou zvláštnost, lze předpokládat, že se s tím vypořádají i insolvenční soudy – u svěřenského fondu

20 Obecně je ochrana před věřiteli jako důvod založení svěřenského fondu zřejmá - viz MIMROVÁ, T.: *Svěřenský fond jako efektivní nástroj ochrany majetku před věřitel.Obchodněprávní revue*, 3/2014, s. 68.

jako věřitele tedy nemusíme uvažovat např. o řešení problému známého věřitele, který je typický právě pro insolvenční řízení[21].

Svěřenský fond jako dlužník

Složitější je situace, kdy má svěřenský fond být dlužníkem. Konstrukce svěřenského fondu jako non subjektu, za který jedná správce, vede k tomu, že za dlužníka je třeba pokládat správce (jedná svým jménem), avšak pouze formálně, neboť zavázán je na účet (k tíži) svěřenského fondu. V řízení před soudy včetně řízení insolvenčního ale nemůže svěřenský fond vystupovat plnohodnotně jako dlužník.

Svěřenský fond a majetek v něm vyčleněný ve vztahu k insolvenčnímu řízení vedenému vůči třetím osobám jako dlužníkům

Realita nás ale staví před situace, kdy se v důsledku jednání třetí osoby dostane do svěřenského fondu majetek, který „unikl" z nějakého insolvenčního řízení vedeného vůči třetí osobě.

Prvním případem může být úpadek a s ním související insolvenční řízení týkající se správce. Soudní řízení vůči správci musí řešit, dle § 79 odst. 1 OSŘ, zda jde o návrh týkající se jeho majetku nebo majetku svěřenského fondu. Zde bude třeba striktně odlišovat, zda jde o nároky (řízení) vedené proti svěřenskému správci z titulu jeho výkonu správy majetku ve svěřenském fondu (nároky „proti" svěřenskému fondu) a nároky (řízení) vedené proti svěřenskému správci jako osobě např. odpovědné za újmu způsobenou výkonem své činnosti svěřenského správce.

Další otázkou bude, zda ve smyslu vymezení majetkové podstaty dle InsZ lze „rozšířit" okruh majetku i na majetek, který svěřenskému správci nepatří, ale nad nímž vykonává vlastnické právo „nikoho" (ani fondu, ani zakladatele). Prostor pro pozitivní odpověď na tuto otázku nabízí právě poslední obecné pravidlo pro vymezení rozsahu majetkové podstaty, totiž rozšíření majetkové podstaty dlužníka i na majetek jiných osob (i „entit", tedy i svěřenských fondů), jestliže takového majetku nabyly způsobem odporujícím zákonu obecně, v konkrétním případě pak v důsledku vadných právních jednání (tedy neplatných či neúčinných právních úkonů dle § 231-243 InsZ. Široká koncepce této specifické ochrany věřitelů nám dává obecně možnost postihnout v insolvenčním řízení majetek ve svěřenském fondu jak v případě, že takové insolvenční řízení je vedeno proti svěřenskému správci, ale i vůči jakékoli jiné třetí osobě, která vystupuje v insolvenčním řízení jako dlužník, a na „ochuzení" majetkové podstaty se vadným právním jednáním podílel určitý svěřenský fond, resp. taková třetí osoba.

Tato situace je v důsledku kritiky svěřenských fondů jako nástroje pro realizaci spíše nekalých záměrů dotčených osob (zakladatelů) poměrně realistická, jak nasvědčuje nejen teoretická debata, ale především praxe.

Svěřenský fond jako součást koncernu?

Zcela na závěr jen stručně zmiňme i otázku, zda lze uvedenou úvahu rozšířit i na koncern. Osoby tvořící s dlužníkem koncern mají v insolvenčním právu specifické postavení

21 Viz např. MORAVEC, T.: Známý věřitel v evropském insolvenčním právu. *Právo v podnikání vybraných členských států, Sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha, 8. 11. 2019, VŠE Praha 2019, s. 116.

a naskýtá se otázka, zda se takovýto vztah či poměr dá v rámci insolvenční agendy aplikovat i na svěřenský fond, resp. jeho správce a další osoby.

Místo závěru

Svěřenský fond, jenž není právnickou osobou, nemůže sám o sobě být subjektem ani v insolvenčním řízení a nelze tedy hovořit ani o jeho úpadku. To ovšem nevylučuje, že majetek, který svěřenský fond představuje, se v důsledku právního jednání zakladatele, resp. dalších osob, nestane objektem insolvenčního řízení, zejména pokud bude tohoto institutu zneužito v neprospěch věřitelů. Pro ně pak může být svěřenský fond zcela zásadním prostředkem k ochraně jejich zájmů. Stávající podoba insolvenčního zákona se zřejmě jeví být v dané situaci dostatečná a až bohatší právní praxe ukáže, zda plně obstojí. Absence právní subjektivity, jak je občas kritizována spíše v obecné než insolvenční rovině, není ochraně práv věřitelů překážkou[22].

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] APPERMONT, N.: Trusts and the freedom of establishment. Implications of the Panayi Trust case and additional reflections on the importance of language: the example of ‚trust insolvency', a ‚hybrid mismatch'? *Trusts & Trustees*, 2017, Volume: 23, Issue: 10, pp. 1122–33.

[2] BEAULNE, J.: *Droit de fiducies*. Montreal: Wilson and Lafleur, 2005, 2. vydání.

[3] BEDNAŘÍKOVÁ, B.: *Svěřenské fondy. Institut pro uchování a převody rodinného majetku.* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 196 s.

[4] BROŽOVÁ, S.: Institut bydliště jako hraniční určovatel ve vybraných odvětvích evropského práva. *Právo v podnikání vybraných členských států. Sborník příspěvků k X. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha 8. 11. 2018, VŠE Praha 2019, ISBN: 978-80-88055-04-4, s. 48.

[5] HORN, K.: Svěřenský fond po změnách právní úpravy. *Ad Notam,* 2/2017, s. 11.

[6] HROMADA, M. *Pracovněprávní spory*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015.

[7] MIMROVÁ, T.: Svěřenský fond v kontextu dědického práva. *Právní rozhledy*, 2324/2019, s. 840.

[8] MIMROVÁ, T.: Svěřenský fond jako efektivní nástroj ochrany majetku před věřiteli. *Obchodněprávní revue*, 3/2014, s. 68.

[9] MIMROVÁ, T.: Svěřenský fond jako způsob poskytování benefitů zaměstnancům. *Právní rozhledy*, 20/2018, s. 696.

22 Dílčí úprava zvláštní procesní subjektivity obsažená v § 388b a 388c insolvenčního zákona je specifickým řešením dílčí otázky v důsledku potřeby provedení příslušné evropské směrnice. Vyvozovat z ní všeobecné důsledky pro řešení otázky subjektivity svěřenského fondu nepokládáme za vhodné.

[10] MORAVEC, T.: Známý věřitel v evropském insolvenčním právu. *Právo v podnikání vybraných členských států. Sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference.* Praha 8. 11. 2019, VŠE Praha 2019, ISBN: 978-80-88055-08-2, ISSN: 2571-4074, s. 116.

[11] PETROV, J. A KOL.: *Občanský zákoník – Komentář.* Praha, C.H. Beck 2019, 2. vydání, s. 3352.

[12] PIHERA, V. – RONOVSKÁ, K.: K některým mýtům o svěřenských fondech. *Bulletin advokacie,* 7-8/2020, s. 44.

[13] PLÍHAL, T.: Evidence svěřenských fondů. *Bulletin advokacie,* 6/2016, s. 30.

[14] POWERS, L.: Reconciling trading trusts with insolvency law: The High Court´s solution. *Journal of banking and finance law and practice*, 2020, Volume: 30, Issue: 3, pp. 202–6.

[15] STŘELEČEK, T.: Procesní postavení svěřenského fondu. *Právní rozhledy,* 18/2016, s. 616.

[16] SVEJKOVSKÝ, J. MAREK, R. a kol.: *Správa cizího majetku v novém občanském zákoníku. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, 544 s.

[17] SVEJSKOVSKÝ, J.: Svěřenský fond – úprava podle občanského zákoníku. *Ad Notam*, 2/2020, s. 23.

[18] SVOBODA, K. TLÁŠKOVÁ, Š. VLÁČIL, D. LEVÝ, J. HROMADA, M. a kol. *Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020, 1156 s.

[19] TICHÝ, L. RONOVSKÁ, K. KOCÍ, M. (eds.): *Trust a srovnatelné instituty v Evrop.* Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy, 2014, 235 s.

[20] TICHÝ, L.: Vlastnictví bez vlastníka v českém svěřenském fondu (skica na margo trustu v českém právu). *Bulletin advokacie*, 3/2020, s. 18.

[21] WELLARD, M.: The Effect of Bankruptcy and Liquidation on Trust Property: Recent High Court Judgments and Implications for Insolvency Practitioners and „Post-Appointment" Dealings and Dispositions. *Insolvency law journal*, 2020, Volume: 28, Issue: 1, pp. 29–40.

Kontaktní adresa autora:
doc. JUDr. Petr Smolík, Ph.D.
Katedra občanského práva
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
nám. Curieových 901/7
116 40 Praha
E-mail: Smolikp@prf.cuni.cz

Milan Ďurica midurica@umb.sk

VERITEĽ VERSUS DLŽNÍK (SÚMRAK NAD VERITEĽOM)

CREDITOR VERSUS DEBTOR (TWILIGHT OVER THE CREDITOR)

Abstrakt: Príspevok analyzuje tendencie vývoja príslušnej časti právnej úpravy, ktorá sa týka proporcionality právnej ochrany dlžníkov pred veriteľmi. V ostatnom období insolvenčné právo, najmä liberálnou úpravou osobných konkurzov, výrazne obmedzuje veriteľov v možnosti vymáhať si svoje pohľadávky. Tento účinok zvýšili aj zmeny v exekučnom práve. Pri preexponovaní právnej ochrany dlžníka vzniká riziko, že veriteľ sa tiež dostane do právnej pozície dlžníka a následne do bankrotu, čím sa dosiahne opačný efekt.

Abstract: This article analyzes the development trends of the relevant part of the legislation, which concerns the proportionality of the legal protection of debtors against creditors. In the last period, insolvency law, especially through the liberal regulation of personal bankruptcies, significantly restricts creditors in the possibility of recovering their claims. This effect was also increased by changes in the law of execution. When the legal protection of the debtor is overexposed, there is a risk that the creditor will also end up in the legal position of the debtor and subsequently goes bankrupt, thus achieving the opposite effect.

Kľúčové slová: *veriteľ, dlžník, insolvenčné právo, konkurz, reštrukturalizácia, oddlženie, exekúcie.*

Key words: *creditor, debtor, insolvency law, bankruptcy, restructuring, debt relief, executions.*

1. Pacta sunt servanda

Niet pochýb o tom, že jedným zo základných princípov obligačného práva je povinnosť zmluvných strán splniť to k čomu sa v zmluve zaviazali. Z toho vyplýva, že veriteľ má dostať plnenie čo mu patrí zo záväzku, alebo iné materiálne uspokojenie.[1] Pretože záväzky tradične vznikali zo zmlúv, už rímske právo sformulovalo zásadu *pacta sunt servanda*. Exekučné možnosti veriteľa voči dlžníkovi boli primerané tejto dobe a okrem majetkovej exekúcie rímske právo poznalo aj personálnu exekúciu.[2] Obligačné právo postupne vytváralo právne inštitúty, ktoré nútili dlžníka splniť nesplnený záväzok.

1 REBRO, K.: *Rímske právo súkromné*. Bratislava: Obzor, 1980, s. 197.

2 BLAHO, P.: *Od personálnej k majetkovej exekúcii. Procesnoprávne predpoklady výkonu rozsudku v rímskom súkromnom práve*. In: Zabezpečenie pohľadávok a ich uspokojenie. VII. Lubyho dni. Bratislava- Trnava: IURA EDITION, 2002, s. 159.

Tak ako sa postupne rozvíjali tovarovo peňažné vzťahy, narastal nielen počet uzavretých zmlúv a ich ekonomický objem, ale aj počet zmlúv, ktoré sa neplnili. Negatívne efekty sa umocnili najmä potom, ako do podnikania vstúpili obchodné spoločnosti. Všeobecne sa uznáva, že obchodné spoločnosti (právnické osoby), vznikli predovšetkým z toho dôvodu, aby sa maximalizoval zisk a vylúčilo riziko osobnej majetkovej zodpovednosti jej spoločníkov[3].

V dlhodobom historickom vývoji práva, veriteľ ktorému dlžník neplnil svoju pohľadávku si ju musel vymáhať v individuálnej exekúcii, aj keď už rímske právo poznalo tzv. univerzálnu exekúciu[4]. Zmeny v možnosti vymáhania pohľadávok nastali potom, čo sa súčasťou právnych poriadkov stalo insolvenčné právo.

Cieľom tohto príspevku je poukázať na postupné legislatívne zmeny v exekučnom a insolvenčnom práve v SR, ktoré oslabujú právnu pozíciu veriteľa pri vymáhaní pohľadávky.

2. Veriteľ versus dlžník v konkurznom konaní

2.1 Prístup veriteľa ku konkurznému konaniu

Konkurzné konanie je jeden zo spôsobov, ktorým si veriteľ môže vymáhať svoju pohľadávku voči dlžníkovi i keď toto konanie plní aj iné funkcie. Prostredníctvom konkurzného konania by sa mal realizovať odchod neúspešného podnikateľského subjektu z trhu legálnym spôsobom, a to usporiadaním jeho majetkových pomerov.

V novodobej histórii slovenského konkurzného práva môžeme zaznamenať viac experimentov, ktorými sa štát snažil zabrániť veriteľom začať konkurzné konanie. Po prechode z centrálne plánovanej ekonomiky na trhovú bolo nesporné, že súčasťou nášho právneho poriadku musí byť aj insolvenčné právo.[5] Z obavy pred plošným pôsobením insolvenčného práva bola opakovane odkladaná účinnosť zákona. Ďalšia zmena právnej úpravy bola inšpirovaná americkou bankrotovou legislatívou a do nášho právneho poriadku bolo zavedené obligatórne dohodovacie konanie.[6] Tento legislatívny experiment skončil neúspechom, pretože dohodovacie konania sa buď vôbec nekonali, alebo nepriniesli žiadne výsledky. Dohodovacie konanie bolo nakoniec z právnej úpravy vypustené a od 1. februára 1998 nastúpil štandardný právny režim pre prístup veriteľa ku konkurznému konaniu[7]. Právna úprava síce zabránila konkurzom (začatiu konkurzných konaní), nemohla však zabrániť ekonomickým bankrotom, ktoré sa právne nemohli usporiadať. U týchto dlžníkov došlo počas ich ekonomickej agónie k zníženiu hodnoty aktív a k zvýšeniu objemu záväzkov.

Druhý spôsob, ktorý bránil veriteľom podávaniu návrhov na vyhlásenie konkurzu a prístupu k súdu[8], zaviedla nová právna úprava insolvenčných konaní v podobe formálnych

3 Pozri napr.: HAVEL, B.: *Obchodní korporace ve světle proměn: Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací.* Praha: Auditorium s. r. o., 2010, s 44.

4 ZOULÍK, F.: *Zákon o konkursu a vyrovnání. Komentář. 2. vydání.* Praha: C. H. Beck 1994, s 1.

5 Stalo sa tak prijatím zákona č. 328/1991 Zb. o konkurze a vyrovnaní.

6 Zmena bola vykonaná zákonom č. 122/1993 Z.z.

7 Zmena bola vykonaná zákonom č. 12/1998 Zb.

8 Bližšie pozri.: SVÁK, J.: *Ochrana ľudských práv. (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv).* Žilina. Poradca podnikateľa, spol. s r. o. 2003, s. 284.

a obsahových náležitostí návrhu na vyhlásenie konkurzu, ktorý podával veriteľ.[9] V dôsledku tejto právnej úpravy bol veľký počet podaných návrhov na vyhlásenie konkurzu konkurzným súdom odmietnutý z formálnych dôvodov.

Nakoniec tretí spôsob, ktorým znevýhodňovala právna úprava veriteľov v prístupe ku konkurznému konaniu a k možnosti uspokojiť si pohľadávky v tomto konaní, boli formálne a obsahové náležitosti prihlášky. Právna úprava zaviedla ničím neodôvodnený formálno-byrokratický prístup k prihlasovaniu pohľadávok, v dôsledku ktorého veritelia stratili možnosť byť uspokojení v konkurze. Tento stav trval šesť rokov a bol odstránený až s účinnosťou od 1. januára 2012.[10]

2.2 Výška uspokojenia pohľadávok veriteľov v konkurze

Insolvenčné právo plní dôležité funkcie na makro i na mikroekonomickej úrovni.[11] Kým pri individuálnej exekúcii dochádza len k uspokojeniu pohľadávok niektorých veriteľov, v konkurznom konaní sa má dosiahnuť uspokojenie pohľadávok všetkých veriteľov, ktorí si právne relevantnou formou prihlásia svoje pohľadávky, a to na princípe pomerného uspokojenia pohľadávok. Tento princíp uspokojovania pohľadávok sa vzťahuje len na pohľadávky, ktoré vznikli do vyhlásenia konkurzu (ďalej aj „staré pohľadávky).“ Iný právny režim majú tie pohľadávky, ktoré vzniknú po vyhlásení konkurzu (ďalej aj „nové pohľadávky“). Veľký počet konkurzov končí tak, že staré pohľadávky sa neuspokojujú vôbec, alebo len v minimálnom rozsahu a majetok dlžníka, resp. výnosy z neho sa použijú iba na uspokojenie nových pohľadávok, aj keď sa konkurzné konanie aktivuje práve za účelom uspokojenia starých pohľadávok. U časti konkurzných konaní konkurzný súd vôbec nevyhlási konkurz, pretože dlžník neprejde testom majetnosti.[12] Potom je na úvahe, či takéto konanie má zmysel, alebo či nie je na riešenie úpadku dlžníka potrebné hľadať iné efektívnejšie inštitúty. Všetky doterajšie legislatívne pokusy na včasné začatie konkurzného konania v konečnom dôsledku zlyhali.

3. Veriteľ versus dlžník v reštrukturalizačnom konaní

Na určitom stupni historického vývoja insolvenčného práva sa jeho súčasťou stali rôzne sanačné riešenia, ktorých účelom je ekonomická záchrana dlžníka v podobe jeho oddlženia. Zároveň by mal tento spôsob riešenia úpadku, na rozdiel od tzv. likvidačného konkurzu, umožniť veriteľom vyššie uspokojenie ich pohľadávok. Nová právna úprava insolvenčného práva zakomponovala do predmetu svojej úpravy inštitút reštrukturalizácie. Právnym predpokladom úspešnej reštrukturalizácie je dohoda väčšiny veriteľov o schválení reštrukturalizačného plánu, ktorý stanovuje medzi iným rozsah a čas uspokojenia pohľadávok veriteľov a zároveň má zabezpečiť reštart podnikateľského subjektu[13].

9 § 12 zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

10 Bližšie pozri napr.: ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. Bratislava*: C. H. Beck, 2012, s. 61 a 217.

11 RICHTER, T.: *Insolvenční právo 1. vyd.* Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 128.

12 Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky. Štatistiky konkurzných konaní na krajských súdoch SR. Dostupné z: https://www.justice.gov.sk/Stranky/Informacie/Statistika-konkurznych-konani-OS.aspx [cit. 27. 10. 2020].

13 Ekonomická reštrukturalizácia začína až po skončení reštrukturalizačného konania a jej úspešnosť závisí od reálnosti reštrukturalizačného plánu a záujmu dlžníka na jeho splnení.

Následne sa vykoná súdna kontrola schváleného reštrukturalizačného plánu a postupu, ktorý tomu predchádzal.

Na rozdiel od pôvodného inštitútu, ktorým bolo vyrovnanie, sa reštrukturalizácie začali využívať, i keď v neskoršom vývoji v mnohých prípadoch môžeme hovoriť skôr o ich zneužívaní v neprospech veriteľov. Pokiaľ bola reštrukturalizácia vopred účelovo pripravená a niektorí veritelia sa odmietli na tomto scenári podieľať, správca im poprel pohľadávky, čím ich zbavil hlasovacieho práva a možnosti ovplyvňovať priebeh reštrukturalizačného konania. Jednou z reakcií zákonodarcu na tento negatívny vývoj bolo zavedenie inštitútu ďalšieho správcu, ktorého súd ustanovuje náhodným výberom po povolení reštrukturalizácie. Správca je v insolvečných konaniach dôležitým procesným subjektom, ktorý má veľký vplyv na tieto konania a v značnej miere ovplyvňuje výšku uspokojenia pohľadávok veriteľov.[14] Zároveň sa stanovila hranica minimálneho uspokojenia nezabezpečených veriteľov na výšku 50 % pohľadávky, čo však takmer zastavilo reštrukturalizácie, pretože dlžníci nevedia veriteľom ponúknuť takúto výšku uspokojenia.

4. Veriteľ versus dlžník v osobných konkurzoch

Nová právna úprava insolvenčného práva zaviedla oddlženie fyzických osôb[15]. Riešenie, ktoré zákon pôvodne ponúkol, sa ukázalo ako absolútne nefunkčné. K zásadnej zmene došlo v roku 2017 prijatím nového konceptu, ktorý umožňuje fyzickým osobám rýchly spôsob oddlženia[16]. Nová právna úprava, ktorá je vysoko liberálna stanovuje minimálne predpoklady pre oddlženie fyzických osôb a zavádza neodôvodnenú nerovnováhu medzi veriteľom a dlžníkom. Procesnú aktivitu za dlžníka preberá štát prostredníctvom Centra právnej pomoci, rovnako ako aj a náklady tohto konania, i keď v podobe pôžičky dlžníkovi. Na rozdiel od právnej úpravy konkurzu podľa druhej časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii pre právnické osoby, resp. aj pre fyzické osoby podnikateľov zákon nevyžaduje u dlžníka žiaden majetok, a tak oddlženie prebehne aj bez čo len minimálneho uspokojenia pohľadávok veriteľov. S výnimkou nedotknutých pohľadávok sa všetky pohľadávky veriteľov stávajú nevymáhateľnými i napriek tomu, že v čase svojho vzniku vymáhateľné boli.

Pokiaľ si uvedomíme právnu pozíciu veriteľa, tento v mnohých prípadoch musel svoju pohľadávku vymáhať na súde, na čo musel vynaložiť finančné prostriedky a následne si ju musel s ďalšími nákladmi vymáhať v exekučnom konaní. V dôsledku oddlženia dlžníka sa jeho pohľadávka stala ex lege nevymáhateľnou.[17]

---

14 Bližšie pozri napr.: VESELÝ, P.: Lze vyměnit insolvenčního správce? Jak a proč? *Bulletin advokacie*, č. 6/2017, s. 54; VÍTKOVÁ, K.: Problematika insolvenčního správce v kontexte práva na podnikání v ČR a SRN. 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. 277.

15 VETERNÍKOVÁ, M.: *Osobný bankrot v slovenskej právnej úprave*. 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. 133.

16 Zmena bola vykonaná zákonom č. 377/2016 Z.z.

17 Veriteľ sa môže dovolávať právnej ochrany na súde žalobou na zrušenie oddlženia pre nepoctivý záver, čím mu vznikajú ďalšie transakčné náklady pri neistom výsledku.

5. Veriteľ versus dlžník v exekučnom konaní

Mimo pozornosti nechávame tú časť právnej úpravy, ktorá sa týka exekučného konania, v ktorom je povinným spotrebiteľ, kde právna úprava intervenovala v prospech spotrebiteľa tak v oblasti hmotnoprávnej, ako aj procesnoprávnej. Intervenčné zásahy išli v niektorých prípadoch až za hranicu ústavnosti.[18]

Vzhľadom na to, že na slovenských súdoch bol a aj stále je veľký počet exekučných konaní, zaviedol sa osobitný dôvod pre zastavenie exekučných konaní, ktorým je nemajetnosť povinného (dlžníka), ak táto trvá po stanovenú dobu. Nemajetnosť sa posudzuje rozdielne podľa toho, či je povinným fyzická alebo právnická osoba.[19] Už pri príprave tejto novelizácie, ako aj po jej prijatí, dlhodobo prebiehala a neustále prebieha intenzívna až emočná diskusia o tzv. exekučnej amnestii. Táto diskusia čiastočne utíchla prijatím zákona č. 233/2019 Z.z. o ukončení niektorých exekučných konaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Účelom tohto zákona je zastavenie tzv. starých exekúcií.[20] V skutočnosti nejde o exekučnú amnestiu, pretože zastavenie exekúcie nezbavuje veriteľa možnosti podať opätovný návrh na vykonanie exekúcie, i keď opäť za cenu ďalších transakčných nákladov. Na základe uvedeného zákona dochádza proti vôli veriteľa k zastaveniu exekúcie a zároveň je povinný nahradiť trovy zastaveného exekučného konania, ktoré bolo zastavené bez uspokojenia jeho pohľadávky. Nespokojnosť s právnou úpravou trov zastaveného exekučného konania vyústila aj do konania na Ústavnom súde SR.[21] Na jedné straně je zde evropská občanská iniciativa[22], 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. Nezbývá 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.

---

18 K tomu pozri: Ústavný súd SR Nález zo 7. 2. 2018, sp .zn. PL. ÚS 11/2016.

K potrebe právnej ochrany spotrebiteľov pozri napr.: CHADIMOVÁ I.: *Ochrana spotřebitele jako nutný předpoklad funkčního trhu*. 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. 46.

19 Zmena bola vykonaná zákonom č. 2/2017 Z.z s účinnosťou od 1.4. 2017.

20 Za staré exekúcie považuje zákon tie exekúcie, ktoré začali pred 1. 4. 2017, sú vedené podľa predpisov účinných do 31.3. 2017 a uplynulo 5 rokov odo dňa doručenia prvotného poverenia na vykonanie exekúcie súdnemu exekútorovi .

21 Napr. rozhodnutie Ústavného súdu SR z. 12.5.2020 sp. zn. II. ÚS 211/2020 2020.

22 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.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] BEJČEK, J. – ELIÁŠ, K. – RABAN, P. a kol.: *Kurs obchodního práva. Obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, 535 s. ISBN 978-80-7179-781-4.

[2] BLAHO, P.: *Od personálnej k majetkovej exekúcii. Procesnoprávne predpoklady výkonu rozsudku v rímskom súkromnom práve.* In: Zabezpečenie pohľadávok a ich uspokojenie. VII. Lubyho dni. Bratislava – Trnava: IURA EDITION, 2002, 592 s. ISBN 80-89047-54-8.

[3] COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (BGBl. I S. 569) z 27. 3. 2020.

[4] ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* Bratislava: C. H. Beck, 2012, 1132 s. 978-80-89603-00-8.

[5] ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* 3. vyd. Bratislava: C. H. Beck, 2019, 1414 s. ISBN 978-80-7400-754-5.

[6] ĎURICA, M.: Dočasná ochrana podnikateľov a jej právne účinky. *Justičná revue,* č. 6–7/2020, s. 776.

[7] FEDORKOVÁ, K.: Restructuring of a company in the Slovak and the Czech condition. In Era of science diplomacy : implementations for economics, business, management and related disciplines (EDAMBA 2015): Bratislava, 21st – 23th October 2015. Bratislava: Vydavateľstvo Ekonom, 2015. ISBN 978-80-225-4200-5, pp. 166–173.

[8] HAVEL, B.: *Obchodní korporace ve světle proměn: Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací.* Praha: Auditorium s.r.o., 2010, 196 s. ISBN 978-80-87284-11-7.

[9] CHADIMOVÁ, I.: *Ochrana spotřebitele jako nutný předpoklad funkčního trhu.* In: Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vyd. Praha: TROAS s.r.o., 2016, 488 s., ISBN: 978-80-88055-01-3.

[10] KMEŤOVÁ, O. – FREŇÁKOVÁ, M.: Is the protection of the rights of unsecured creditors in restructuring in the present reality? In Investment management and financial innovations. ISSN 1810-4967, 2015, vol. 12, no. 4, pp. 154–160.

[11] REBRO, K.: *Rímske právo súkromné*. Bratislava: Obzor, 1980, 278 s.

[12] RICHTER, T.: *Insolvenční právo*. 1. vyd. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, 471 s. ISBN 978-80-7357-329-4.

[13] SVÁK, J.: *Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv).* Žilina. Poradca podnikateľa, spol. s r. o. 2003, 934 s. ISBN 80-88931-19-3.

[14] VALACHOVIČ, M.: The position of condominium in bancruptcy and restructuring. In *Limity práva: sborník odborných příspěvků z medzinárodní konference Olomoucké debaty mladých právníků 2012 (16.9.-18. 9. 2012).* Praha : Leges, 2012. ISBN 978-80-87576-45-8, s. 285-293.

[15] VESELÝ, P.: Lze vyměnit insolvenčního správce? Jak a proč? *Bulletin advokacie*, č. 6/2017, s. 54.

[16] VETERNÍKOVÁ, M.: *Osobný bankrot v slovenskej právnej úprave*. In: Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vyd. Praha: TROAS s.r.o., 2016, 488 s., ISBN: 978-80-88055-01-3.

[17] VÍTKOVÁ, K.: Problematika insolvenčního správce v kontexte práva na podnikání v ČR a SRN. In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vyd. Praha: TROAS s.r.o., 2017, 304 s., ISBN: 978-80-88055-03-7.

[18] ZOULÍK, F.: *Zákon o konkursu a vyrovnání. Komentář.* 2. vyd. Praha: C. H. Beck 1994, 235 s. ISBN 80 7049 077 2.

[19] 2. Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz, BGBl. I Nr. 24/2020.

[20] https://www.nrsr.sk/web/default.aspx?sid=zakony/prehlad/predlozene [cit. 27. 10. 2020].

[21] Rozhodnutie Ústavného súdu SR zo 7.2. 2018, sp.zn. PL. ÚS 11/2016.

[22] Rozhodnutie Ústavného súdu SR z 12.5.2020, sp. zn. II. ÚS 211/2020.

[23] Rozhodnutie Ústavného súdu SR z 26.5.2020, sp. zn. II. ÚS 241/2020.

[24] Vládny návrh zákona o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov ČPT 261. Dostupné z:

[25] Zákon č. 191/2020 Sb. Zákon o některých opatřeních ke zmírnění dopadů epidemie koronaviru SARS CoV-2 na osoby účastnící se soudního řízení, poškozené, oběti trestných činů a právnické osoby a o změně insolvenčního zákona a občanského soudního řádu.

Kontaktní adresa autora:
prof. JUDr. Milan Ďurica, Ph.D.
Katedra obchodného a hospodárskeho práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20
974 01 Banská Bystrica
E-mail: midurica@umb.sk

andrea.sevcikova@umb.sk
jakub.dzimko@umb.sk

Andrea Bilas Ševčiková,
Jakub Dzimko

ODDLŽENIE FYZICKEJ OSOBY SPLÁTKOVÝM KALENDÁROM V PODMIENKACH SLOVENSKEJ REPUBLIKY

DEBT ELIMINATION OF A NATURAL PERSON BY PAYMENT CALENDAR IN THE CONDITIONS OF THE SLOVAK REPUBLIC

Abstrakt: Inštitút oddlženia fyzickej osoby bol v roku 2017 zásadným spôsobom novelizovaný, pričom predmetná novela úplne transformovala tento inštitút insolvenčného práva. Príspevok sa zaoberá problematikou oddlženia fyzickej osoby splátkovým kalendárom, ako jedného zo zákonom stanovených spôsobov oddlženia, pričom analyzuje obsah samotného procesu od návrhu na určenie splátkového kalendára až po samotné oddlženie a plnenie splátkového kalendára dlžníkom. Zároveň príspevok poukazuje aj na doterajšiu judikatúru konkurzných súdov v Slovenskej republike vo vzťahu k predmetnej problematike.

Abstract: The institute of debt elimination of natural person was fundamentally amended in 2017 and the amendment in question completely transformed this institute of insolvency law. The paper deals with the issue of debt relief of natural person by repayment schedule, as one of the statutory methods of debt relief, while analysing the content of the process itself from the proposal to determine the payment schedule to the debt relief itself and the fulfilment of the repayment schedule by debtors. At the same time, the paper also points to the existing case law of bankruptcy courts in the Slovak Republic about the subject in question.

Kľúčové slová: *insolvenčné právo, oddlženie fyzickej osoby, splátkový kalendár, Centrum právnej pomoci, pohľadávky.*

Key words: *insolvency law, debt elimination of natural person, repayment schedule, the Center for Legal Aid, receivables.*

Úvod

Dňa 1. marca 2017 vstúpil do účinnosti zákon č. 377/2016 Z.z., ktorým sa inštitút oddlženia fyzickej osoby v zákone č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii v platnom znení (ďalej len „ZKR“) úplne transformoval a novelizoval. Inštitút oddlženia má predstavovať pre dlžníka možnosť zbaviť sa svojich dlhov a začať opätovne fungovať bez

demotivujúcej vidiny ich celoživotného splácania. Oddlženie nemá mať pre dlžníka len primárne ekonomický význam, ale zároveň má mať aj sociálny význam.[1]

Oddlžiť sa možno dvoma spôsobmi, a to konkurzom (podľa štvrtej časti ZKR) alebo splátkovým kalendárom. Voľba formy oddlženia je výlučne v dispozičnom oprávnení dlžníka, pričom súd ani správca nie sú oprávnení zmeniť dlžníkom zvolenú formu oddlženia.[2]

Oddlženie fyzickej osoby splátkovým kalendárom predstavuje typovú alternatívu najmä pre dlžníkov, ktorí majú ešte dostatok svojho majetku, dosahujú určité príjmy, avšak svoje záväzky nie sú schopní plniť včas alebo riadne. Uvedené riešenie je vhodné pre dlžníkov, ktorí svoj úpadok zachytili včas. Takýto spôsob oddlženia vytvára pre dlžníka možnosť zachovania majetku, a to za predpokladu, že bude schopný aspoň čiastočne (v minimálnej výške stanovenej zákonom) uspokojiť pohľadávky svojich veriteľov zo svojich príjmov podľa určeného splátkového kalendára. V aplikačnej praxi ide o administratívne náročnejšie konanie v porovnaní s oddlžením konkurzom a je teda využívané aj v podstatne nižšej miere.[3]

Cieľom príspevku je analyzovať súčasnú právnu úpravu inštitútu oddlženia fyzickej osoby splátkovým kalendárom a poukázať na prípadné nedostatky súčasnej právnej úpravy a zároveň aj navrhnúť úpravy de lege ferenda vo vzťahu k problematickým častiam právnej úpravy.

1. Návrh na určenie splátkového kalendára

Návrh na určenie splátkového kalendára podáva dlžník, ktorý je právne zastúpený advokátom ustanoveným Centrom právnej pomoci, pričom návrh musí byť podaný elektronicky do elektronickej schránky súdu prostredníctvom na to určeného formulára.

ZKR[4] ako *lex specialis* (vo vzťahu k zákonu č. 160/2015 Z.z. Civilný sporový poriadok v platnom znení) stanovuje osobitné obligatórne obsahové náležitosti návrhu na určenie splátkového kalendáru vo forme príloh k návrhu na oddlženie formou splátkového kalendára. K návrhu musí dlžník priložiť životopis s opisom jeho aktuálnej životnej situácie, pričom tento životopis by mal ozrejmiť aj to, ako sa dlžník dostal do platobnej neschopnosti.

Svoju majetkovú situáciu musí dlžník preukázať zoznamom aktuálneho majetku väčšej hodnoty, ktorý vlastnil v posledných troch rokoch, prehľadom doterajších príjmov a výdavkov za uplynulých 5 rokov, prehľadom očakávaných príjmov v nasledujúcich 5 rokoch, daňovými priznaniami k dani z príjmov fyzickej osoby za posledných 5 zdaňovacích období, ak boli podané, zoznamom záväzkov, vyhlásením dlžníka o platobnej neschopnosti a dokladom nie starším ako 30 dní, ktorý preukazuje, že proti dlžníkovi sa vedie exekučné

1 Uznesenie Vrchného súdu v Olomouci zo dňa 03.03.2011, sp. zn. 3 VSOL 29/2011-B-22.

2 Naproti tomu právna úprava oddlženia v Českej republike predpokladá, že o spôsobe oddlženia bude rozhodovať konkurzný súd spoločne v kooperácii s veriteľmi dlžníka a takýmto spôsobom dôjde k výberu najvhodnejšieho spôsobu oddlženia pre fyzickú osobu.

3 Celkovo konkurzné súdy v Slovenskej republiky oddlžili v období od 01.03.2017 do 31.12.2019 36 556 dlžníkov, pričom 36 283 dlžníkov bolo oddlžených konkurzom, čo predstavuje 99,25% z celkové počtu oddlžených dlžníkov a 273 dlžníkov bolo oddlžených splátkovým kalendárom, čo predstavuje 0,75 % z celkové počtu oddlžených dlžníkov.

4 § 168 ods. 2 ZKR.

alebo iné obdobné vykonávacie konanie. Zoznam záväzkov je nevyhnutným podkladom pre určenie okruhu veriteľov dlžníka, ktorých pohľadávky sa budú v splátkovom kalendári uspokojovať, ale aj pre určenie okruhu tých veriteľov, ktorých pohľadávky sú oddlžením nedotknuté.

2. Poskytnutie ochrany pred veriteľmi

Konanie o oddlžení splátkovým kalendárom sa začína doručením návrhu na súd, pričom toto konanie je dvojstupňovým konaním, nakoľko najprv konkurzný súd rozhoduje o poskytnutí ochrany pred veriteľmi a až následne rozhoduje o prípadnom určení splátkového kalendára a o samotnom oddlžení. Je potrebné aj poukázať na fakt, že zákonodarca pri novelizácii právnej úpravy oddlženia konkurzom opustil všeobecnú dvojstupňovosť konaní v konkurznom práve a konanie o oddlžení konkurzom stanovil ako jednostupňové (súd v uznesení o vyhlásení konkurzu na majetok dlžníka zároveň aj oddlžuje dlžníka).

Medzi formálne predpoklady na rozhodnutie o poskytnutí ochrany pred veriteľmi patrí návrh na určenie splátkového kalendára, ktorý spĺňa všetky formálne a obsahové náležitosti vrátane stanovených príloh.[5] Platobnú neschopnosť dlžníka konkurzný súd neskúma a výlučne vychádza z vyhlásenia dlžníka, ktoré pripája k návrhu na určenie splátkového kalendára, s výnimkou prípadov, keď sú dôvodné pochybnosti o pravdivosti tohto vyhlásenia.

Z dôvodu obligatórneho zastúpenia dlžníka v konaní Centrom právnej pomoci, resp. ustanoveným advokátom súd nevyzýva dlžníka na opravu alebo doplnenie návrhu na určenie splátkového kalendára. O návrhu je súd povinný rozhodnúť v lehote do 15 dní od doručenia návrhu, a to buď poskytnutím dlžníkovi ochrany pred veriteľmi a ustanovením správcu alebo odmietnutím návrhu, pokiaľ návrh nespĺňa požadované náležitosti.

Ak návrh spĺňa stanovené formálne a obsahové náležitosti, súd je povinný skúmať miestnu príslušnosť, ako aj kauzálnu príslušnosť a zároveň v každom štádiu konania zisťuje, či dlžník má na území Slovenskej republiky centrum hlavných záujmov. V prípade, že sú splnené všetky formálne a materiálne podmienky, súd do 15 dní od doručenia návrhu na určenie splátkového kalendára rozhodne o tom, že dlžníkovi poskytuje ochranu pred veriteľmi a ustanoví správcu náhodným výberom.

Súčasne v tomto uznesení uloží dlžníkovi povinnosť zložiť na účet správcu preddavok na paušálnu odmenu a paušálnu náhradu nevyhnutných nákladov spojených s vedením konania. Pokiaľ dlžník nezloží stanovený preddavok ani do 7 dní od výzvy správcu, správca oznámi túto skutočnosť v Obchodnom vestníku, čím dôjde k skončeniu konania *ex lege*.

Rozhodnutie o poskytnutí ochrany pred veriteľmi má zabrániť individuálnemu uspokojovaniu veriteľov a odňatiu majetku dlžníkovi. Zverejnením rozhodnutia o poskytnutí ochrany pred veriteľmi v Obchodnom vestníku sa odkladajú všetky exekúcie, ktoré sa vedú voči dlžníkovi ohľadne pohľadávok, ktoré môžu byť uspokojené iba splátkovým kalendárom, ako aj pohľadávky, ktoré sa stávajú ex lege nevymáhateľné vydaním rozhodnutia o oddlžení. Ak súd následne rozhodne o určení splátkového kalendára, exekučné konania musia byť bez zbytočného odkladu zastavené.

5 DURAČINSKÁ J.: *Oddlženie*. In PATAKYOVÁ, M. – MAMOJKA, M. – DURAČINSKÁ, J. a kol.: *Hospodárske právo. II. diel*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s. 205.

Rozhodnutie o poskytnutí právnej ochrany pred veriteľmi chráni dlžníka aj pred pokračovaním dražby jeho obydlia. Po poskytnutí ochrany pred veriteľmi je dlžník oprávnený písomne požiadať jedenkrát dražobníka o odklad dražby jeho obydlia.

Uvedené účinky rozhodnutia o poskytnutí ochrany pred veriteľmi nastávajú zverejnením uznesenia v Obchodnom vestníku a zanikajú skončením konania.

3. Zostavenie návrhu splátkového kalendára

U Návrh splátkového kalendára je povinný zostaviť správca v lehote do 45 dní od zloženia preddavku na paušálnu odmenu a paušálnu náhradu nevyhnutných nákladov spojených s vedením konania. Správca musí pred zostavením splátkového kalendára preskúmať predovšetkým majetkové pomery dlžníka a zistiť reálne možnosti na zostavenie splátkového kalendára.

Do splátkového kalendára nesmú byť zahrnuté pohľadávky, ktoré sú *ex lege* vylúčené z uspokojenia a sú nevymáhateľné voči dlžníkovi v oddlžení. Splátkovému kalendáru taktiež nepodliehajú nedotknuté pohľadávky – tieto pohľadávky dlžník musí plniť v celom rozsahu a ich prípadné plnenie si veritelia môžu vymáhať. Správca je povinný pri zostavovaní návrhu splátkového kalendára preskúmať najmä výšku jednotlivých záväzkov dlžníka, ktoré podliehajú oddlženiu a ktorých rozsah plnenia musí správca určiť v splátkovom kalendári. Ďalej musí správca zistiť a ustáliť výšku nedotknutých pohľadávok, ktoré je dlžník povinný plniť v celom rozsahu. Splátkový kalendár sa nevzťahuje ani na pohľadávky, ktoré vzniknú po rozhodujúcom dni.[6] Je však potrebné konštatovať, že uvedené je niekedy len veľmi ťažko realizovateľné, pokiaľ zoberieme do úvahy fakt, že dlžníci častokrát nedisponujú kompletnou dokumentáciou, ktorá sa vzťahuje na ich záväzky. Je preto na mieste, aby správca komunikoval aj s veriteľmi a využíval svoje oprávnenia v zmysle §166i ods. 5 ZKR v spojení s § 74 a 75 ZKR, a tým jednoznačne ustálil výšku jednotlivých pohľadávok a ich príslušenstva.

Problematicky sa javí fakt, že ZKR explicitne nestanovuje obsahové náležitosti samotného splátkového kalendára, avšak aplikačná prax akceptuje právny názor, podľa ktorého by správca pri samotnom zostavovaní splátkového kalendára mal primerane aplikovať ustanovenia o obsahových náležitostiach reštrukturalizačného plánu, nakoľko splátkový kalendár je obdobou reštrukturalizačného plánu.[7] Máme za to, že zákonodarca by mal precizovať právnu úpravu v tom smere, že jednoznačne ustáli obligatórne náležitosti splátkového kalendára tak, ako je tomu napr. pri reštrukturalizačnom pláne a stanovení obligatórnych náležitostí opisnej a záväznej časti plánu v § 135 a § 136 ZKR.

Zákon ustanovuje dolnú[8] a nepriamo aj hornú[9] hranicu uspokojenia pohľadávok nezabezpečených veriteľov. Uspokojenie pohľadávok nezabezpečených veriteľov musí byť vyššie aspoň o 10 % oproti uspokojeniu, aké by bolo dosiahnuté v konkurze podľa štvrtej časti ZKR, a zároveň nesmie byť celkové uspokojenie nižšie, ako je 30 % nezabezpečenej pohľadávky.

---

6 DURAČINSKÁ J.: *Oddlženie*. In PATAKYOVÁ, M. – MAMOJKA, M. – DURAČINSKÁ, J. a kol.: *Hospodárske právo. II. diel*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s. 208.

7 Uznesenie Okresného súdu Banská Bystrica zo dňa 02.11.2018, sp. zn. 4OdS/3/2017.

8 §168c ods. 4 ZKR.

9 §168c ods. 3 ZKR.

Správca je povinný reálne zistiť a vyhodnotiť hodnotu majetku dlžníka, ktorý by patril do konkurznej podstaty v prípade vyhlásenia konkurzu podľa štvrtej časti ZKR a náklady takéhoto konkurzného konania. Na základe uvedených zistení správca ustáli a určí možnú výšku uspokojenia pohľadávok nezabezpečených veriteľov v konkurze.[10]

Správca pred zostavením návrhu splátkového kalendára musí zároveň určiť aj maximálnu – reálnu hranicu uspokojenia pohľadávok nezabezpečených veriteľov. Absolútnou hornou hranicou je predpokladaný príjem dlžníka počas nasledujúcich 5 rokov. Túto sumu musí správca znížiť o nevyhnutné výdavky dlžníka, ktoré sú potrebné na zabezpečenie jeho bývania, jeho základných životných potrieb a základných životných potrieb ním vyživovaných osôb. Uvedené náklady je potrebné vyhodnocovať a určovať len v režime základných životných potrieb, ak dlžník chce reálne dosiahnuť oddlženie. Pre úspešnosť procesu oddlženia a určenia splátkového kalendára si v niektorých prípadoch bude musieť dlžník a prípadne aj ním vyživované osoby upraviť svoj životný štandard. Horná hranica plnenia musí byť znížená aj o rozsah vyživovacej povinnosti a o plnenie oddlžením nedotknutých pohľadávok.

Zákon[11] vyžaduje, aby správca zostavil návrh splátkového kalendára tak, aby bol splniteľný, pričom zdôrazňuje, aby dlžník popri plnení splátkového kalendára mal zabezpečené nevyhnutné výdavky potrebné na zabezpečenie bývania a základných životných potrieb dlžníka a jeho vyživovaných osôb, na plnenie vyživovacej povinnosti dlžníkom a na plnenie pohľadávok, ktoré nie sú oddlžením dotknuté. Plnenie každej pohľadávky v navrhovanej výške správca rozvrhne na obdobie piatich rokov.[12]

Ak správca dospeje k záveru, že splátkový kalendár podľa týchto podmienok nie je možné zostaviť, oznámi to v Obchodnom vestníku. Zverejnením oznámenia správcu v Obchodnom vestníku sa konanie o určenie splátkového kalendára *ex lege* končí a zanikajú účinky ochrany pred veriteľmi. Proti tomuto procesnému postupu právna úprava nepripúšťa žiadne procesné prostriedky obrany. Správca je však povinný odporučiť dlžníkovi, aby podal návrh na vyhlásenie konkurzu podľa štvrtej časti ZKR.

Pokiaľ majetkové pomery dlžníka umožňujú správcovi zostaviť návrh splátkového kalendára, správca je povinný oznámiť bez zbytočného odkladu v Obchodnom vestníku jeho zostavenie, s uvedením rozsahu (v percentách), v akom navrhuje uspokojenie nezabezpečených veriteľov.

Každý, kto o sebe tvrdí, že je veriteľ, má v zmysle § 168d ZKR právo nahliadať do splátkového kalendára u správcu, a ak môže byť splátkovým kalendárom dotknutý, je oprávnený podať u správcu námietku do 90 dní od zverejnenia oznámenia v Obchodnom vestníku. Každý veriteľ, ktorý podal námietku, vrátane námietky ohľadne pomeru uspokojenia v konkurze, sa *ex lege* stáva účastníkom konania.

Po uplynutí lehoty na podanie námietok je správca povinný predložiť návrh splátkového kalendára spolu s námietkami na súd. Správca je povinný vyjadriť sa k námietkam veriteľov a pokiaľ je to vhodné, zabezpečí aj vyjadrenie dlžníka. Vyjadrenie dlžníka bude potrebné najmä vtedy, ak sa námietky budú týkať napr. jeho majetkových pomerov

10 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 1204.

11 §168c ods. 6 ZKR.

12 DURAČINSKÁ J.: *Oddlženie*. In PATAKYOVÁ, M. – MAMOJKA, M. – DURAČINSKÁ, J. a kol.: *Hospodárske právo. II. diel*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s. 208.

alebo jeho záväzkov. Pokiaľ sa námietky veriteľov týkajú výšky uspokojenia pohľadávky, správca je oprávnený upraviť návrh splátkového kalendára v prospech veriteľov. Námietka sa môže týkať aj účasti veriteľa na splátkovom kalendári, resp. jeho konkrétnej pohľadávky, ktorá nebola do návrhu plánu zaradená, resp. že tam bola zaradená a nemala byť, pretože ide o nedotknutú pohľadávku a pod.[13]

4. Určenie splátkového kalendára

Konkurzný súd je povinný preskúmať správcom zostavený návrh splátkového kalendára a zistiť, či návrh zodpovedá podmienkam ustanoveným ZKR. Predovšetkým musí zisťovať, či výška navrhovaného plnenia pre veriteľov zodpovedá minimálnej hranici stanovenej zákonom. Splnenie podmienky, podľa ktorej musí byť výška uspokojenia vyššia o 10 % ako v konkurze podľa štvrtej časti ZKR, súd skúma len vtedy, ak to niektorý nezabezpečený veriteľ namietal v uplatnenej námietke doručenej súdu. Takisto musí prihliadnuť aj na majetkové možnosti dlžníka a splniteľnosť splátkového kalendára. Súd je povinný prihliadnuť aj na námietky veriteľov, ktoré boli podané včas, a spravidla vypočuje správcu na nariadenom pojednávaní.[14]

Pri rozhodovaní o návrhu správcu na určenie splátkového kalendára sa realizuje súdna kontrola, ktorou súd musí zabezpečiť nielen minimálnu hranicu uspokojenia, ale aj maximálne možnú podľa kritérií stanovených v ZKR.[15] Zákon oprávňuje konkurzný súd vrátiť návrh splátkového kalendára správcovi, ktorý nie je úplný. Súd je povinný bez zbytočného odkladu vyzvať správcu, aby návrh opravil, doplnil alebo prepracoval.[16]

ZKR v skutočnosti neustanovuje žiadne obsahové náležitosti splátkového kalendára okrem možných príloh po podaní námietok, a preto je nevyhnutné, aby obsahové náležitosti splátkového kalendára dotvorila aplikačná prax, resp. judikatúra konkurzných súdov. V kontexte uvedeného je však na mieste poukázať aj na to, že túto judikatúru je potrebné ustanoviť jednotne na všetkých konkurzných súdoch a vyhnúť sa tak možnosti, že každý konkurzný súd bude zákon vykladať svojim spôsobom.

Návrh splátkového kalendára však nie je správny alebo úplný, ak neumožňuje súdu zistiť, či sú splnené predpoklady pre vydanie rozhodnutia o určení splátkového kalendára a rozhodnutia o oddlžení. Konkurzné súdy vyžadujú, aby správca v návrhu splátkového kalendára explicitne vyjadril dodržané ustanovenie § 166b ods. 1 písm. a) ZKR, teda či bolo príslušenstvo pohľadávky, ktoré má byť uspokojené splátkovým kalendárom, určené ako 5 % istiny pohľadávky za každý kalendárny rok existencie pohľadávky.[17] Návrh splátkového kalendára musí byť konkretizovaný v takom rozsahu, aby umožnil súdu vydať také rozhodnutie, ktorého výrok bude presný a určitý. Aj keď to zo zákona priamo nevyplýva, k samotnému návrhu splátkového kalendára musí správca priložiť aj analýzu

13 ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* Praha : C. H. Beck, 2019, s. 1206.

14 DURAČINSKÁ J.: *Oddlženie.* In PATAKYOVÁ, M. – MAMOJKA, M. – DURAČINSKÁ, J. a kol.: *Hospodárske právo. II. diel.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s. 210.

15 ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 1207.

16 § 168e ods. 2 ZKR.

17 Uznesenie Okresného súdu Žilina zo dňa 14.10.2019, sp. zn. 1OdS/1/2019-101.

príjmov a výdavkov dlžníka, sumu nedotknutých pohľadávok, výšku možného výťažku z majetku dlžníka v konkurze a náklady konkurzu podľa štvrtej časti ZKR.[18]

Súd je povinný o návrhu splátkového kalendára rozhodnúť do 30 dní od doručenia úplného návrhu. Ak súd zistí, že pomery dlžníka neumožňujú určiť splátkový kalendár, konanie zastaví, pričom v uznesení o zastavení konania zároveň poučí súd dlžníka o možnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu podľa štvrtej časti ZKR. Zastavením konania sa končia účinky ochrany pred veriteľmi.

Ak návrh splátkového kalendára je v súlade s pravidlami, ktoré sú stanovené v ZKR, súd určí splátkový kalendár. V predmetnom uznesení o určení splátkového kalendára súd rozhodne o tom, že zbavuje dlžníka všetkých dlhov, ktoré môžu byť uspokojené iba splátkovým kalendárom, v rozsahu, v akom nebudú uspokojené splátkovým kalendárom. Ide o pohľadávky, ktoré sú uvedené v § 166a ZKR, pričom súd je povinný uviesť vo výrokovej časti aj znenie tohto ustanovenia. V ďalšom výroku súd určí rozsah uspokojenia pohľadávok nezabezpečených veriteľov formou splátkového kalendára tým spôsobom, že stanoví percentuálne, v akom rozsahu je povinný dlžník splatiť každú pohľadávku nezabezpečeného veriteľa.

Pre vykonateľnosť výroku je nevyhnutné uvádzať výšku celkovej pohľadávky dlžníka vo vzťahu ku konkrétnemu veriteľovi, výšku priznanej sumy, ktorú má plniť dlžník, výšku splátky a jej splatnosť s termínom plnenia jednotlivých splátok. Identifikácia veriteľa ako účastníka konania, jeho pohľadávky, jej celkovej výšky a výšky jej plnenia vrátane lehôt plnenia je nevyhnutným predpokladom pre vykonateľnosť súdneho rozhodnutia a pre určitosť jeho výroku.[19]

V odôvodnení rozhodnutia musí súd uviesť, na základe akých skutočností rozhodol o oddlžení. Z odôvodnenia rozhodnutia musí predovšetkým vyplývať, že splátkový kalendár je vytvorený podľa zákonných pravidiel s uvedením potrebných skutočností a údajov, ako aj to, že je reálne splniteľný. Pokiaľ veritelia podali námietky, súd je povinný s námietkami sa vysporiadať.

Proti uzneseniu nie je prípustné odvolanie. V poučení súd uvedie znenie zákonných ustanovení, ktoré upravujú poctivý zámer a zrušenie oddlženia pre nepoctivý zámer. Rozhodnutie sa zverejňuje v Obchodnom vestníku.

5. Termíny a výška splátok

Celková suma, v akej bude pohľadávka uspokojená, musí byť rozložená na 5 rokov. Termíny splátok stanovuje zákon podľa celkovej výšky plnenia.

Pri celkovom plnení vyššom ako 6000 Eur je splátka mesačná so splatnosťou k poslednému dňu príslušného kalendárneho mesiaca, pri celkovom plnení, ktoré nepresiahne 6000 Eur, ale je vyššie ako 1200 Eur, je splátka polročná so splatnosťou k poslednému dňu príslušného kalendárneho polroka, pri celkovom plnení, ktoré nepresiahne 1200 Eur, ale je vyššie ako 100 Eur, je splátka ročná so splatnosťou k poslednému dňu príslušného

18 ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* Praha : C. H. Beck, 2019, s. 1208.

19 ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* Praha : C. H. Beck, 2019, s. 1209.

roka a pri sume, ktorá nepresiahne 100 eur, je dlžník povinný plniť najneskôr posledný deň piateho roku plnenia splátkového kalendára.[20]

Plnenie splátkového kalendára sa začína prvým dňom kalendárneho mesiaca, ktorý nasleduje po kalendárnom mesiaci, v ktorom bol určený splátkový kalendár. Týmto dňom začínajú plynúť lehoty na plnenie jednotlivých splátok.

Zákon umožňuje dlžníkovi po určení splátkového kalendára súdom písomne sa dohodnúť s veriteľom na inej lehote splatnosti.[21]

Záver

Zavedením právnej úpravy „osobných bankrotov" dostáva množstvo obyvateľstva nádej na nový začiatok bez dlhov. V príspevku sme sa venovali konkrétne právnej úprave oddlženia fyzických osôb splátkovým kalendárom, kde sme postupne analyzovali obsah samotného procesu od návrhu na určenie splátkového kalendára až po samotné oddlženie a plnenie splátkového kalendára dlžníkom. V príspevku sme vyjadrili názor, že oddlženie fyzickej osoby splátkovým kalendárom je vhodnou alternatívou najmä pre dlžníkov, ktorí majú ešte dostatok svojho majetku, dosahujú určité príjmy, avšak ich majetok je spravidla zaťažený zabezpečovacími právami tretích osôb, pričom svoje záväzky nie sú schopní plniť včas alebo riadne. Taktiež máme za to, že právna úprava oddlženia fyzických osôb podľa štvrtej časti ZKR je najmä prodlžníckou právnou úpravou, ktorá je v určitých smeroch aj na úkor práv veriteľa.

Záverom by sme však chceli zdôrazniť, že predmetná právna úprava, ktorú sme vyššie v príspevku rozoberali, nie je perfektná a obsahuje podľa nás aj určité nedokonalosti. ZKR nepredpokladá, že v prípade oddlženia splátkovým kalendárom by si veriteľ prihlasoval svoju pohľadávku tak, ako je tomu v konkurze podľa štvrtej časti ZKR. Uvedené spôsobuje problém v tom, či správca pri zostavovaní návrhu splátkového kalendára sa má vo vzťahu k výške jednotlivých pohľadávok obmedziť na skutočnosti tvrdené dlžníkom alebo by mal vyvinúť sám úsilie a s odbornou starostlivosťou dopytovať veriteľov za účelom vyčíslenia jednotlivých pohľadávok. Rovnako tak právna úprava nerieši situáciu, ak počas samotného plnenia určeného splátkového kalendára dôjde k zániku niektorej z pohľadávok, resp. právna úprava nedáva priestor pre úpravu splátkového kalendára po jeho určení, a to ani správcovi, ako ani konkurznému súdu – sme toho názoru, že v takomto prípade by mal dlžník v kontexte poctivého zámeru sám ponúknuť prevyšujúce plnenie určené pre zaniknutú pohľadávku na uspokojenie pohľadávok ostatných veriteľov v pomernej výške.

Veríme, že inštitút oddlženia fyzických osôb si napriek viacerým nedostatkom našiel svoje miesto v slovenskom právnom poriadku a že zavedením tohto inštitútu dosiahne Slovenská republika oddlženia svojho obyvateľstva, aj keď tento inštitút je v neprospech a na úkor veriteľov.

---

20 Napr. ak by pohľadávka v celkovej výške 10000 Eur mala byť splnená na 32,50 %, musí byť veriteľovi priznané uspokojenie vo výške 3250 Eur. Dlžník musí túto sumu splácať polročnými splátkami, so splatnosťou k poslednému dňu príslušného kalendárneho polroka. Keď sa priznané plnenie rozvrhne na 5 rokov, musí byť pri rovnomernom plnení priznané veriteľovi ročne 650 Eur, a teda polročná splátka je 325 Eur.

21 §168f ods. 4 ZKR.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] DURAČINSKÁ J.: *Oddlženie*. In PA*TAKYOVÁ, M. – MAMOJKA, M. – DURAČINSKÁ, J. a kol.:* Hospodárske právo. II. diel. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, 309 s. ISBN 978-80-571-0090-4.

[2] ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* Praha: C. H. Beck, 2019, 1456 s. ISBN 978-80-7400-754-5.

[3] KUBINEC, M.: *Oddlženie dlžníka – fyzickej osoby v rámci konkurzu: súčasná a budúca právna úprava. In Obchodné právo: odborný časopis pre podnikateľov, právnikov a špecialistov*, roč. 6, 2005, č. 10, s.37-40. ISSN 1335-6674.

[4] Zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

[5] Uznesenie Okresného súdu Banská Bystrica zo dňa 02.11.2018, sp. zn. 4OdS/3/2017.

[6] Uznesenie Okresného súdu Žilina zo dňa 14.10.2019, sp. zn. 1OdS/1/2019-101.

[7] Uznesenie Vrchného súdu v Olomouci zo dňa 03.03.2011, sp. zn. 3 VSOL 29/2011-B-22.

Kontaktní adresa autorů:
JUDr. Ing. Andrea Bilas Ševčiková, Ph.D.
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica
E-mail: andrea.sevcikova@umb.sk

Mgr. Jakub Dzimko
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica
E-mail: jakub.dzimko@umb.sk

kutikova.michaela@gmail.com
mendrej.matus@gmail.com

Michaela Kútiková
Matúš Mendrej

POSTAVENIE SPRÁVCU V ODDLŽENÍ FYZICKEJ OSOBY PROSTREDNÍCTVOM KONKURZU

THE STATUS OF THE TRUSTEE IN BANKRUPTCY PROCEEDING OF A NATURAL PERSON

Abstrakt: Správca konkurznej podstaty je zo zákona povinný vykonávať správcovskú činnosť v súlade s odbornou starostlivosťou, s využitím všetkých svojich skúseností a odborných vedomostí, bez zbytočných prieťahov a so zachovaním mlčanlivosti o všetkých skutočnostiach, o ktorých sa počas výkonu správy dozvedel, s výnimkou zákonom výslovne predvídaných situácií, v ktorých je od povinnosti mlčanlivosti oslobodený. Nad činnosťou správcu v konkurznom konaní po jeho ustanovení súd ďalej vykonáva dohľad.

Abstract: The trustee in bankruptcy is obliged by law to perform administrative activities in accordance with professional care, using all his experience and expertise, without undue delay and maintaining confidentiality of all facts which he learned during the performance of the report, except for situations expressly foreseen by law in which he is exempt from the duty of secrecy. The court continues to supervise the activities of the trustee in bankruptcy proceedings after its appointment.

Kľúčové slová: *konkurz, správca, oddlženie.*

Key words: *bankruptcy, bankruptcy trustee, debt relief procedure.*

Úvod

Postavenie správcu v konkurznom konaní predstavuje často skloňovanú tému insolvenčného práva v rámci Slovenskej republiky. Správca predstavuje subjekt, ktorý vstupuje do právnych vzťahov medzi dlžníkom a jeho veriteľmi na základe rozhodnutia súdu. Práve z tohto vymedzenie sú práva a povinnosti správcu a jeho samotné postavenie v rámci všetkých insolvenčných konaní často pertraktovanou témou tak v rámci odbornej, ako aj laickej verejnosti. Postavenie správcu upravuje niekoľko základných predpisov insolvenčného práva, ktorými sú predovšetkým zákon č. 8/2005 Z. z. o správcoch v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o správcoch“) a zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácií v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o konkurze a reštrukturalizácii“, alebo „ZKR“). V predmetnom príspevku sa zameriame na stále relatívne novú právnu úpravu inštitútu oddlženia s ohľadom na postavenie a jed-

notlivé práva a povinnosti správcu v konaní o oddlžení konkurzom podľa štvrtej časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii. Prostredníctvom zákona č. 377/2016 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, a ktorým sa dopĺňa zákon č. 327/2005 Z. z. o poskytovaní právnej pomoci osobám v materiálnej núdzi a o zmene a doplnení zákona č. 586/2003 Z. z. o advokácii a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov v znení zákona č. 8/2005 Z. z. v znení neskorších predpisov, došlo od 01.03.2017 k novelizácii zákona o konkurze a reštrukturalizácii v rámci inštitútu oddlženia fyzickej osoby. Touto novelou *„de facto"* došlo v rámci konkurzu vyhláseného na majetok fyzickej osoby k radikálnej zmene postavenia správcu, ako sme ho poznali doposiaľ.

1. Správca a jednotlivé insolvenčné konania podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii

Zákon o konkurze a reštrukturalizácii vymedzuje celkovo päť odlišných typov „insolvenčných" konaní, v závislosti od úpadcu, v ktorých má ustanovený správca rozličné postavenie. Konkréte sa jedná o:

- konkurz podľa druhej časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii,
- reštrukturalizáciu podľa tretej časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii,
- oddlženie konkurzom podľa druhej hlavy štvrtej časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii,
- oddlženie splátkovým kalendárom podľa tretej hlavy časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii,
- konkurz finančných inštitúcií podľa šiestej časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

Do dňa účinnosti novely zákona o konkurze a reštrukturalizácií 01. 03. 2017, bolo najviac insolvenčných konaní vedených práve podľa druhej časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii. V týchto konaniach v súlade s ust. § 44 ods. 1 ZKR oprávnenie nakladať s majetkom úpadcu a konať za úpadcu vo veciach týkajúcich sa jeho majetku prechádzalo na správcu, pričom správca konal v mene a na účet úpadcu.[1] Prof. Ďurica uvedené ustanovenie vymedzuje tak, že *„zákon vnútil úpadcovi v záujme veriteľov zákonného zástupcu, ktorým je správca, ktorý koná v mene úpadcu a na jeho účet. Konanie správcu má hmotnoprávne účinky v prospech, alebo k ťarche úpadcu."*[2] Správca mal teda široké zákonné možnosti nakladania s majetkom úpadcu na zabezpečenie čo najvyššieho uspokojenia veriteľov. Je potrebné zdôrazniť skutočnosť, že pred novelou štvrtej časti ZKR, dlžníkovi – fyzickej osobe mohlo byť povolené oddlženie až po tom, ako bol na jeho majetok konkurz zrušený, okrem zrušenia pre nedostatok majetku. Dlžník fyzická osoba musel najprv prejsť tzv. „likvidačným konkurzom", v ktorom správca speňažil všetok majetok, ktorý úpadca vlastnil ku dňu vyhlásenia konkurzu alebo nadobudol počas konkurzu. Správca bol zároveň oprávnený uplat-

1 § 44 ods. 1 zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.

2 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii Komentár*. 1. vydane. Bratislava: C. H. Beck, 2012, s. 380.

ňovať nároky z odporovateľných právnych úkonov, preskúmaval pohľadávky prihlásených veriteľov a vymáhal plnenia od úpadcových dlžníkov. Povolením oddlženia začala dlžníkovi plynúť trojročná skúšobná doba, počas ktorej správca vykonával dohľad nad tým, či sa dlžník osvedčil alebo neosvedčil. Po uplynutí skúšobného obdobia súd rozhodol o oddlžení dlžníka, čím sa jeho dovtedy neuhradené záväzky stali nevymáhateľné. Zmenou právnej úpravy oddlženia sa proces oddlženia dlžníka fyzickej osoby neporovnateľne zrýchlil. Zrýchlenie procesu si však vyžiadalo markantnú úpravu práv a povinností správcu v rámci oddlženia. Postavenie správcu sa zmenilo aj v tých najzákladnejších inštitútoch insolvenčného práva, ktorým sa príspevok konkrétne zaoberá, akými sú zisťovanie a zabezpečenie majetku a preskúmavanie pohľadávok veriteľov.

2. Osobitné postavenie správcu v oddlžení fyzickej osoby konkurzom

Osobitná úprava oddlženia v rámci zákona o konkurze a reštrukturalizácii je obsiahnutá v ust. § 166 až 171a ZKR. V uvedených ustanoveniach sú osobitne upravené povinnosti správcu a tým aj jeho postavenie v rámci oddlženia.

2. 1 Ustanovenie a odvolanie správcu v oddlžení

Správca je do funkcie ustanovený, tak ako pri konkurze, podľa druhej časti ZKR náhodným výberom zo strany konkurzného súdu. Správcom môže byť len osoba, ktorá je zapísaná v Zozname správcov vedenom Ministerstvom spravodlivosti Slovenskej republiky v oddiely konkurzných správcov pre fyzické osoby. *„Verejný účel inštitútu správcu konkurznej podstaty treba vidieť v akceptácii obmedzeného verejného zásahu do riešenia majetkových vzťahov, ktoré sa dostali do krízovej situácie.“*[3]

Konkurzný súd nad správcom počas výkonu funkcie vykonáva dohľad. *„Pretože zákon nepredpokladá inštitút schôdze veriteľov (za podmienok stanovených § 167m ods. 3 môže byť zvolená) a ani veriteľského výboru, výmena správcu je v plnej ingerencii súdu.“*[4] Zákon o konkurze a reštrukturalizácii v rámci oddlženia nepredpokladá veľkú angažovanosť veriteľov dlžníka. Zákonodarca úplne odobral právo veriteľom vykonať výmenu správcu tak na prvej schôdzi veriteľov, ako aj po nej. Správcu môže v zmysle ust. § 166j ZKR odvolať len konkurzný súd. Zo strany súdu je možné odvolať správcu len ak opakovane alebo závažne poruší svoje povinnosti, prípadne mu vo výkone funkcie bráni zákonná prekážka. Vymedzenie závažného porušenia povinnosti správcu v oddlžení bude výlučne na úvahe súdu. Zákon o konkurze o a reštrukturalizácii vymedzenie pojmu „závažné porušenie povinností“ až na jednu výnimku bližšie nešpecifikuje. Uvedenou výnimkou je ust. § 34 ods. ZKR, kedy sa za závažné porušenie povinnosti považuje nezvolanie schôdze veriteľov, alebo neúčasť správcu na schôdzi veriteľov. V rámci oddlženia nie je zákonnou povinnosťou správcu zvolať schôdzu veriteľov. Zvolanie schôdze veriteľov upravuje ust. § 167m ods. 3 ZKR. „Správca môže zvolať schôdzu veriteľov, ak to považuje za potrebné. Správca zvolá schôdzu veriteľov, ak o to požiada ktorýkoľvek prihlásený veriteľ, ktorý

3 MACEK, J.: *Konkurz, reštrukturalizácia a oddlženie s poznámkami*. Bratislava: IURIS LIBRI, 2015. s. 294.

4 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii Komentár*. 3. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 1136.

zloží preddavok na trovy konania schôdze veriteľov a uhradí paušálnu odmenu správcu za konanie schôdze veriteľov."[5]

Napriek tomu, že ZKR vo svojej štvrtej časti výslovne neustanovuje, ktoré porušenie povinností je závažné a ktoré nie, je potrebné prihliadnuť na základné povinnosti správcu vymedzené v ust. § 3 zákona o správcoch. Za závažné porušenie povinností je potrebné považovať práve porušenie povinností vykonávať správcovskú činnosť čestne, zodpovedne, svedomito, s odbornou starostlivosťou a bez zbytočných prieťahov. K uvedenému je možné doplniť aj povinnosť správcu zdržať sa ovplyvňovania výberu správcu, či prijať od účastníka konania dar alebo inú výhodu, ktorá má ovplyvniť jeho nestrannosť a rozhodovanie. Závažnosť porušenia bude teda vyhodnocovať súd, ktorý by mal prihliadať na to, či došlo k tak závažnému porušenie povinností, že tým bol alebo mohol byť zmarený účel oddlženia. Za jednoznačné závažné porušenie povinností musí byť považované spáchanie trestného činu, ktorého sa dopustí správca v rámci konkurzu. Mohlo by ísť napríklad o trestný čin marenia konkurzného a vyrovnacieho konania, či porušenia povinností pri správe cudzieho majetku. O porušení povinností v rámci oddlženia sa môže súd dozvedieť prostredníctvom správ, ktoré je správcu povinný súdu predkladať v lehotách súdom určených, prípadne na základe výzvy súdu na podanie vysvetlení, alebo správy o stave konania. Zároveň nevylučujeme aj skutočnosť, že sa súd o závažnom porušení povinností správcu dozvie iným spôsobom. Do úvahy pripadá podnet dlžníka alebo veriteľa, prípadne niektorého z ďalších účastníkov konania v zmysle ust. § 169 ods. 2 ZKR.

Konkrétnejšia je úprava odvolania správcu pre opakované porušenie povinnosti. Zákon o konkurze a reštrukturalizácii jednoznačne ustanovuje, že musí ísť o porušenie povinnosti, na ktorú bol písomné upozornený a napriek písomnému upozorneniu došlo k jej porušeniu. V praxi pôjde o opomenutie podávania správ o stave konkurzu a opomenutie informovania súdu o konkurze. Súd taktiež odvolá správcu, ak mu vo výkone funkcie bráni zákonná prekážka. Za zákonnú prekážku je nutné považovať prekážky správcu pri výkonne jeho funkcie vymedzené v zákone o správcoch. Okrem prekážok spočívajúcich v zdravotných problémoch správcu sa za prekážky jeho činnosti budú považovať aj dôvody na vylúčenie správcu. V zmysle ust. § 4 ods. 1 zákona o správcoch „je správca vylúčený z výkonu správcovskej činnosti, ak so zreteľom na jeho pomer k veci, v ktorej vykonáva správcovskú činnosť, možno mať pochybnosti o jeho nezaujatosti."[6]

2.2 Postavenie správcu pri zisťovaní majetku

Jedným z najväčších rozdielov v postavení správcu medzi konkurzom podľa druhej časti a štvrtej časti ZKR je činnosť pri zisťovaní majetku podliehajúcemu konkurzu. Pokiaľ v konaní podľa druhej časti bol správca motivovaný v 60 dňovej lehote na vyhotovenie súpisu majetku zistiť a zároveň aj zabezpečiť majetok úpadcu v čo najväčšom rozsahu aj z dôvodu výšky paušálnej odmeny do konania prvej schôdze veriteľov, v konaniach podľa štvrtej časti je situácia diametrálne odlišná. V zmysle ust. § 166i ods. 1 ZKR „správca pri preskúmaní pomerov dlžníka vychádza najmä zo zoznamu majetku, zoznamu veriteľov a informácií poskytnutých dlžníkom, veriteľmi, prípadne inými osobami. Správca vykoná s odbornou starostlivosťou šetrenia ohľadom majetku a záväzkov, prípadne ďalšie

5 § 167 ods. 3 zákona č. 7/2005 Z. z, o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.

6 § 4 ods. 1 zákona č. 8/2005 Z. z. o správcoch v znení neskorších predpisov.

šetrenia, ktoré sú časovo nenáročné a možno ich zabezpečiť s nepatrnými nákladmi."[7] Zákonodarca prezumoval pravdivosť vyjadrení dlžníka uvedených v zozname majetku a informáciami poskytnutými dlžníkom. Uvedeným zákonným ustanovením je správca nepriamo nútený, aby sa obmedzil len na časovo a finančne nenáročné zisťovanie majetku dlžníka, ktoré však v praxi neodhalí ani jednoduché schémy zbavenia sa majetku dlžníkom. V rámci týchto šetrení môže správca vykonať lustráciu verejne dostupných registrov zverejnených na internete, ako napríklad Obchodný register SR, Živnostenský register SR, kataster nehnuteľností, notársky centrálny register záložných práv a pod. Na dôslednejšie zisťovanie majetku, ktoré je možné zistiť len písomným dožiadaním určitého subjektu, sa bude predpokladať určitá odôvodnená potreba vyplývajúca zo zoznamu majetku, vyjadrení dlžníka, veriteľov prípadne indícií, ku ktorým správca počas konkurzu dospeje, nakoľko ďalšie šetrenia majetku si vyžiadajú nemalú časovú a finančnú záťaž. Je možné konštatovať, že dôslednejšie zisťovanie majetku v rozsahu poskytnutia súčinností od centrálnych depozitárov cenných papierov, poisťovní či bánk sa bude realizovať výlučne na podnet niektorého z veriteľov. Práve súčinnosť požadovaná od bánk predstavuje zväčša najväčšiu položku nákladov na zisťovanie majetku dlžníka. V zmysle ust. § 92 ods. 10 zákona č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov patrí banke „za podanie správy audítorovi podľa § 91 ods. 3 a za podanie správy podľa § 91 ods. 4 písm. a), e) a i) úhrada nákladov, ktoré im tým vznikli."[8] Zákonodarca priamo preniesol zodpovednosť za riadne zistenie majetkových pomerov dlžníka zo správcu na veriteľov dlžníka. V praxi dôjde k mizivému množstvu prípadov, kedy veritelia iniciujú u správcu ďalšie šetrenia majetku a zložia zálohu na trovy týchto šetrení. Skutočnosťou totiž ostáva, že na takomto šetrení bude mať zväčša najväčší záujem veriteľ – fyzická osoba, ktorá verí vo vrátenie svojich peňazí. Títo veritelia však vo veľkej miere nie sú s ohľadom na ich finančné možnosti, prípadne s ohľadom na všetky vynaložené prostriedky spočívajúce v trovách súdnych konaní na získanie exekučného titulu, schopní a ani ochotní zložiť zálohu v rádovo stovkách eur na ďalšie zisťovanie majetku. O to viac ich odrádza skutočnosť, že po vykonaní ďalších šetrení zväčša správca dospeje k záveru, že sa dlžník zbavil majetku odporovateľnými právnymi úkonmi.

Novelou zákona o konkurze a reštrukturalizácii zákonom č. 390/2019 Z. z., ktorý nadobudol účinnosť dňa 01.01.2020 sa do ustanovenia § 166i ods. 2 ZKR doplnilo, že správca na podnet veriteľa a po zložení zálohy vykoná šetrenia pomerov dlžníka, ktoré môžu mať vplyv na posúdenie jeho poctivého zámeru, či odporovateľnosti právnych úkonov. Uvedeným doplnením ustanovenia o ďalších šetreniach pomerov dlžníka zákonodarca preniesol ťarchu nákladov na zisťovanie poctivého zámeru aj odporovateľnosti právnych úkonov na veriteľa. V prípade zistenia nepoctivého zámeru dlžníka, či vykonaných odporovateľných právnych úkonov zákon o konkurze a reštrukturalizácii predpokladá ďalšie osobitné konania, na ktoré je vecne aktívne legitimovaný dlžník a nie správca. Veľký rozdiel oproti úprave konkurzu podľa druhej časti ZKR môžeme vidieť práve pri žalovaní odporovateľných právnych úkonov. Kým druhá časť poskytovala komplexnú a ucelenú štruktúru odporovateľnosti právnym úkonom úpadcu, ktorá išla nad rámec právnej úpravy odporovateľných právnych úkonov v Občianskom zákonníku, štvrtá časť zákona

7 §166i ods. 1 zákona č. 5/2007 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.

8 § 92 ods. 10 zákona č. 483/2001 Z. z. o bankách v znení neskorších predpisov.

o konkurze a reštrukturalizácii v ustanovení § 166h ods. 1 odkazuje veriteľa na podanie žaloby práve podľa úpravy Občianskeho zákonníka. Nedostatky tejto úpravy môžeme prakticky badať v kratšej premlčacej dobe na podanie odporovacej žaloby. Pri uvážení, že podľa druhej časti ZKR možno odporovať ukracujúcim právnym úkonom, ktoré boli urobené až päť rokov pred začatím konkurzného konania, veriteľ bude pri svojej odporovacej žalobe podľa § 42b Občianskeho zákonníka limitovaný lehotou troch rokov od vykonania odporovateľného právneho úkonu. Tým sa možnosť veriteľa domôcť sa vyššieho uspokojenia svojej pohľadávky výrazne znižuje. Je viac než pravdepodobné, že bežný veriteľ sa na odporovanie právnych úkonov dlžníka nepodujme. Oproti správcovi stráca výhodu dlhšej lehoty, v ktorej boli odporovateľne právne úkony vykonané a vystavuje sa riziku, že v prípade neúspechu v spore bude znášať trovy konania o odporovacej žaloby. Tieto trovy protistrany aj v prípade neúspechu v spore nezaťažovali konkurznú podstatu, nakoľko v zmysle ust. § 100 ods. 2 písm. a) ZKR boli vylúčené z uspokojenia. Uprením práva správcovi na odporovanie právnym úkonom dlžníka sa výrazne zrýchlilo oddlženie prostredníctvom konkurzu. Naproti tomu sa značne zmenšila možnosť veriteľov úspešne odporovať všetkým odporovateľným právnym úkonom dlžníka.

2.3 Postavenie správcu pri preskúmaní pohľadávok prihlásených veriteľov

Veritelia dlžníka majú možnosť prihlásiť svoje pohľadávky u správcu v lehote 45 dní od vyhlásenia konkurzu. Obdobne, ako v konkurze podľa druhej časti ZKR sú veritelia oprávnení prihlásiť svoje pohľadávky aj po základnej 45 dňovej lehote na ich prihlásenie, avšak pod sankciou zániku hlasovacieho práva.

Zmena v povinnostiach správcu nastáva v ust. § 167l ods. 4 ZKR, kedy je povinný „písomne upovedomiť každého veriteľa, ktorý je fyzickou osobou uvedenou v zozname veriteľov, ako aj dotknutého správcu bytového domu alebo spoločenstvo vlastníkov bytov, že bol vyhlásený konkurz.“[9] V praxi je správca povinný preskúmať zoznam veriteľov, či v ňom dlžník uviedol veriteľov - fyzické osoby, prípadne aj fyzické osoby podnikateľov. Zároveň pri konaní s odbornou starostlivosťou a pre vylúčenie pochybností by mal vyzvať v rámci výzvy dlžníka na poskytnutie súčinnosti aj o doplnenie zoznamu veriteľov o fyzické osoby. Taktiež pri úvodnom stretnutí by mal správca dlžníka poučiť o možných následkoch neuvedenia veriteľa fyzickej osoby v podobe nepoctivého zámeru. Zákonodarca sa týmto ustanovením snaží chrániť veriteľov dlžníka, ktorí majú postavenie fyzických osôb. Možný vznik škody v sfére veriteľov neprihlásením si pohľadávky do konkurzu z dôvodu, že o konkurze dlžníka neboli upovedomení, kladie na plecia dlžníka, respektíve prostredníctvom ustanovenia § 166c ods. 1 písm. a) ZKR na plecia správcu. Podľa neho sú oddlžením nedotknuté pohľadávky „veriteľa fyzickej osoby, ktoré nenadobudol postúpením, prevodom alebo prechodom s výnimkou dedenia, ak takáto pohľadávka nebola prihlásená v konkurze.“[10]

Zásadným spôsobom sa zmenilo postavenie správcu pri preskúmavaní pohľadávok prihlásených veriteľov. Ustanovenia § 166a, 166b a 166c ZKR vymedzujú pohľadávky , ktoré

9 § 167l ods. 4 zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.

10 §166c ods. 1 písm. a) zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.

sa v konkurze uspokojujú, sú z uspokojenia vylúčené, alebo sú konkurzom nedotknuté. Na podanie prihlášky správcovi sa ustanovenia zákona o konkurze a reštrukturalizácii konkrétne § 29 ods. 1, 2, 4 až 6, 8 až 10, § 30 a 31 použijú primerane. V zmysle ust. § 167l ods. 5 „prihlásenú pohľadávku je oprávnený poprieť len iný prihlásený veriteľ."[11] Ustanovenie § 32 ods. 1 a ods. 2 ZKR pojednávajúce o možnosti poprieť pohľadávky veriteľa zo strany správcu sa v rámci oddlženia nepoužijú. Z uvedeného vyplýva, že správca sa v rámci prihlasovania pohľadávok veriteľov stal len tzv. „administrátorom", ktorý preskúma formálnu stránku prihlášky a zapíše pohľadávku do zoznamu pohľadávok. V praxi sa môže stať, že si do konkurzu prihlási veriteľ pohľadávku v takom rozsahu, v ktorom by v konkurze podľa druhej časti ZKR bola správcom popretá. Medzi takéto pohľadávky by sme mohli zaradiť pohľadávky, ktoré sú premlčané. Správca v týchto prípadoch má obmedzené možnosti zjednania spravodlivej nápravy, nakoľko aj pri oznámení týchto skutočnosti konkurznému súdu, ten tiež nie je oprávnený preskúmavať pohľadávky veriteľov. Právo popierať pohľadávky ZKR umožňuje len iným veriteľom za primeraného použitia jednotlivých ustanovení § 32 ZKR. „Z primeraného použitia týchto ustanovení predovšetkým to, že veriteľ popiera pohľadávku na predpísanom tlačive v lehote 30 dní od základnej prihlasovacej lehoty alebo do 30 dní od zverejnenia zapísania pohľadávky do zoznamu pohľadávok v Obchodnom vestníku, ak pohľadávka bola prihlásená po základnej prihlasovacej lehote."[12] Popretie musí byť adresované správcovi, ktorý o ňom upovedomí popretého veriteľa. Popretému veriteľovi následne plynie 30 dňová lehota na podanie určovacej žaloby. Uznanie takejto pohľadávky je možné len zo strany toho veriteľa, ktorý ju poprel. Súhlas správcu s uznaním sa v tomto prípade nevyžaduje. V praxi je veľmi ojedinelé, že po uplynutí základnej 45 dňovej lehoty na prihlasovanie pohľadávok by veritelia kontaktovali správcu so žiadosťou o nahliadnutie do zoznamu pohľadávok za účelom ich možného popierania. Pokiaľ títo veritelia nebudú dbať o svoje práva môže pri rozvrhu z výťažku dôjsť ku stavu, že budú uspokojené pohľadávky veriteľov, ktoré mali byť popreté a z uspokojenia vylúčené.

Záver

Novelizáciou inštitútu oddlženia od 01.03.2017 došlo k výraznej zmene v postavení súdom ustanoveného správcu. Postavenie správcu a jeho práva a povinnosti, tak ako sme ich poznali do dňa 01.03.2017, boli v rámci oddlženia potlačené do úzadia za účelom zrýchlenia oddlžovacieho procesu fyzických osôb. Uvedené malo za následok, že správca je práve zákonnou úpravou výrazne limitovaný pri zisťovaní, zabezpečovaní a v neposlednom rade aj pri speňažovaní majetku dlžníka, čo má v niektorých prípadoch priamy nepriaznivý dôsledok na uspokojenie pohľadávok prihlásených veriteľov. Nová právna úprava zamedzila správcovi vykonať preskúmavacie konanie prihlásených pohľadávok veriteľov. Tým sa doba konkurzu výrazne skrátila, avšak bremeno popieranie tzv. „nepravých" pohľadávok bolo prenesená na veriteľov, u ktorých často absentujú odborné znalosti, skúsenosti, prípadne materiálne zabezpečenie. Podstata zabezpečenia a speňaženia majetku a riadne zistenie pohľadávok veriteľov sú podľa nášho názoru imanent-

11 § 167l ods. 5 zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.

12 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii Komentár.* 3. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2019, s. 1172.

nými inštitútmi konkurzu. Od opätovného zavedenia inštitútu konkurzu do právneho poriadku Slovenskej republiky prostredníctvom zákona č. 328/1991 Zb. o konkurze a vyrovnaní, boli zverené do rúk súdov a správcov, ktorí mali garantovať ich riadne naplnenie. Postavenie správcu sa však v tomto smere s odstupom času zmenilo a jeho práva, ale aj povinnosti boli zverené do rúk veriteľom. Správca sa tým v konaniach o oddlžení dostáva v určitom slova zmysle do pozície odborného administrátora s opomenutými právomocami, čo v konečnom dôsledku znamená negatívum na strane veriteľov.

LITERATURA

[1] ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* 3. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2019, 1456 s. ISBN: 978-80-7400-754-5.

[2] ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* Bratislava: C. H. Beck, 2012, 1148 s. ISBN:978-80-89603-00-8.

[3] MACEK, J.: *Konkurz, reštrukturalizácia a oddlženie s poznámkami.* Bratislava: IURIS LIBRI, 2015. 536 s. ISBN: 978-808-9635160.

[4] Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov.

[5] Zákon č. 8/2005 Z. z. o správcoch v znení neskorších predpisov.

[6] Zákon č. 483/2001 Z. z. o bankách v znení neskorších predpisov.

Kontaktní adresa autorů:
JUDr. Michaela Kútiková
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica
E-mail: kutikova.michaela@gmail.com

Mgr. Matúš Mendrej
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica
E-mail: mendrej.matus@gmail.com

monika.nemethova@umb.sk
andrea.sevcikova@umb.sk

Monika Némethová
Andrea Bilas Ševčiková

K PRÁVNEJ ÚPRAVE DODATOČNEJ LIKVIDÁCIE V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

ON THE LEGAL REGULATION OF ADDITIONAL LIQUIDATION IN THE SLOVAK REPUBLIC

Abstrakt: Možnosť dodatočnej likvidácie obchodnej spoločnosti bola do Obchodného zákonníka zakotvená z dôvodu zavedenia možnosti naplnenia účelu likvidácie v prípade opomenutia časti majetku zrušenej spoločnosti v likvidácii alebo dodatočného objavenia majetku zaniknutej spoločnosti. Jej doterajšia právna úprava obsiahnutá v ustanovení § 75a Obchodného zákonníka bola pomerne strohá a realizácia dodatočnej likvidácie v praxi vzbudzovala celý rad otázok. Od 1. októbra 2020 je v Slovenskej republike účinná novela Obchodného zákonníka vykonaná zákonom č. 390/2019 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 okrem iného priniesla detailnejšie vymedzenie priebehu dodatočnej likvidácie s cieľom vyjasniť niektoré aplikačné problémy, na ktoré v praxi dávala judikatúra len zdĺhavé a komplikované riešenia. V predkladanom príspevku sa autorky sústredia predovšetkým na novú zákonnú úpravu so zámerom analyzovať jej prínos pre zefektívnenie procesu dodatočnej likvidácie.

Abstract: The possibility of additional liquidation of the commercial company was enshrined in the Commercial Code due to the implementation of the possibility of fulfilling the purpose of liquidation in case of omission of part of the assets of the dissolved company in liquidation or additional discovery of assets of the company which was terminated. Its previous legal regulation contained in the provision of § 75a of the Commercial Code was relatively strict and the realization of additional liquidation in applicable practice caused a number of questions. From October 1 2020 is in the Slovak Republic effective the amendment to the Commercial Code made by Act no. 390/2019 Coll. amending Act no. 513/1991 Coll. Commercial Code as amended and amending certain laws. This amendment, among other things, brought a more detailed definition of the process of the additional liquidation with a view to clarify some application problems, for which the case law in practice gave only lengthy and complicated solutions. In the presented paper, the authors focus mainly on the new legal regulation with the intention of analyzing its benefits to streamlining the process of additional liquidation.

Klíčová slova: *zrušenie a zánik obchodných spoločností, likvidácia, dodatočná likvidácia, právna subjektivita.*

Key words: *dissolution and extinction of the commercial companies, liquidation, additional liquidation, legal entity.*

Úvodom

Možnosť vykonania dodatočnej likvidácie majetku zaniknutej spoločnosti bola do právnej úpravy slovenského Obchodného zákonníka (ďalej v texte len OBZ) zahrnutá jeho významnou novelou v podobe zákona č. 500/2001 Z. z.[1] účinnou od 1. januára 2002 v snahe riešiť situáciu vzniknutú ako dôsledok opomenutia alebo nezahrnutia majetku likvidátorom pri likvidácii z iného neúmyselného dôvodu.[2] Ďalšia legislatívna zmena OBZ[3] účinná od 1. októbra 2004 doplnila znenie § 75a OBZ upravujúceho dodatočnú likvidáciu o „znovuoživenie" pohľadávok voči zaniknutej spoločnosti. Aktuálne, od 1. októbra 2020, je v Slovenskej republike účinná ďalšia z noviel OBZ,[4] ktorá výrazným spôsobom sprecizovala reguláciu inštitútu nielen dodatočnej likvidácie, ale aj likvidácie obchodných spoločností vo všeobecnosti s cieľom „realizácie opatrení na zefektívnenie procesu likvidácie obchodných spoločností a družstiev reagujúcich najmä na dlhoročné problémy aplikačnej praxe".[5] Cieľom autoriek predkladaného príspevku je právne analyzovať tieto niektoré legislatívne zmeny a ich prínos pre potreby praxe.

1. Obnovenie právnej subjektivity spoločnosti v dodatočnej likvidácii

O vzťahu dodatočnej likvidácie k právnej subjektivite obchodnej spoločnosti prebiehali v rámci publikovaných názorov časté diskusie, ktoré vyvodili záver, že právna subjektivita obchodnej spoločnosti sa rozhodnutím súdu o dodatočnej likvidácii neobnovuje.[6] Argumentácia poukazovala napríklad na zákonné slovné spojenie „bývalá spoločnosť"[7], ako aj na znenie dôvodovej správy k novelizácii § 75a OBZ[8]. Rozhodovacia činnosť slovenských súdov k tejto otázke však názorovo jednotná nebola. Hoci Ústavný súd Slovenskej republiky pôvodne vyjadril záver, že „zákonodarca nezamýšľal spojiť s nariadením likvidácie právny účinok spočívajúci v obnovení právnej subjektivity už neexistujúcej spoločnosti"[9], tento bol následne postupne preklenutý rozhodnutiami Najvyššieho súdu Slovenskej republiky[10], a najmä jeho vlastnými rozhodnutiami[11].

---

1 Zákon č. 500/2001 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov

2 Dôvodová správa k návrhu zákona č. 500/2001 Z. z.

3 Zákon č. 432/2004 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a menia a dopĺňajú sa niektoré ďalšie zákony

4 Zákon č. 390/2019 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

5 Dôvodová správa – všeobecná časť k návrhu zákona č. č. 390/2019 Z. z.

6 Napr. CSACH, K., GALANDOVÁ, M.: §75a In. OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár.* Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2017, s. 662.

7 KUBINEC, M.: *Likvidácia spoločnosti, druhá časť, hlava 1, diel 1 (§ 70 - § 75a)* In: MAMOJKA, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár. I. zväzok*. Bratislava: Eurokódex, 2016. s. 352.

8 ĎURICA, M.: § 70–75a In.: PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Komentár.* 5. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2016, s. 410.

9 Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 30. marca 2010, sp. zn. III. ÚS 138/2010

10 Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 29. januára 2008, sp. zn. 2 Cdo 215/2007, tiež napríklad uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 31. mája 20111 sp. zn. Obdo V 21/2010 a 1 Obdo V 22/2010

11 Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky z 12. decembra 2013, sp. zn. IV. ÚS 479/2011-130, uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 24. júla 2014, sp. zn. II. ÚS 414/2014-15 a uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 19. novembra 2014, sp. zn. I ÚS 711/2014-8

Právna doktrína sa k záverom vyplývajúcim z citovaných rozhodnutí Ústavného súdu Slovenskej republiky postavila prevažne kriticky[12] vychádzajúc okrem iného z konštitutívneho účinku výmazu spoločnosti z obchodného registra, ktorého dôsledkom je zánik právnickej osoby a strata jej právnej subjektivity[13] a následných úvah de lege ferenda, podľa ktorých „môžeme v rámci zákonného textu uvažovať nanajvýš o priznaní procesnoprávnej subjektivity pre vymazanú obchodnú spoločnosť, ktorá by bola personifikovaná v osobe likvidátora, a to len pre účely dodatočnej likvidácie a v rámci tohto konania"[14]. Na druhej strane však boli prezentované aj názory považujúce prípadné oživenie subjektivity právnickej osoby v dodatočnej likvidácii za „najjednoduchšie riešenie", ktoré bude „zrejme nevyhnutné pre zabezpečenie práva na súdnu ochranu práve nositeľovi práva k tomuto majetku, teda zaniknutej právnickej osobe, a nielen menovanému likvidátorovi"[15].

V nadväznosti na uvedené je najvýznamnejšou zmenou právnej úpravy dodatočnej likvidácie účinnej od 1. októbra 2020 práve zákonné znenie nového § 75k ods. 3 OBZ, podľa ktorého, ak súd rozhodne o nariadení dodatočnej likvidácie, obnoví zápis spoločnosti do obchodného registra, a to v rozsahu údajov zapísaných do jej výmazu (s doplnením údajov o nariadenej dodatočnej likvidácie a údajov o ustanovenom likvidátorovi), v nadväznosti na to aj úprava § 75k ods. 5 OBZ ustanovujúceho, že sa od obnovenia zápisu spoločnosti do obchodného registra na právnickú osobu hľadí, akoby nezanikla. Podľa dôvodovej správy bolo zavedenie tejto právnej úpravy vedené snahou o „vyjasnenie situácie s obnovením zaniknutej obchodnej spoločnosti"[16], pričom sa však oživenie spoločnosti nepovažuje za úplné, ale „spoločnosť sa dostáva hneď do fázy likvidácie, v ktorej je rozsah jej spôsobilosti obmedzený na úkony smerujúce k likvidácii, postavenie jej orgánov je nahradené činnosťou likvidátora a pozícia spoločníkov obmedzená na úkony, ktoré robia ako osoby s právnom na podiel na likvidačnom zostatku"[17].

Zo znenia novej právnej úpravy teda vyplýva, že obnovenie subjektivity obchodnej spoločnosti (resp. inej právnickej osoby) v dôsledku jej dodatočnej likvidácie nie je obmedzené len na subjektivitu procesnoprávnu, ale dochádza aj k obnove jej hmotnoprávnej subjektivity. Dané „oživenie" predtým zaniknutej spoločnosti je však limitované (aj keď to zákonné znenie explicitne neuvádza) samotným zmyslom dodatočnej likvidácie, ktorým podľa slov citovaného uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky je „naplnenie účelu likvidácie v prípade opomenutia časti majetku zrušenej spoločnosti v likvidácii alebo dodatočného objavenia majetku zaniknutej spoločnosti", pričom tu Ústavný súd Slovenskej republiky vychádza z koncepcie dodatočnej likvidácie v rámci inštitútu likvidácie spoločnosti, o čom svedčí aj systematické zaradenie ustanovenia (pôvodného – pozn. autora) § 75a Obchodného zákonníka.[18] Navyše platná právna úprava § 75k ods. 6 OBZ výslovne odkazuje na

12 STRÉMY, J.: Inštitút dodatočnej likvidácie v kontexte rozhodnutí Ústavného súdu Slovenskej republiky. *Vplyv judikatúry Ústavného súdu na interpretáciu noriem súkromného práva. Bratislavské právnické fórum 2018*. Bratislava: Právnická fakulta UK v Bratislave. 2018, s. 161.

13 ĎURICA, M.: Smrť obchodných spoločností a ich resuscitácia v judikatúre Ústavného súdu SR. *Súkromné právo*. 2016, č. 1. s. 1-10.

14 Tamtiež (pozn. č. 13).

15 CSACH, K., GALANDOVÁ, M.: §75a In. OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer. s. r. o., 2017, s. 663.

16 Dôvodová správa – osobitná časť k návrhu zákona č. č. 390/2019 Z. z.

17 Tamtiež (pozn. č. 16).

18 Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 30. marca 2010, sp. zn. III. ÚS 138/2010

primeranú aplikáciu noriem o likvidácii. Nemožno síce bez výhrad súhlasiť s kategorickým konštatovaním dôvodovej správy k relevantnej novele OBZ, podľa ktorého „je rozsah spôsobilosti takejto spoločnosti obmedzený na úkony smerujúce k likvidácii“, avšak je potrebné prihliadať na obmedzenia pri vymedzení pôsobnosti likvidátora vyplývajúce z ustanovenia § 75b ods. 3 OBZ.[19]

OBZ a ani súvisiace predpisy, predovšetkým Civilný mimosporový poriadok[20] (ďalej v texte len CMP) a zákon o obchodnom registri[21] bližšie nevymedzujú akým procesným postupom má dôjsť k „obnoveniu“ zápisu spoločnosti v obchodnom registri. Nakoľko do spomínaných predpisov neboli v rámci vykonaných zmien OBZ zahrnuté žiadne osobitné ustanovenia, do úvahy podľa nášho názoru prichádza len konanie o zosúladenie údajov v obchodnom registri so skutočným právnym stavom podľa § 289 a nasl. CMP, ktoré súd začne ex offo na základe vydaného uznesenia o nariadení dodatočnej likvidácie majetku spoločnosti. Nejasnosti vyvoláva aj požiadavka stanovená v § 75k ods. 3 OBZ určujúca pri obnove zápisu spoločnosti v obchodnom registri vychádzať z údajov zapísaných do jej výmazu, ku ktorým majú byť doplnené údaje o nariadenej dodatočnej likvidácii a údaje o ustanovenom likvidátorovi. V praxi registrových súdov môžu vzniknúť do budúcna viaceré otázky v prípade neaktuálnosti týchto údajov, napríklad z dôvodu smrti spoločníka, štatutárneho orgánu alebo deklarovaného nesúhlasu vlastníka nehnuteľnosti s opätovným zápisom adresy tejto nehnuteľnosti ako sídla obnovenej spoločnosti, či vzniku práva tretej osoby k nehnuteľnosti vylučujúceho jej ďalšie užívanie ako sídla.

2. Nároky veriteľov

Rozhodnutím súdu o nariadení dodatočnej likvidácie sa v intenciách novej právnej úpravy budú obnovovať len neuspokojené pohľadávky, ktoré existovali v čase zániku spoločnosti. Zákonodarca v dôvodovej správe osobitne nevymedzuje dôvod odklonu od pôvodne zvolenej terminológie, ktorá hovorila o „pohľadávkach, ktoré nebolo možné uplatniť pre výmaz zrušenej spoločnosti“, pričom tieto mohli byť uplatnené v rozsahu, v akom neboli uspokojené. Aj podľa publikovaných názorov pôvodná úprava § 75a OBZ umožňovala oživenie nielen nárokov, ktoré existovali pred zánikom obchodnej spoločnosti, ale aj takých, ktoré by vznikli medzičasom, nebyť toho, že spoločnosť zanikla. Napríklad, ak neskôr zaniknutá obchodná spoločnosť predala vec, počas dodatočnej likvidácie bolo možné uplatniť aj také nároky zo zodpovednosti za akosť, ktoré vznikli až po zániku obchodnej spoločnosti.[22] Súčasná úprava sa však bude týkať obnovy len tých pohľadávok, ktoré existovali v čase zániku spoločnosti.

Významnou zmenou, ktorá bola oproti minulosti zakomponovaná do všeobecnej úpravy likvidácie, a teda vzhľadom na ustanovenie § 75k ods. 6 OBZ aj do právnej úpravy dodatočnej likvidácie je zákonné vymedzenie pravidiel na poradie uspokojovania jednotlivých nárokov veriteľov. Prioritu bude mať nárok na vrátenie preddavku na

19 K pôsobnosti likvidátora pozri bližšie KUBINEC, M.: Zrušenie obchodnej spoločnosti a družstva s likvidáciou. *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Beli Neosolii*. Banská Bystrica: Právnická fakulta UMB, 2003, roč. 7, s. 51–66.

20 Zákon č. 161/2015 Z. z. Civilný mimosporový poriadok v znení neskorších predpisov

21 Zákon č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

22 CSACH, K., GALANDOVÁ, M.: §75a In. OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer. s. r. o., 2017, s. 661.

likvidáciu, ktorý sa uspokojí pred uspokojením iných pohľadávok. Naopak, ako posledné v poradí sa uspokoja pohľadávky, ktoré by sa v prípade vyhlásenia konkurzu na majetok spoločnosti uspokojovali v poradí ako podriadené. OBZ tiež v danej súvislosti obsahuje explicitnú úpravu určujúcu prednosť nárokov všetkých známych veriteľov spoločnosti pred nárokmi spoločníkov na plnenie z dôvodov ich nároku na podiel na likvidačnom zostatku.

Pokiaľ ide o ďalší postup likvidátora pri uspokojovaní pohľadávok, tieto zákon bližšie nekonkretizuje, určuje len, že ich likvidátor uspokojuje priebežne. Z uvedeného nie je zrejmé, či má ísť o uspokojovanie pohľadávok podľa poradia ich splatnosti, alebo podľa poradia, v akom boli prihlásené. Odporúčania k postupu likvidátora smerovali k uprednostneniu pomerného uspokojovaniu veriteľov[23], tieto však vychádzali z pôvodnej právnej úpravy dodatočnej likvidácie, vylučujúcej možnosť podania návrhu na vyhlásenie konkurzu v prípade zistenia predĺženia. V kontexte absencie zákonného časového obmedzenia na prihlasovanie pohľadávok veriteľov spoločnosti v likvidácii, resp. dodatočnej likvidácii, však stanovenú povinnosť priebežného uspokojovania veriteľov vnímame ako problémovú.

Relevantná novela OBZ sa tiež snaží vysporiadať s problémom plynutia času od zániku spoločnosti do začatia dodatočnej likvidácie, a to úpravou spočívania premlčacej doby, ktorá neplynie po dobu, po ktorú bola spoločnosť vymazaná z obchodného registra. Po nariadení dodatočnej likvidácie a obnovení zápisu spoločnosti v obchodnom registri zároveň platí, že premlčacia doba nie je kratšia ako jeden rok od nariadenia dodatočnej likvidácie.

3. K niektorým povinnostiam, ktoré vznikli novelizovaním inštitútu dodatočnej likvidácie

V súvislosti so zavedením § 75k OBZ došlo aj k úprave, resp. doplneniu niektorých ďalších zákonov. Jedným z nich je aj zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov (ďalej v texte ako zákon o dani z príjmov), ktorý doposiaľ v § 41 ods. 4 upravoval len zdaňovacie obdobie daňovníka, ktorý vstúpil do likvidácie, a to tak, že zdaňovacie obdobie daňovníka, ktorý vstúpil do likvidácie, sa začalo dňom jeho vstupu do likvidácie a skončilo sa dňom skončenia likvidácie. Pokiaľ však likvidácia nebola ukončená do 31. decembra druhého roka nasledujúceho po roku, v ktorom daňovník vstúpil do likvidácie, skončilo sa toto zdaňovacie obdobie 31. decembra druhého roka nasledujúceho po roku, v ktorom daňovník vstúpil do likvidácie. Ak daňovník neskončil likvidáciu ani do 31. decembra druhého roka nasledujúceho po roku, v ktorom daňovník vstúpil do likvidácie, až do skončenia likvidácie bol zdaňovacím obdobím celý kalendárny rok. Pokiaľ sa likvidácia skončila v priebehu kalendárneho roka, zdaňovacie obdobie skončilo dňom skončenia samotnej likvidácie. Novelizovaním právnej úpravy dodatočnej likvidácie od 1. októbra 2020 pribudol do predmetného zákona o dani z príjmov v § 41 nový ods. 14, ktorý upravuje zdaňovacie obdobie daňovníka, ktorému bola súdom nariadená dodatočná likvidácia. Pokiaľ bola daňovníkovi (obchodnej

23 KUBINEC, M.: Veriteľ a jeho pohľadávka v dodatočnej likvidácii. *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Beli Neosolii*. Banská Bystrica: Právnická fakulta UMB, 2012, roč. 17, s. 197.

spoločnosti alebo družstvu) nariadená dodatočná likvidácia, zdaňovacie obdobie daňovníka sa začína dňom obnovenia zápisu spoločnosti alebo družstva v obchodnom registri a končí sa dňom výmazu daňovníka z obchodného registra z dôvodu skončenia dodatočnej likvidácie, tzn., že ak by napríklad daňovník vstúpil do likvidácie dňa 28. mája 2018 a likvidácia by sa skončila dňa 12. júna 2020, daňovník by bol povinný podať daňové priznanie k dani z príjmov právnickej osoby za zdaňovacie obdobie od 01. januára 2020 do 12. júna 2020. Tento daňovník bol následne dňa 15. júla 2020 vymazaný z obchodného registra. Súd však na návrh osoby, ktorá osvedčila právny záujem na nariadení dodatočnej likvidácie z dôvodu zistenia majetku rozhodol o nariadení dodatočnej likvidácie spoločnosti a ustanovil likvidátora, pričom dňa 10. októbra 2020 súd obnovil zápis spoločnosti v obchodnom registri. Dodatočná likvidácia bola ukončená dňa 17. novembra 2020, pričom súd vymazal spoločnosť z obchodného registra dňa 20. decembra 2020. Zdaňovacie obdobie daňovníka, ktorému bola súdom nariadená dodatočná likvidácia sa teda začína dňom obnovenia zápisu spoločnosti v obchodnom registri (napr. 10. októbra 2020) a končí dňom výmazu spoločnosti z obchodného registra (napr. 20. decembra 2020). V prechodných ustanoveniach zákona o dani z príjmov je zároveň uvedené, že § 41 ods. 14 zákona o dani z príjmov sa môže použiť len na daňovníka, ktorému bola nariadená dodatočná likvidácia po 30. septembri 2020[24], a teda pokiaľ bola dodatočná likvidácia súdom nariadená pred 01. októbrom 2020, po ukončení dodatočnej likvidácie daňovníkovi nevzniká samostatné zdaňovacie obdobie a tak nemá povinnosť podať daňové priznanie[25].

Ako sme vyššie uviedli, že pri dodatočnej likvidácii, ktorá bola začatá po 30. septembri 2020, vzniká obchodnej spoločnosti alebo družstvu, ktoré boli opätovne zapísané do obchodného registra zdaňovacie obdobie, a teda povinnosť podať daňové priznanie, tak aj vzniká obchodnej spoločnosti alebo družstvu nové účtovné obdobie. V zákone č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve bolo v § 16 ods. 7 doplnené, že, ak bola súdom nariadená dodatočná likvidácia, účtovné obdobie& sa začína dňom obnovenia zápisu účtovnej jednotky v obchodnom registri a končí dňom výmazu účtovnej jednotky z obchodného registra z dôvodu skončenia dodatočnej likvidácie. Novelizovanou právnou úpravou dodatočnej likvidácie tak zákonodarca zaviedol obchodnej spoločnosti alebo družstvu, ktorým bola nariadená dodatočná likvidácia aj niektoré povinnosti, ktoré doposiaľ v rámci pôvodnej právnej úpravy dodatočnej likvidácie nemali a ktoré nesmú opomenúť.

Záver

Prelomovou zmenou v oblasti právnej úpravy dodatočnej likvidácie je „oživenie“ vymazanej právnickej osoby, ktorá sa v dôsledku nariadenia dodatočnej likvidácie opätovne zapíše do obchodného registra, a od tohto momentu sa na ňu hľadí, ako by nezanikla. Jej dôsledkom sú zmeny ďalších právnych predpisov najmä regulujúcich oblasť vedenia účtovníctva a dane z príjmov.

Hoci nová právna úprava dodatočnej likvidácie, u nás zatiaľ vyvoláva určité otázniky súvisiace napríklad s obnovením zápisu spoločnosti do obchodného registra, či postu-

24 § 52zzg ods. 2 zákona č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov

25 Webové sídlo Finančnej správy SR. Dostupné na: <https://www.financnasprava.sk/_img/pfsedit/Dokumenty_PFS/Zverejnovanie_dok/Dane/Metodicke_usmernenia/Priame_dane/2020/2020.07.14_24_DZPaU_2020_MU.pdf>. [cit. 31.10.2020].

pom likvidátora pri uspokojovaní veriteľov, pre aplikačnú prax je prínosom najmä z nej vyplývajúca jednoznačnosť možnosti vedenia nových súdnych konaní voči takejto spoločnosti, vrátane konania konkurzného.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] CSACH, K., GALANDOVÁ, M.: *§75a* In. OVEČKOVÁ, O. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer. s. r. o., 2017, s. 663. ISBN: 978-80-816-8573-6.

[2] ĎURICA, M.: *§ 70-75a* In.: PATAKYOVÁ, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Komentár. 5. vydanie.* Bratislava: C. H. Beck, 2016, s. 410. ISBN: 978-80-896-0346-6.

[3] ĎURICA, M.: Smrť obchodných spoločností a ich resuscitácia v judikatúre Ústavného súdu SR. *Súkromné právo*. 2016, č. 1. s. 1–10.

[4] KUBINEC, M.: *Likvidácia spoločnosti, druhá časť, hlava 1, diel 1 (§ 70 - § 75a)* In: MAMOJKA, M. a kol.: *Obchodný zákonník. Veľký komentár. I. zväzok..* Bratislava: Eurokódex, 2016. s. 352. ISBN: 978-80-815-5065-2.

[5] KUBINEC, M.: Veriteľ a jeho pohľadávka v dodatočnej likvidácii. *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Beli Neosolii*. Banská Bystrica: Právnická fakulta UMB, 2012, roč. 17, s. 188–210. ISBN 978-80-557-0471-5.

[6] KUBINEC, M.: Zrušenie obchodnej spoločnosti a družstva s likvidáciou. *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitatis Matthiae Beli Neosolii*. Banská Bystrica: Právnická fakulta UMB, 2003, roč. 7, s. 51–66. ISBN 80-8055-868-X.

[7] PATOČKA R.: Zrušení obchodní korporace – srovnání staré a nové právní úpravy a navazující otázky. *Aktuální problém práva v podnikatelském prostředí ČR a EU – sborník příspevků,* 1. díl, Praha: TRAOS, s.r.o., 2004, s. 322-338. ISBN 978-80-905687-3-0.

[8] STRÉMY, J.: Inštitút dodatočnej likvidácie v kontexte rozhodnutí Ústavného súdu Slovenskej republiky. *Vplyv judikatúry Ústavného súdu na interpretáciu noriem súkromného práva. Bratislavské právnické fórum 2018.* Bratislava: Právnická fakulta UK v Bratislave. 2018, s. 161.

[9] Dôvodová správa – všeobecná časť k návrhu zákona č. 390/2019 Z. z.

[10] Dôvodová správa k návrhu zákona č. 500/2001 Z. z.

[11] Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky 12. decembra 2013, sp. zn. IV. ÚS 479/2011-130.

[12] Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 29. januára 2008, sp. zn. 2 Cdo 215/2007.

[13] Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 31. mája 2011, sp. zn. 1 Obdo V 21/2010.

[14] Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 31. mája 2011, sp. zn. 1 Obdo V 22/2010.

[15] Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 24. júla 2014, sp. zn. II. ÚS 414/2014-15.

[16] Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 19. novembra 2014, sp. zn. I ÚS 711/2014-8.

[17] Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 30. marca 2010, sp. zn. III. ÚS 138/2010.

[18] Zákon č. 500/2001 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov.

[19] Zákon č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov.

[20] Zákon č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

[21] Zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov.

[22] Zákon č. 432/2004 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a menia a dopĺňajú sa niektoré ďalšie zákony.

[23] Zákon č. 161/2015 Z. z. Civilný mimosporový poriadok v znení neskorších predpisov.

[24] Zákon č. 390/2019 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.

[25] Webové sídlo Finančnej správy SR. Dostupné na: <https://www.financnasprava.sk/_img/pfsedit/Dokumenty_PFS/Zverejnovanie_dok/Dane/Metodicke_usmernenia/Priame_dane/2020/2020.07.14_24_DZPaU_2020_MU.pdf>. [cit. 31. 10. 2020].

Kontaktní adresa autorů:
JUDr. Monika Némethová, Ph.D.
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica
E-mail: monika.nemethova@umb.sk

JUDr. Ing. Andrea Bilas Ševčiková, Ph.D.
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica
E-mail: andrea.sevcikova@umb.sk

Mária Veterníková maria.veternikova@euba.sk

NEPOCTIVÝ ZÁMER V ODDLŽENÍ

DISHONEST INTENTION IN DEBT RELIEF

Abstrakt: Oddlženie predstavuje zákonom dovolenú možnosť dlžníka – fyzickej osoby, zbaviť sa časti svojich dlhov prostredníctvom procesu, ktorý sa uskutočňuje pod dohľadom súdu. Autorka sa v príspevku v rámci analýzy právnej úpravy oddlženia v štvrtej časti Zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, zameriava na zrušenie oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka. Približuje aj vybrané rozhodnutia slovenských súdov v tejto oblasti.

Abstract: Debt relief is a legally permitted possibility for a debtor – a natural person – to get rid of part of his debts through a process that takes place under the supervision of a court. The article within the analysis of the legal regulation of debt relief in the Fourth Part of the Act no. 7/2005 Coll. on Bankruptcy and Restructuring and on Amendments to Certain Law, as amended, focuses on the cancellation of debt relief for the debtor's dishonest intent. It also approximates selected decisions of Slovak courts in this area.

Kľúčové slová: *oddlženie, nepoctivý zámer dlžníka, zrušenie oddlženia, judikatúra.*

Key words: *debt relief, dishonest intention of the debtor, cancellation of debt relief, case law.*

1. Úvodné poznámky

Oddlženie je právny inštitút, ktorý slúži platobne neschopným dlžníkom – fyzickým osobám na zbavenie sa dlhov. Tento inštitút do slovenského právneho poriadku zaviedol Zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákon o konkurze a reštrukturalizácii" alebo „ZKR"), ktorý nadobudol účinnosť 1. 1. 2006. Podľa pôvodnej právnej úpravy oddlženia účinnej do 28. 2. 2017, konaniu o oddlžení muselo vždy predchádzať konkurzné konanie, v ktorom boli aspoň čiastočne uspokojené prihlásené pohľadávky veriteľov dlžníka. Návrh na oddlženie mohol podať len dlžník – fyzická osoba a povinnou náležitosťou návrhu bolo aj odôvodnenie, ktoré vyjadruje poctivý zámer dlžníka vynaložiť primerané úsilie na uspokojenie svojich veriteľov.[1] O poctivý úmysel dlžníka nešlo napríklad v prípade, ak sa dlžník zbavil svojho majetku právnymi úkonmi, ktoré boli odporovateľné či neplatné, alebo ak dlžník v období pred začatím konkurzného konania alebo počas neho svojím zavinením nemal príjem zo zamestnania, inej obdobnej činnosti alebo podnikania

1 Ustanovenie § 167 ods. 1 ZKR, účinné do 28.2.2017: Návrh na oddlženie je oprávnený podať dlžník, ktorý je fyzickou osobou, spolu s návrhom na vyhlásenie konkurzu, prípadne počas konkurzného konania až do zrušenia konkurzu. Návrh na povolenie oddlženia okrem všeobecných náležitostí návrhu musí obsahovať aj odôvodnenie, ktoré vyjadruje poctivý zámer dlžníka vynaložiť primerané úsilie na uspokojenie svojich veriteľov.

a pod.[2] Ak súd povolil oddlženie, nasledovalo trojročné skúšobné obdobie, počas ktorého bol dlžník povinný vždy na konci každého skúšobného roka poskytovať správcovi peňažné prostriedky v sume určenej súdom, ktoré správca po odpočítaní svojej odmeny rozdeľoval medzi veriteľov dlžníka.[3] Okrem iného,[4] aj takýmto spôsobom dlžník napĺňal svoj poctivý zámer uspokojiť veriteľov. Po skončení skúšobnej doby súd rozhodol o oddlžení dlžníka, ak dlžník riadne plnil povinnosti počas skúšobného obdobia. Zverejnením rozhodnutia o oddlžení dlžníka v obchodnom vestníku sa pohľadávky veriteľov stali voči dlžníkovi nevymáhateľné. Uvedená právna úprava bola fakticky neúčinná, pretože dlžníci – fyzické osoby ju takmer nevyužívali.[5]

Zásadnú zmenu právnej úpravy oddlženia priniesla novela Zákona o konkurze a reštrukturalizácii vykonaná zákonom č. 377/2016 Z.z., ktorý nadobudol účinnosť 1. 3. 2017. Podľa novej právnej úpravy sa dlžník – fyzická osoba môže domáhať oddlženia konkurzom alebo splátkovým kalendárom. Oddlženie konkurzom je vhodné najmä pre dlžníkov, ktorých majetok nepostačuje na splnenie ich záväzkov a súhlasia so speňažením svojho majetku. Tento spôsob je vhodný aj pre dlžníkov, ktorí nemajú žiadny majetok a ani žiadny príjem. Oddlženie splátkovým kalendárom je vhodné najmä pre dlžníkov, ktorých hodnota majetku prevyšuje hodnotu ich záväzkov, chcú si zachovať svoj majetok a majú príjem, z ktorého môžu plniť svoje záväzky po dobu piatich rokov. Predpokladom podania návrhu na vyhlásenie konkurzu alebo na určenie splátkového kalendára je, že voči dlžníkovi je vedené exekučné alebo iné vykonávacie konanie. Od 1. 1. 2020, kedy nadobudla účinnosť novela Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, vykonaná zákonom č. 390/2019 Z.z., musí od vydania poverenia na vykonanie exekúcie alebo od začatia obdobného vykonávacieho konania uplynúť aspoň jeden rok. Toto obmedzenie však platí iba pre oddlženie konkurzom, nie pre oddlženie splátkovým kalendárom.[6] Dlžník musí k návrhu na vyhlásenie konkurzu alebo na určenie splátkového kalendára priložiť vyhlásenie, že je platobne neschopný. Odôvodnenie, ktoré vyjadruje poctivý zámer dlžníka, sa na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy v návrhu na vyhlásenie konkurzu alebo určenie splátkového kalendára nevyžaduje. Na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy, keď sa samotné rozhodnutie o oddlžení vydávalo až po uplynutí skúšobnej doby, podľa súčasnej právnej úpravy, o oddlžení dlžníka rozhoduje súd už v uznesení o vyhlásení konkurzu alebo v uznesení o určení splátkového kalendára. Hmotnoprávnym následkom právoplatného rozhodnutia o vyhlásení konkurzu alebo určení splátkového kalendára vo vzťahu k pohľadávkam, ktoré možno uspokojiť iba konkurzom alebo splátkovým kalendárom, je zánik vymáhateľnosti týchto pohľadávok voči dlžníkovi v rozsahu, v ktorom ho súd zbavil dlhov bez ohľadu na to, či pohľadávky boli alebo neboli v konkurze prihlásené.[7] Oddlženie môže byť zrušené pre nepoctivý zámer dlžníka.

---

2 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2019, s. 1141.

3 POSPÍŠIL, B.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii s komentárom*. 1. vydanie. Žilina: Poradca podnikateľa, 2005, s. 542.

4 Podľa ustanovenia § 168 ods. 2 ZKR, účinného do 28.2.2017, dlžník bol povinný počas skúšobného obdobia vynaložiť primerané úsilie na získanie zamestnania ako zdroja príjmu alebo začať podnikať s týmto cieľom a poskytovať správcovi všetky správcom požadované informácie, najmä informácie o príjme a výdavkoch a o zmene bydliska, zamestnania a podnikania.

5 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2019, s. 1112.

6 Ustanovenie § 166 ods. 3 ZKR, účinné od 1. 1.2020: Dlžník je oprávnený podať návrh na vyhlásenie konkurzu alebo návrh na určenie splátkového kalendára iba vtedy, ak sa voči nemu vedie exekučné konanie alebo obdobné vykonávacie konanie; ak ide o návrh na vyhlásenie konkurzu, musí od vydania poverenia na vykonanie exekúcie alebo od začatia obdobného vykonávacieho konania uplynúť aspoň jeden rok.

7 DEÁK, M.: Niekoľko poznámok k zrušeniu oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka. *Justičná revue,* č. 8-9/2020, s. 950.

Cieľom tohto príspevku je priblížiť platnú právnu úpravu zrušenia oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka, ako aj rozhodovaciu prax slovenských súdov v tejto oblasti.

2. Zrušenie oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka

Súd poctivý zámer dlžníka v konaní o vyhlásenie konkurzu ani v konaní o určenie splátkového kalendára vôbec neskúma. Kontrola poctivého zámeru dlžníka prichádza do úvahy na základe aktivity veriteľa. Podľa § 166f ods. 1 ZKR sa veriteľ, ktorý bol dotknutý oddlžením môže domáhať zrušenia oddlženia dlžníka, ak preukáže nepoctivosť zámeru dlžníka pri oddlžení. Návrh na zrušenie oddlženia podaný voči dlžníkovi alebo jeho dedičom má právo podať do šiestich rokov od vyhlásenia konkurzu alebo určenia splátkového kalendára.

Prenos kompetencie skúmania poctivého zámeru dlžníka zo súdu na veriteľov, podmienený zaťažením veriteľov dôkazným bremenom, nie je štandardným riešením, aj vzhľadom na obmedzené možnosti veriteľov k zabezpečeniu dôkazných prostriedkov na preukázanie nepoctivého zámeru dlžníka.[8] Za účelom odstránenia prípadnej dôkaznej núdze veriteľov v súdnych konaniach o zrušenie oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka, od 1. 1. 2020 šetrenia ktoré môžu mať vplyv na posúdenie poctivého zámeru dlžníka, môže na podnet veriteľa vykonať správca. Náklady spojené s takýmto šetrením správcu zaťažujú veriteľa.[9]

Veriteľ, dotknutý oddlžením, je oprávnený podať návrh na zrušenie oddlženia voči dlžníkovi, resp. jeho dedičom na súde, ktorý rozhodol o oddlžení. Ak súd dôjde k záveru, že dlžník v konaní o oddlžení nesledoval poctivý zámer, rozhodne o zrušení oddlženia. Zrušením oddlženia sa oddlženie stáva voči veriteľom neúčinné. Pohľadávkam sa v plnom rozsahu, v ktorom ešte neboli uspokojené, obnovuje ich pôvodná vymáhateľnosť a splatnosť. Takéto pohľadávky sa nepremlčia skôr ako uplynie desať rokov od zrušenia oddlženia.

Ustanovenie § 166f ods. 6 ZKR umožňuje súdu zrušiť oddlženie aj z podnetu prokurátora v tej istej lehote ako na základe žaloby veriteľa.[10] No v praxi si možno len ťažko predstaviť iniciatívu prokuratúry vo veci zrušenia oddlženia bez impulzu zo strany dotknutého veriteľa.[11] Keďže otázka zneužívania inštitútu oddlženia presahuje rámec konkrétneho sporu, je celospoločenskou otázkou, ktorá generuje zásadné následky spoločenského, sociálneho, ale aj ekonomického charakteru, a to nielen pre účastníkov sporu. Tým je daný verejný záujem na účasti prokurátora v tomto type konania.[12]

---

8 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2019, s. 951.

9 Ustanovenie § 166i ods. 2 ZKR, účinné od 1. 1.2020: Iné šetrenia, vrátane šetrení pomerov dlžníka, ktoré môžu mať vplyv na posúdenie jeho poctivého zámeru či odporovateľnosti právnych úkonov, správca vykoná na podnet veriteľa, ak veriteľ uhradí zálohu na trovy týchto šetrení. Takéto šetrenia uskutoční správca na náklady veriteľa. Veriteľ má nárok na úhradu týchto nákladov v konkurze ako náklad konkurzu v sume schválenej zástupcom veriteľov alebo určenej schôdzou veriteľov, ak zástupca veriteľov nie je ustanovený.

10 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2019, s. 1126.

11 SERFŐZŐ, M.: *Vplyv právnej úpravy oddlženia na exekučné konania podľa slovenského právneho poriadku.* In VOJČÍK, P. – KOROMHÁZ, P. – VADAS, E (eds): *Košické dni súkromného práva II. – recenzovaný zborník vedeckých prác,* 1. vydanie. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2018, s. 679.

12 DEÁK, M.: Niekoľko poznámok k zrušeniu oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka. *Justičná revue*, č. 8–9/2020, s. 959.

2. 1 Poctivý zámer

Východiskom pri rozhodovaní súdu o návrhu na zrušenie oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka je právna úprava v ustanovení § 166g ZKR, z ktorej vyplýva kedy dlžník poctivý zámer má a kedy poctivý zámer nemá.

Podľa § 166g ods. 1 ZKR dlžník má poctivý zámer vtedy, ak z jeho správania po podaní návrhu na vyhlásenie konkurzu alebo na určenie splátkového kalendára možno usudzovať, že vynaložil úprimnú snahu riešiť svoj dlh v medziach svojich možností a schopností, najmä ak:

- poskytoval správcovi a veriteľom potrebnú súčinnosť;
- vynaložil snahu získať zamestnanie, zamestnal sa alebo si zabezpečil iný zdroj príjmov;
- v prípade nie nepatrného daru, dedenia alebo výhry zo stávky alebo z hry ponúkol dlžník aspoň polovicu takéhoto zdroja dobrovoľne veriteľom na splnenie nevymáhateľného záväzku;
- prípadne vynaložil snahu o zaradenie sa do spoločnosti alebo sa do spoločnosti opätovne zaradil.

2.2 Nepoctivý zámer

Posudzovanie nepoctivého zámeru dlžníka sa týka ekonomického správanie dlžníka pred podaním návrhu na konkurz alebo na určenie splátkového kalendára, ako aj po jeho podaní. V zmysle § 166g ods. 2 ZKR dlžník nemal poctivý zámer najmä, ak:

- úmyslne neuviedol časť svojho majetku nie nepatrnej hodnoty, i keď o ňom vedel alebo s prihliadnutím na okolnosti musel vedieť; na majetok nepatrnej hodnoty sa neprihliada,
- v zozname veriteľov úmyselne neuviedol veriteľa – fyzickú osobu, v dôsledku čoho veriteľ neprihlásil svoju pohľadávku, i keď o ňom vedel alebo vzhľadom na okolnosti musel vedieť; na drobných veriteľov sa neprihliada;
- v návrhu alebo v prílohe návrhu alebo na dopyt správcu uviedol nepravdivú dôležitú informáciu alebo neuviedol dôležitú informáciu, i keď vedel alebo s prihliadnutím na okolnosti musel vedieť, že ide o dôležitú informáciu;
- bez vážneho dôvodu neposkytol správcovi vyžadovanú súčinnosť, ktorú možno od neho spravodlivo vyžadovať;
- zo správania sa dlžníka pred podaním návrhu možno usudzovať, že sa úmyselne priviedol do platobnej neschopnosti, aby mohol podať návrh;
- v čase podania návrhu dlžník nebol platobne neschopný, i keď o tom vedel alebo s prihliadnutím na okolnosti musel vedieť;
- zo správania sa dlžníka pred podaním návrhu možno usudzovať, že pri preberaní záväzkov sa spoliehal na to, že svoje dlhy bude riešiť konkurzom alebo splátkovým kalendárom alebo že mal snahu poškodiť veriteľov alebo zvýhodniť niektorého z veriteľov;
- bez vážneho dôvodu riadne a včas neplní súdom určený splátkový kalendár;
- bez vážneho dôvodu riadne a včas neplní výživné na dieťa, na ktoré vznikol nárok po rozhodujúcom dni;
- bez vážneho dôvodu riadne a včas neplní povinnosť vrátiť Centru právnej pomoci hodnotu poskytnutého preddavku na úhradu paušálnej odmeny správcu (pri konkurze);

- dlžník sa domáhal zbavenia dlhov napriek tomu, že na území Slovenskej republiky v čase podania návrhu nemal centrum hlavných záujmov.

Veriteľ, ktorý podáva návrh na zrušenie oddlženia, môže uvádzať aj iné skutočnosti, na základe ktorých bude tvrdiť, že dlžník nesledoval pri oddlžení poctivý zámer. Medzi konanie osvedčujúce nepoctivý zámer možno zaradiť predchádzajúcu trestnú činnosť dlžníka.[13]

2.3 Posudovanie poctivého zámeru

Pri hodnotení dôvodov pre poctivý, resp. nepoctivý zámer musí súd prihliadnuť aj na osobu dlžníka.[14]

Súd prihliada prísnejšie na skutočnosti ovplyvňujúce poctivý zámer u dlžníka, ktorý v minulosti mal alebo stále má významnejší majetok, má skúsenosti s podnikaním, pôsobí alebo pôsobil ako vedúci zamestnanec alebo pôsobí alebo pôsobil v orgánoch právnickej osoby alebo má iné osobitné životné skúsenosti (§ 166g ods. 3 ZKR).

Súd prihliada miernejšie na skutočnosti ovplyvňujúce poctivý zámer dlžníka, ktorý dosiahol iba základné vzdelanie, je v dôchodkovom veku alebo blízko takéhoto veku, má vážne zdravotné problémy, na čas alebo trvalo stratil obydlie, alebo ho v živote postihla iná udalosť, ktorá mu sťažila uplatnenie v spoločnosti (§ 166g ods. 4 ZKR).

3. Nepoctivý zámer dlžníka – vybrané súdne rozhodnutia

V tejto podkapitole príspevku priblížime rozhodovaciu prax súdov v otázke nepoctivého zámeru dlžníka.

V rozhodnutí Okresného súdu Bratislava I zo dňa 18. 10. 2018, sp. zn.: 8 Odi/1/2018, súd konštatoval, že žalovanému záväzky vznikali v čase, keď žalovaný vykazoval príjem, z ktorého bolo možné záväzky vysporiadať. Žalovaný tak neučinil, neuviedol dôvody akceptovateľné pre takéto správanie, preto mu nepatrí ochrana voči veriteľom, ktorých poškodil a následne účelovo podal návrh na oddlženie, aby sa tak zbavil svojich dlhov, aj napriek skutočnosti, že jeho príjem umožňoval a umožňuje splatenie jeho záväzkov. Ak žalovaný disponuje majetkom alebo stálym príjmom je jeho prvoradou povinnosťou uspokojovať svojich veriteľov a len v prípade ak je uspokojovanie jeho záväzkov objektívne nemožné, malo by byť dlžníkovi umožnené oddlženie a aj to v rozsahu, aby došlo aspoň k čiastočnému uspokojeniu veriteľov. Súd k osobe žalovaného jeho osobnostnej stránke prihliadal prísnejšie nakoľko ako vyplynulo zo životopisu bol vo vedúcej funkcii (riaditeľ divadla) počas rokov 1989–2011 t.j. 12 rokov, na druhej strane ide o poberateľa starobného dôchodku od roku 2016, avšak návrh na vyhlásenie konkurzu bol podaný po priznaní starobného dôchodku v roku 2017. Súd zrušil oddlženie dlžníka z dôvodu, že dlžník nemal pri oddlžení poctivý zámer nakoľko nebol platobne neschopný, aj keď o tom vedel alebo vzhľadom na okolnosti musel vedieť [§ 166g ods. 2 písm. f) ZKR].

---

13 ANZENBACHER, V.: Důvody zamítnutí návrhu na povolení oddlužení. In *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k XI. ročníku mezinárodní vědecké konference*, 1. vydání. Praha: TROAS, s.r.o., 2019, s. 32.

14 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2019, s. 1131.

V rozhodnutí Okresného súdu Banská Bystrica zo dňa 1. 8. 2019, sp. zn.: 2 Odi/1/2019 súd posudzoval prípad, v ktorom dlžník v zozname veriteľov ani na dopyt správcu neuviedol veriteľa fyzickú osobu. Súd vec prejednal a rozhodol v neprítomnosti žalovaného. Vzhľadom na to, že žalovaný sa k žalobe nevyjadril, neuplatnil žiadne prostriedky procesnej obrany a procesného útoku, neuviedol vlastné skutkové tvrdenia a ani hmotnoprávne námietky, súd považoval skutkový stav tvrdený žalobcom za nesporný. Súd konštatoval, že v konaní bolo preukázané, že žalovaný neuviedol žalobcu ako svojho veriteľa v prílohe k návrhu na vyhlásenie konkurzu – v zozname veriteľov a neuviedol ho ako svojho veriteľa ani na dopyt správcu. Žalobca nemal vedomosť o vedení konkurzného konania na majetok dlžníka a svoju pohľadávku v konkurze neprihlásil. Súd mal za preukázané, že sú splnené podmienky pre zrušenie oddlženia dlžníka pre nepoctivý zámer podľa ustanovenia § 166g ods. 2 písm. b) ZKR.

V rozhodnutí Okresného súdu Trnava zo dňa 3. 4. 2019, sp. zn.: 36 Odi/1/2018 sa uvádza, že podľa tvrdenia žalobcu sa žalovaná pred podaním návrhu na vyhlásenie konkurzu vzdala, resp. zbavila majetku, z ktorého mohli byť aspoň čiastočne uspokojené pohľadávky veriteľov v konkurze tým, že ho bezodplatne previedla na svojho syna. Žalovaná uviedla, že tvrdenie žalobcu považuje za nepravdivé ohľadom jej poctivého zámeru, pretože je dlhodobo v zlej finančnej situácii, ktorá jej nastala na základe dlhov vytvorených zo strany jej bývalého manžela, ktorý utiekol do zahraničia. Jej nebohý otec sa pred smrťou vyjadroval, že byt, ktorý s jej mamou vlastnia chce darovať invalidnému synovi žalovanej. Žiaľ nepodarilo sa mu to písomne vykonať. Nemala žiaden úmysel sa zbaviť majetku, ale úmysel splniť poslednú vôľu otca. Správca absolvoval stretnutie s dlžníčkou, u ktorej sa informoval na majetok, resp. majetok, ktorý vlastnila v posledných piatich rokoch, ako aj na odporovateľné právne úkony, pričom dlžníčka uviedla, že žiaden majetok nevlastní a nevlastnila a nerealizovala v minulosti ani žiadne odporovateľné právne úkony. Súd v rozhodnutí uviedol, že v prípadoch uvedených v § 166g ods. 2 ZKR sa uvádzajú situácie, kedy sa nepoctivý zámer prezumuje, preto bolo na žalovanej, aby súdu hodnoverne preukázala, že pri naplnení špecifikovaných situácií nekonala s nepoctivým zámerom. Súd dospel k záveru, že žalovaná v konaní uvedené nepreukázala, a tvrdenia žalobcu, dostatočne hodnoverne preukázané a podložené listinnými dôkazmi nevyvrátila. Skutočnosť nepriaznivej finančnej situácie žalovanej, nepravdivosť tvrdení žalobcu o nepoctivom zámere pri bezodplatnom prevode podielu na nehnuteľnosti nevyvracia, ale skôr podporuje. Rovnako je v danom prípade irelevantné tvrdenie o poslednej vôli poručiteľa a žalovaná mala skôr myslieť na záväzky voči veriteľom. Rovnako tvrdenia žalovanej, že správcovi nezatajila žiadne informácie ohľadne vykonaného bezodplatného prevodu vyznievajú nedôveryhodne (vzhľadom na jej záujem v konaní), keď správca (o ktorého objektívnosti nie je dôvod pochybovať) vo svojom písomnom vyjadrení jednoznačne uviedol, že žalovaná mu informáciu o prevode zatajila, hoci sa jej výslovne dopytoval na vlastníctvo majetku a realizovanie odporovateľných právnych úkonov v minulosti. V konaní bolo dostatočne hodnoverne preukázané, že žalovaná v návrhu alebo prílohe návrhu alebo na dopyt správcu uviedla nepravdivú dôležitú informáciu, aj keď vedela alebo s prihliadnutím na okolnosti musela vedieť, že ide o dôležitú informáciu (realizovanie bezodplatného prevodu podielu na nehnuteľnosti), ďalej žalovaná bez vážneho dôvodu neposkytla správcovi potrebnú súčinnosť (tým, že mu nepredložila v súvislosti s prevodom potrebné doklady, napr. dedičskú dohodu, darovaciu zmluvu atď.), ktorú bolo možné od nej spravodlivo vyžadovať, zo správania sa žalobkyne pred podaním

návrhu je možné usudzovať, že sa úmyselne priviedla do platobnej neschopnosti, aby bola oprávnená podať návrh a mala snahu poškodiť svojho veriteľa (žalobcu) alebo zvýhodniť niektorého veriteľa. Vzhľadom k uvedenému súd dospel k záveru, že žalovaná ako dlžníčka nemala pri svojom oddlžení poctivý zámer [§ 166g ods. 2 písm. c), d) a e) ZKR].

Záver

Podľa pôvodnej právnej úpravy oddlženia účinnej do 28. 2. 2017 dlžník už v odôvodnení svojho návrhu na oddlženie deklaroval poctivý zámer vynaložiť primerané úsilie na uspokojenie svojich veriteľov a tento zámer aj počas trojročného skúšobného obdobia, ktoré nasledovalo po právoplatnosti uznesenia o povolení oddlženia skutočne napĺňal. Podľa novej právnej úpravy oddlženia účinnej od 1. 3. 2017, dlžník nie je povinný v návrhu na vyhlásenie konkurzu alebo určenie splátkového kalendára odôvodniť svoj poctivý zámer uspokojiť veriteľov. V konkurznom konaní ani v konaní o určení splátkového kalendára súd poctivý zámer dlžníka neskúma. Poctivý zámer dlžníka súd skúma iba v konaní o návrhu na zrušenie oddlženia pre nepoctivý zámer. Zákonodarca takouto právnou úpravou vytvoril priestor pre podvodné konanie niektorých dlžníkov a rozhodnutia súdov potvrdzujú, že dlžníci inštitút oddlženia skutočne zneužívajú. Zákonodarca bremeno dokazovania, že dlžník nemal pri oddlžení poctivý zámer presunul z pliec súdov na veriteľov. Možno len súhlasiť s tým, čo sa v tejto súvislosti uvádza v literatúre, a síce, že kontrola zákonnosti a spravodlivosti ex post je najhorší variant, ktorý zákonodarca mohol zvoliť, pretože je v rozpore s právnou istotou účastníkov konania, predovšetkým veriteľov. Súdna kontrola mala byť preventívna, v rámci ktorej by súd skúmal poctivý zámer dlžníka na základe všetkých relevantných skutočností, ktoré boli známe pred začatím oddlžovacieho konania. Dodatočná kontrola sa mala vzťahovať len na závažné skutočnosti, ktoré nastali po povolení oddlženia.[15]

V príspevku naznačené problémy by mohla vyriešiť novelizácia Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, ktorá by umožnila namietanie nepoctivého zámeru dlžníka veriteľmi z dôvodov im známym už pred oddlžením a posúdenie poctivého zámeru dlžníka súdom pri rozhodovaní o vyhlásení konkurzu alebo určení splátkového kalendára. Súd by napríklad mohol oznamovať v obchodnom vestníku, že mu bol doručený návrh dlžníka na oddlženie a vyzvať veriteľov, aby v stanovenej lehote vzniesli námietky nepoctivého zámeru dlžníka. Možnosť ex post zrušenia oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka by mala zostať zachovaná, a to z dôvodov neposudzovaných v rámci kontroly poctivého zámeru dlžníka pred vydaním rozhodnutia o vyhlásení konkurzu alebo rozhodnutia o určení splátkového kalendára.

✪ ✪ ✪

15 ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2019, s. 1125.

LITERATURA

[1] ANZENBACHER, V.: Důvody zamítnutí návrhu na povolení oddlužení. In *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.

[2] DEÁK, M.: Niekoľko poznámok k zrušeniu oddlženia pre nepoctivý zámer dlžníka. *Justičná revue,* č. 8-9/2020, s. 944–959.

[3] ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2019, 1414 s. ISBN 978-80-7400-754-5.

[4] POSPÍŠIL, B.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii s komentárom.* 1. vydanie. Žilina: Poradca podnikateľa, 2005, 648 s. ISBN 978-80-8078-458-4.

[5] Rozhodnutie Okresného súdu Banská Bystrica zo dňa 1.8.2019, sp. zn.: 2 Odi/1/2019.

[6] Rozhodnutie Okresného súdu Bratislava I zo dňa 18.10.2018, sp. zn.: 8 Odi/1/2018.

[7] Rozhodnutie Okresného súdu Trnava zo dňa 3.4.2019, sp. zn.: 36 Odi/1/2018.

[8] SERFŐZŐ, M.: Vplyv právnej úpravy oddlženia na exekučné konania podľa slovenského právneho poriadku. In VOJČÍK, P. - KOROMHÁZ, P. - VADAS, E (eds): *Košické dni súkromného práva II. - recenzovaný zborník vedeckých prác,* 1. vydanie. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2018, 706 s., ISBN: 978-80.8129-088-6.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Mária Veterníková, Ph.D.
Katedra obchodného práva
Obchodná fakulta Ekonomické univerzity v Bratislave
Dolnozemská cesta 1
852 35 Bratislava
E-mail: maria.veternikova@euba.sk

VLIV COVID-19 NA PRÁVO

THE IMPACT OF COVID-19 ON THE LEGAL REGULATION

6.

Svetlana Ficová
Marek Ivančo

svetlana.ficova@flaw.uniba.sk
marek.ivanco@flaw.uniba.sk

VPLYV COVIDU-19 NA NÁJOMNÉ VZŤAHY
THE IMPACT OF COVID-19 ON THE LEASE RELATIONSHIPS

Abstrakt: Slovenská republika prijala v súvislosti s ochorením COVID-19 viacero právnych predpisov. Dva z nich sú zamerané aj na ochranu existujúcich nájomných vzťahov. Jeden zákon zakazuje prenajímateľovi jednostranne ukončiť nájom nehnuteľnosti, bytu a nebytového priestoru z dôvodu omeškania nájomcu s platením nájomného. Druhý umožňuje poskytnúť nájomcovi nehnuteľnosti, ktorý je podnikateľom, štátnu dotáciu na úhradu nájomného. Analýza právnej úpravy ukazuje, že to, čo na prvý pohľad vyzerá zaujímavo, môže byť v reálnom živote úplne inak. Cieľom príspevku je preto identifikácia problematických aspektov súvisiacich s predmetnými právnymi predpismi, odstránením ktorých by bolo možné, podľa názoru autorov, zlepšiť súčasnú právnu situáciu dotknutých subjektov.

Abstract: The Slovak Republic has adopted several pieces of legislation in connection with COVID-19. Two of them are aimed also at protecting existing lease relationships. One of these laws prohibits the lessor to unilaterally terminate the lease of real estate, apartment and non-residential premises due to the lessee's delayed rent payment. The second law provides the lessee of the real estate, who is an entrepreneur, with an opportunity to benefit from the state subsidy to pay the rent. The analysis of the pertinent legislation demonstrates that what looks interesting at first glance may be completely different in real life. Therefore, the aim of the paper is to identify problematic aspects related to the legislation in question, elimination of which could, in the view of the authors, improve the current legal situation of the entities concerned.

Kľúčové slová: *COVID-19, nájomné vzťahy, neplatenie nájomného, ukončenie nájmu, ochrana nájomcu, štátna dotácia.*

Key words: *COVID-19, lease relationships, non-payment of rent, termination of lease, protection of lessees, state subsidy.*

Introduction

Similarly like many other countries, the Slovak Republic has been trying to stop or at least limit the further spread of COVID-19[1] through various measures. One such measure was aimed at shutting down all businesses providing public services[2]. The only exceptions were grocery stores, drugstores and pharmacies. However, there have been certain limitations imposed even on those businesses.

In that sense COVID-19 is currently frightening many people not only because of potential damage to health, but also because of other social[3] and especially economic consequences. The consequences are far-reaching and manifest themselves very quickly.[4] One of them relates to the question of how to pay rent.

The Slovak Republic strives to protect individual subjects of law. Hence, the lessees of real estate, apartments and non-residential premises have been included in the group of specially protected entities. In an effort to help them, the Slovak Republic adopted two laws. The first of them is Act No. 92/2020 Coll., which amended Act No. 62/2020 Coll. on Certain Emergency Measures in Relation to the Spread of the Dangerous Contagious Human Disease COVID-19 and in the Judiciary (hereinafter referred to as the "COVID Act"). The second is Act No. 155/2020 Coll., which amended Act No. 71/2013 Coll. on the Provision of Subsidies within the Powers of the Ministry of Economy of the Slovak Republic (Subsidies Act). Both laws bring about certain problematic aspects. Therefore, the aim of the authors is to analyse the laws in question and subsequently identify and evaluate the identified problematic aspects, the removal of which could improve the current legal situation of the entities concerned.

1. Delayed rent payment of the lessee and the lessor's inability to unilaterally terminate the lease of real estate

Act No. 92/2020 Coll., in force since 25 April 2020, deprives the lessor of the right to unilaterally terminate the lease of real estate, apartment or non-residential premise, if several conditions are cumulatively met:

a) the lessee got into arrears with the rent payment including payments for supplies usually associated with the lease (supply of water, heat, gas, electricity);

1 COVID-19 rapidly spread from a single city to the entire country in just 30 days. The sheer speed of both the geographical expansion and the sudden increase in numbers of cases surprised and quickly overwhelmed health and public health services in China, particularly in Wuhan City and Hubei Province. In: WU, Z., MCGOOGAN, J. M.: Characteristics of and Important Lessons From the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China Summary of a Report of 72 314 Cases From the Chinese Center for Disease Control and Prevention. *Journal of the American Medical Association*, Vol. 323, Issue 13, p. 1239.

2 The exact calculation of restricted businesses is available on the website of the Ministry of Economy of the Slovak Republic. Available at: https://najmy.mhsr.sk/Subory/Obdobie_na_ucely_dotácie/Obdobia%20sťaženého%20už%C3%ADvania.pdf [Accessed 15 October 2020].

3 Among others, a nationwide test was conducted, which in some cases required up to 3 hours and which indirectly required the participation of a substantial majority of the public. As for the appraisal and effectiveness of likely measures, see CASELLA, F.: Can the COVID-19 Epidemic Be Controlled on the Basis of Daily Test Reports? *IEEE Control Systems Letters*, Vol. 5, Issue 3, pp. 1079–1084.

4 There is rather a philosophical idea under which *„taking account of dignity under law can improve outcomes during the pandemic. It theorizes that, while not a cure, recognizing dignity under law can be therapeutic in these troubling times."* In: MAY, J. R., DALY, E.: Dignity Rights for a Pandemic. *Law Culture and the humanities*, Article Number: 1743872120944515.

b) the lessee's default has been caused by circumstances originating in the dissemination of COVID-19;

c) the lessee got into arrears with the rent payment that has been due since the relevant period, *i.e.* from 1 April 2020 to 30 June 2020.

At the same time, it must be noted that the lessor's inability to unilaterally terminate the lease lasts until 31 December 2020. Unilateral termination can be understood as termination or withdrawal from the contract.

Further, the lessor's right to terminate the lease for other legal reasons has not been affected. Nor is his right to terminate the lease due to lessee's delayed rent payment unless the default has been caused by COVID-19 circumstances.

We can observe four major shortcomings in the legislation.

Firstly, the lessor's right to withdraw from the contract is excluded when renting real estate, apartment and non-residential premise. Real estate refers to the property consisting of land and structures fixed to or in the ground. Following this, the purpose of the lease is of no importance and the law prevents the lessor from terminating the lease even when it comes to garage or garden rental. We assume that such an interference with the lessor's right is not justified by COVID-19. Taking into consideration the protection of the lessee, it should cover only the provision of housing for the lessee or his business activities including agricultural production, or rather public-benefit activities.

Secondly, the protection of the lessee is limited in time to a very short period of three months. If the lessee gets into arrears with the payment of rent due from July 2020, there is nothing to prevent the lessor from immediately terminating the lease even before 31 December 2020. The reason is the fact that the right to terminate the lease is excluded until 31 December 2020 only for a precisely defined legal reason, which is the lessee's delayed rent payment overdue since April to June 2020. COVID Act does not protect the lessee afterwards.

Thirdly, from the lessor's point of view, the COVID Act can be interfering with his rights. It forces the lessor to remain in the lease relationship, even though the lessee's failure causes damage to him – damage in the form of loss of profit due to failure to pay the rent and in the form of actual damage due to failure to pay for services associated with the use of real estate. If the state wanted to protect lessees many of whom got into financial trouble by the state shutdown, then the state should have dealt with it differently – *e.g.* an interest-free loan for lessees with longer maturities or some other compensation would suffice.

Finally, the COVID Act introduces retroactivity[5], which is legit and permissible only exceptionally. The pertinent act entered into force on 25 April 2020, but it deprived the lessor of his right to terminate the lease retroactively from 1 April 2020 onwards. Neither does the act offer the solution to other contexts.

Apart from this fact, it can be stated that on the one hand the lessee is not so much protected and on the other hand the state disproportionately interferes with the rights of the lessor, which shall be guaranteed by law.

5 For a detailed look at the concept of retroactivity and how this concept has changed over time, see TEJADA, J. T.: Time and Law: foundation and limits of the retroactivity of the law. *Revista de Derecho Politico*, Issue 108, pp. 41–69.

2. State subsidies for rent payment

A little later, Subsidies Act, has been adopted which has been in force since 17 June 2020. Its aim is to mitigate the negative effects of restrictions related to measures against COVID-19 on lessees by providing subsidies.

2. 1 Legal requirements for the provision of subsidies

It should first be noted that there is no legal claim to the state subsidy. But one can at least try it. However, following legal conditions must be met cumulatively:

a) the lessee is a legal entity or an individual entrepreneur. Here, the wording of the pertinent act differs from the explanatory memorandum, according to which protection should have been provided only to business entities. However, a legal person is a broader concept than an entrepreneur;
b) the lessee leases a premise within the territory of the Slovak Republic;
c) the subject of the lease consists of only a room or a part thereof or a set of rooms which, by a decision of the building authority, are intended for non-housing purposes including related service and storage premises as well as a market place;
d) the lessee sells goods or provides services to final consumers within the leased premises;
e) the lessee has been entitled the right to use the subject-matter of the lease no later than 1 February 2020;
f) the rent is paid in cash;
g) the lessee's right to use the subject-matter of the lease has been aggravated as a result of measures taken by state administration bodies in the area of public health care, founders of schools and school facilities or the Ministry of Education of the Slovak Republic.

Under the term "aggravated use of the lease" the law means either an *absolute impossibility of using* the subject-matter of the lease or a *substantial restriction of its use*. In that sense, the impossibility of using the lease relates to the shutdown of the subject-matter of the lease and to the discontinuance of teaching in schools and school facilities. Substantial restriction relates to a ban on the presence of the public in the subject-matter of the lease.

The drawback of the Subsidies Act consists in the exhaustive definition of the subject-matter of the lease, for which a subsidy can be provided. Lease and sublease of non-residential premises is regulated in a special Act No. 116/1990 Coll. on the Lease and Sublease of Non-residential Premises. Pursuant to Sec. 1 (b) of the pertinent act, this act also applies to apartments where consent has been granted for their non-residential use. Therefore, if the special Act No. 116/1990 Coll. also applies to apartments meeting this condition, then the Subsidies Act should have applied to them as well. Otherwise, this would equal to discrimination.

Even as regards this act, the legislator allowed for retroactivity[6]. The law entered into force on 17 June 2020 but it regulates relations retroactively from 1 February 2020. This

6 It should be noted, though, that „the principle „the law has no retroactive effect" is not one of the legal axioms." In that sense, the concept of retroactivity is not a priori excluded as such. In: LARINA, E. A., LAPAEV, I. S., POPOVICHEVA, M. V.: Legal Effects of Exceptions to the Rules. Revista Inclusiones, Vol. 7, Special Issue, p. 497.

was a natural phenomenon, because by adopting the law the state tried to mitigate not only the consequences that will occur in a possible second wave of the pandemic, but also those which arose and could not have been foreseen earlier.

However, a remark must be made about the part of the regulation which restricts the provision of the state subsidy only to those cases where the lessee has acquired the right to use the subject-matter of the lease no later than 1 February 2020.

Firstly, back in February 2020, no one had any idea that a declaration of a national state of emergency and consequent restrictions would follow. Therefore, there should be presumed a good faith for the contracting parties, not the possibility of speculation in obtaining a subsidy.

Secondly, section 36 of the Civil Code allows for the possibility of tying the entrance into lease to the fulfilment of a suspensive condition. The suspensive condition can consist in e.g. clearance and eviction of the subject-matter of the lease by the previous lessee or reconstruction of the premises by the lessor and so on. It follows that the lease might have been concluded before 1 February 2020, but the lease will not arise until the suspensive condition is met. And if this occurs after 1 February 2020, the lessee shall not meet one of the legal requirements for subsidy granting. This seems unfair and discriminatory.

On the other hand, the legislator „has slipped" on 12 days. Between 1 February 2020 and 12 February 2020 inclusive, the lessor and the lessee could agree on the lease change and the amount of rent as such. For granting the subsidy, only changes to the lease agreement which took place after 12 February 2020 are irrelevant.

2. 2 Applying for subsidy

Pursuant to the Subsidies Act, the subsidy shall be provided to the lessee. However, the application must be submitted by the lessor and the subsidy is also paid to the lessor.

There are no special requirements imposed on the lessor. He can be either a natural or legal person, regardless of whether or not he is an entrepreneur.

The lessee can only be an individual entrepreneur, *i.e.* not every natural person. On the other hand, it can also be any legal entity regardless of the status of an entrepreneur.

The application for a rent subsidy can only be submitted electronically via the form. It is available on the website of the Ministry of Economy of the Slovak Republic[7] (hereinafter referred to as the "Ministry") with a detailed description of how to proceed.

Although the application for a rent subsidy is submitted by the lessor on behalf of the lessee, this statutory authorisation is not sufficient for its submission. At the same time, the law requires for application form to be signed by both the lessor and the lessee and their signatures shall be authorized in accordance with Act No. 305/2013 Coll. Electronic Form of Governance Conducted by Public Authorities (e-Government Act).

A necessary precondition for the provision of the subsidy is therefore an agreement between the lessor and the lessee to provide a discount on rent. It is not decisive whether the lessee has not yet paid the rent for the period of aggravated use of the lease or has paid

7 Dotácie na nájomné (Rent Subsidies). *Website of the Ministry of Economy of the Slovak Republic*. Available at: https://najmy.mhsr.sk/ziadost.html [Accessed 24 October 2020].

only partially or has already paid it in full. The law grants the right for subsidy even in the case when the lessee has paid the rent to the lessor for the period of aggravated use of the lease fully or partially. If the latter is the case, it is possible to provide the subsidy later, but always only for a period equal to the period of aggravated use of the lease. If the lessor is not willing to provide the lessee with any discount, a rent subsidy shall not be granted.

The amount of the subsidy is directly dependent on the amount of the rent discount that the lessor provides to the lessee. In other words, the lessor waives the right to get the rent payment in the part of the provided discount. The highest discount the lessor can provide to the lessee is 50 % of the rent. In such a case, the amount of the subsidy provided will also be 50 %. It would be a generous gesture from the lessor, though, because in that case the lessee would not pay anything at all, whereas the lessor would lose 50 % of his rent claim.

However, the Subsidies Act does not reflect on what happens to the rent discount agreement concluded between the lessor and the lessee if the subsidy is not provided to the lessee or if the lessee is obliged to return the provided rent subsidy for falsifying or notwithstanding the subsidy requirements.

The amount of the rent discount and the amount of the subsidy are calculated based on the amount of the rent, which does not include the turnover component (if the rent is also determined by turnover). Payments for supplies usually associated with the lease are also not included in the rent. However, if it is not possible to separate the amount of payments for supplies usually associated with the rent from the actual amount of rent, the irrebuttable presumption applies under which the amount of payment for supplies usually associated with rent amounts to 5 % of the rent.

It is clear from legal requirements for application that the applicant does not have to define the period of aggravated use of the lease for which the subsidy shall be provided in accordance with the law. Summary of these periods with a precise definition of the type of business or operation, the beginning and end of its aggravated use is available for the first wave of the pandemic on the Ministry's website[8].

It has already been stated that the application for subsidy can only be submitted electronically via the form. The application must contain all the prescribed particulars. If it does not contain them, the Ministry is not obliged, nor is it authorized, to request the applicant to supplement them (Sec. 11 par. 1 in conjunction with Sec. 13c par. 13 of the Subsidies Act). In such a case, the Ministry should reject the application for subsidy. The open question remains whether the applicant can complete the missing prescribed particulars himself before the Ministry rejects his application or whether he can submit a new application since the rejection of the application for formal reasons is not a decision on the merits and therefore does not constitute a *res iudicata* impediment.

2. 3 Payment of rent by the lessee

Irrespective of whether the lessee has been provided with a subsidy or not, he is obliged to pay the rent to the lessor even for the period of aggravated use of the lease. This is either

8 Sťažené obdobie, za ktoré je možné získať dotáciu na nájomné (Period of aggravated use of the lease, for which the rent subsidy is being provided). *Website of the Ministry of Economy of the Slovak Republic*. Available at: https://najmy.mhsr.sk/Subory/Obdobie_na_ucely_dotácie/Obdobia%20sťaženého%20už%C3%ADvania.pdf [Accessed 24 October 2020].

the full rent, if no discount or subsidy has been granted to him, or he has to pay the rent partially, which amounts to the difference between the amount of rent on the one hand and the sum of the discount and subsidy provided on the other. Regardless of the amount of the lessee's debt, the same rules apply to the maturity of his debt.

Firstly, the debt can be paid to the lessor for a maximum of 48 months.

Secondly, the monthly payments must be the same, or more precisely, they cannot amount to less than 1/48 of the lessee's debt. Of course, due to the possibility of early repayment of the debt, the instalments may be higher.

Thirdly, the due date of each instalment has been set by law on the 15th day of the calendar month.

Fourthly, the due date of the first instalment has been set on the 15th day of the calendar month following the calendar month in which the state of emergency declared in relation to Covid-19 ends. The state of emergency declared by the Government Resolution No. 111 of 11 March 2020 for the entire territory of the Slovak Republic, starting on 12 March 2020 from 6.00 am, persists without interruption, therefore the first instalment has not yet matured.

Statutory maturity conditions are only possible and relevant if the lessor and the lessee do not agree on other maturity conditions.

The legal regulation, which disallows the lessor (or his legal successor) to unilaterally increase the rent during the entire period of payment, appears to be superfluous. The only exception is when the lessor and the lessee agreed before 1 February 2020 on the right of the lessor to unilaterally increase the rent. Act No. 116/1990 Coll. on the Lease and Sublease of Non-residential premises regulates in Sec. 7 two possibilities of determining the amount of rent. It is either stipulated by law or determined by the lessor and the lessee in their agreement. The exclusion of the lessor's right, which actually does not belong to him, is therefore superfluous. On the other hand, the law cannot prohibit the lessor and the lessee from concluding an agreement after 1 February 2020 or even during the payment of rent within a protective 48-month period, by which the lessee confers the right to unilaterally increase the rent on the lessor.

All interpretations of the lease shall apply mutatis mutandis to the sublease as well.

The question remains whether, and if so, to what extent, the above interpretations of the Subsidies Act shall apply to a timeshare contract or to non-residential premises in a shared economy regime[9].

Conclusion

The Slovak Republic has sought to offset the consequences of its restrictive measures aimed at reducing the risk of the spread of COVID-19 by further measures. These eventually affected lease relationships as well. One law provided the lessee with temporary protection against unilateral termination of the lease by the lessor for non-payment of rent. The second law provided the lessee with the opportunity to obtain a rent subsidy.

9 For more details about a shared economy concept see ŠVARC, Z.: Vlastnické právo k bytu a sdílená ekonomika. In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, 2017, p. 244 et seq.

It can be noted that the legal analysis of both laws revealed several shortcomings.

1. By depriving the lessor of the right to unilaterally terminate the lease, the legislator (within the law) caused an imbalance in the private-law relationship to the detriment of the lessor, for whom it seems like no legal protection was intended.
2. The protection of the lessee relevant only for the period from 1 April 2020 to 30 June 2020 can only partially help him since economic problems persist. Therefore, in a difficult situation, the lessee will not be saved by the law, but only by helpfulness and patience of the lessor willing to extend the rent due date.
3. The subsidy may be provided only for the period of aggravated use of the lease. The length of this period for individual businesses and operations has been precisely determined by a measure of the Public Health Authority of the Slovak Republic. The shortest has been set to 14 days, so the subsidy for such a short period is not even able to compensate for losses during the constraints, which are still not over.
4. The provision of the subsidy is tied to the willingness of the lessor to provide the lessee with a discount on rent, i.e. the lessor must give up a part of the rent. It is not possible to provide a subsidy without this discount.
5. There is no legal claim to the subsidy.
6. The law is too rigorous as regards application submission because it does not authorize the Ministry to request the applicant to supplement the prescribed particulars of the application, which already predetermines the applicant to fail. It is also not clear whether the applicant may, on his own initiative, supplement the application or submit a new application.
7. The legal provisions regarding legal requirements for the subsidy and its fulfilment appear confusing. The law uses the term applicant, which can only be the lessor, but the subsidy is provided to the lessee.

Following the analysis of the pertinent legislation and the aforementioned conclusions, we can state that the new legislation has a greater number of either formal or material shortcomings, elimination of which could contribute to the better exercise of rights and efficiency of legal framework in the Slovak Republic.

The legislation raises many questions without clear answers. One only must hope that it will eventually help both the lessee and the lessor.

✪ ✪ ✪

LITERATURE

[1] CASELLA, F.: Can the COVID-19 Epidemic Be Controlled on the Basis of Daily Test Reports? *IEEE Control Systems Letters*, Vol. 5, Issue 3, pp. 1079–1084. ISSN: 2475-1456.

[2] LARINA, E. A., LAPAEV, I. S., POPOVICHEVA, M. V.: Legal Effects of Exceptions to the Rules. Revista Inclusiones, Vol. 7, Special Issue, pp. 490–497. ISSN 0719-4706.

[3] MAY, J. R., DALY, E.: Dignity Rights for a Pandemic. *Law Culture and the humanities*, Article Number: 1743872120944515. ISSN 1743-8721.

[4] ŠVARC, Z.: Vlastnické právo k bytu a sdílená ekonomika. In: *Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference*. Praha: TROAS, 2017, 308 p. ISBN: 978-80-88055-03-7.

[5] TEJADA, J. T.: Time and Law: foundation and limits of the retroactivity of the law. *Revista de Derecho Politico*, Issue 108, pp. 41–69. ISSN: 2174-5625.

[6] WU, Z., MCGOOGAN, J. M.: Characteristics of and Important Lessons From the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China Summary of a Report of 72 314 Cases From the Chinese Center for Disease Control and Prevention. *Journal of the American Medical Association*, Vol. 323, Issue 13, pp. 1239–1242. ISSN: 0098-7484.

Kontaktní adresa autorů:
prof. JUDr. Svetlana Ficová, CSc.
Comenius University in Bratislava, Faculty of Law
Šafárikovo nám. 6 (P.O.BOX 313)
810 00 Bratislava
E-mail: svetlana.ficova@flaw.uniba.sk

Mgr. Marek Ivančo, Ph.D.
Comenius University in Bratislava, Faculty of Law
Šafárikovo nám. 6 (P.O.BOX 313)
810 00 Bratislava
E-mail: marek.ivanco@flaw.uniba.sk

Ondřej Dlouhý
Lukáš Grodl

Ondrej.dlouhy@dflegal.cz
Lukas.grodl@law.muni.cz

DOPADY COVID-19 NA MEZINÁRODNÍ PŘÍSLUŠNOST INSOLVENČNÍHO ŘÍZENÍ – OHROŽENÍ LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ?

COVID-19 INFLUENCES ON INSOLVENCY PROCEEDING OPENINGS – THREAT TO LEGITIMATE EXPECTATION OF INTERNATIONAL JURISDICTION?

Abstrakt: Zatímco problematika Střediska hlavních zájmů dlužníka („COMI“) v mezinárodním insolvenčním řízení je stále velmi diskutována, její dřívější nejednoznačnost byla důkladně řešena judikaturou soudů členských států nebo Soudního dvora Evropské unie. Systematická harmonizace zahájení úpadkového řízení, v souladu s preferenčním statusem nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848 ze dne 20. května 2015 o insolvenčním řízení („Insolvenční nařízení“), byla s výskytem pandemie COVID-19 narušena. Tento bezprecedentní stav mimo jiné přinesl nepředvídané změny standardních insolvenčních řízení v podobě plošných moratorií. Přestože Insolvenční nařízení platí se stejným účinkem ve všech členských státech EU, opatření přijatá v souvislosti s pandemickým stavem platí pouze teritoriálně, což narušuje harmonizaci. Zejména je možné očekávat snahu o změnu COMI ze strany věřitelů za účelem obcházení ochranných opatření přijatých v zemi, kde má dlužník své sídlo.

Abstract: While the issue of Centre of Main Interest ("COMI") in international insolvency proceedings remains heavily discusses, its former ambiguity has been thoroughly dealt with by case law of either Member State courts or Court of Justice of the European Union. Systematic harmonisation of opening of insolvency proceedings, in line with preferential status of Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings ("Insolvency Regulation"), has been devoured by recent occurrence of pandemic COVID-19. Such unprecedented state of emergency has, among other, brought unforeseen alterations to standard insolvency proceedings in form of society-wide moratoriums. Albeit Insolvency Regulation applies in all EU Member States with the same effect, measures taken in connection with pandemic state apply territorially in each Member State, thus hampering the harmonisation. Particularly, COMI finding might be under attack as well as arguable pursuits to evade protective measures in debtor's seated country.

Klíčová slova: *COVID-19, COMI, přeshraniční insolvence, Insolvenční nařízení, forum shopping, ochranná opatření.*

Key words: *COVID-19, COMI, cross-border insolvency, Insolvency Regulation, forum shopping, protective measures.*

Introduction

The European Single Market and its guarantee of the free movement of goods, capital, services and labour1, as inherent as it may be, produces legal and factual issues. One of such is the question of the proper forum to commencement of insolvency proceedings with a cross-border element. While the European Union ("EU") law lacks uniform substantive insolvency law, harmonisation of insolvency proceedings is regulated through Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings ("Insolvency Regulation Recast")2, which revises the concept of centre of main interest ("COMI") as established by Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings ("Insolvency Regulation"). Although commonly accepted, the recent occurrence of pandemic COVID-19[3] might be an intrusive element devouring generally established principles of cross-border insolvency.

Throughout main chapters (i) evolution of the COMI throughout CJEU case-law and EU Regulations, (ii) forum shopping in cross-border insolvency proceedings, and (iii) national legislature regulating pandemic states, this article shall present potential occurrence of altered abusive forum shopping exerted by creditors with its modified effect on third parties' rights.

The article considers that current pandemic state breaches common practice of forum shopping in cross-border insolvency proceeding openings, Member States' legislative actions undermine harmonisation in EU cross-border insolvency law, EU does not retain its position in the regulation of such undesirable notions, and Member States courts relinquish rigorous territorial effect of the national legislature in accepting decisions without binding effect in their territory when deciding on the opening of insolvency proceedings.

1. COMI evolution in the CJEU case-law and EU regulations

Freedoms vested by the EU may lead to an unrestricted transfer of debtor's interest within the EU to benefit from differences between Member State's substantive law. For the proper functioning of the internal market, a mechanism to "*avoid incentives for the parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another*"[4] is a necessity, which may only be reached on EU level.[5] In line with such, the Insolvency Regulation established an autonomous concept of COMI[6] being the "*the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third*

1 Art. 26 Treaty on the Functioning of the European Union.

2 Scope of application includes the UK and Ireland (Protocol No. 21), yet excludes Denmark (Protocol No. 22).

3 For discussion on impacts of COVID-19 see Conference on European Restructuring and Insolvency Law. CERIL EXECUTIVE STATEMENT 2020-1 on COVID-19 and insolvency legislation. 2020 ("CERIL statement").

4 Insolvency Regulation, Recital 4.

5 *Ibid.* Recital 5, 8.

6 *Ibid.* Recital 12, 13.

parties"[7], which serves as a determinant and administers the proper (international) jurisdiction[8].

Art. 3 (1) of the Insolvency Regulation has brought many legal obstacles, which have been revised by the Insolvency Regulation recast in line with the case-law of the Court of Justice of the EU ("CJEU").

In 2012, the European Commission ("EC") issued a Report on the application of Insolvency Regulation which stated that "*51 % of respondents considered that the interpretation of the term COMI caused practical problems*".[9] The main issue has been recognised in abusive relocation of COMI before filing of the application for opening main proceedings.[10]

In *Eurofood*[11], the CJEU ascertained the autonomous imperative of COMI concept[12]. Furthermore, CJEU presented that presumption of COMI being linked to the registered office may be "*rebutted only if factors which are both objective and ascertainable by third parties enable it to be established that an actual situation exists which is different from that which locating it at that registered office is deemed to reflec*t"[13]. Consequently, in *Interedil*[14], the CJEU ruled that, from the viewpoint of third parties[15], should the undertaking's central administration be located outside its registered seat, presumption defined in Art. 3 (1), second sentence, may be rebutted. Factors for rebuttal then include[16] "*all the places in which the debtor company pursues economic activities and all those in which it holds assets, in so far as those places are ascertainable by third parties*"[17]. Such factors then must be assessed by Member State court in in "*evaluatory overall assessment of the individual case*"[18], thus requiring "*comprehensive assessment of all the relevant factors makes it possible to establish, in a manner that is ascertainable by third parties, that the company's actual centre of management and supervision and of the management of its interests is located in that other Member State*"[19].

---

7 *Ibid.* Recital 13. The definition itself has been described as *"not overly helpful, and there has been much controversy over its precise scope"* see RINGE, W. Insolvency Forum Shopping, Revisited. *Hamburg Law Review*, 2017, p. 38.

8 Insolvency Regulation, Art. 3 (1).

9 REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings. COM(2012) 743 final, 2012, p. 9.

10 *Ibid.*

11 Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 2 May 2006, Case C-341/04.

12 Ibid., para. 31. For further analysis of foregoing opinion of Advocate General Jacobs, see MANGANO, R.: The Puzzle of the New European COMI Rules: Rethinking COMI in the Age of Multinational, Digital and Glocal Enterprises. *European Business Organization Law Review*, 2019, Vol. 20, No. 4, p. 782-784.

13 Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 2 May 2006, Case C-341/04, para. 34.

14 Judgment of the Court (First Chamber) of 20 October 2011, Case C-396/09.

15 Ascertainability by third parties is the clear policy. See VIRGOS, M; SCHMIT, E.: *Report on the Convention on Insolvency Proceedings.* 1996, para. 75. This report was adopted as an explanatory test to Insolvency Regulation. See MANGANO, R.: The Puzzle of the New European COMI Rules: Rethinking COMI in the Age of Multinational, Digital and Glocal Enterprises, p. 784.

16 Non-exhaustively.

17 Interedil, para. 52.

18 Opinion of Advocate General Kokott delivered on 10 March 2011, Case C-396/09.

19 Interedil, para. 53.

Decisive moment of localisation of international jurisdiction, as presented in *Staubitz-Schreiber*[20], has been entailed to the COMI as of the time of lodgement of application to open insolvency proceedings. Any further changes to COMI do not violate the already taken jurisdiction.[21]

Concerning joint insolvency proceedings, a Member State court (following its national law) may join proceedings of a different company to existing insolvency proceedings following that it is established that such company's COMI is also in the state of main proceedings.[22]

Following the Proposal[23], a need to recast was based on *inter alia* lack of rules dealing with the insolvency of multinational enterprise groups[24], abusive relocation of COMI and problems in COMI interpretation, and difficulties in the application of COMI concept in practice.[25] The conclusions from *Eurofood* and *Interedil* have been codified[26] in Insolvency Regulation Recast[27], unaltering the CJEU's wording[28]. Moreover, an *ex-offo* examination of jurisdiction[29] and suspension period of 3 months for COMI shifting[30], as an objective to discourage forum shopping[31] based on the temporal proximity of the transfer equalling to *mala fides*, has been added in the recast.

Arguably, the suspension period may hinder the pro-creditor[32] "*beneficial variants of forum shopping*"[33] as well may infringe the after-shift creditors' legitimate expectation[34].

Subsequently, to recast, CJEU added a commercial reputation factor to the assessment "*the centre of interests [...] must reflect the place where its commercial reputation is most firmly established and must, therefore, be determined by reference to the place where it carries out the main part of its economic activities*"[35].

---

20 Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 17 January 2006, Case C-1/04.

21 Ibid., para. 24–29.

22 Judgment of the Court (First Chamber) of 15 December 2011, Case C-191/10, para. 29.

23 Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, COM/2012/0744 final - 2012/0360 (COD).

24 The new understanding of multi-national enterprises materializes in Recital 53 *"several companies belonging to the same group"* as well as chapter V of Insolvency Regulation Recast.

25 Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, COM/2012/0744 final - 2012/0360 (COD), p.2-3.

26 Insolvency Regulation Recast, Recital 24.

27 *Ibid.*, para. 30.

28 Proposal, sec. 3.1.2.

29 Art. 4 Insolvency Regulation Recast. See BĚLOHLÁVEK, A. J.: Investigativní přístup ke zkoumání vlastní příslušnosti soudu jako předpoklad prosazení zásady důvěry v justici jiného členského státu EU: aktivní zkoumání mezinárodní příslušnosti soudem v insolvenčních věcech podle článku 4 nařízení č. 2015/848. *Obchodněprávní revue*, 2018, No. 3.; Judgment of the Court (First Chamber) of 21 January 2010, Case C-444/07, para. 29.

30 Insolvency Regulation Recast, Art 2 (13); Recital 31.

31 For opinion on benefits of forum shopping see MCCORMACK, G.: JURISDICTIONAL COMPETITION AND FORUM SHOPPING IN INSOLVENCY PROCEEDINGS. *The Cambridge Law Journal*, 2009, Vol. 68, No. 1, p. 181-182.

32 WEIJS, R. J., BREEMAN, M. S.: Comi-migration: use or abuse of European insolvency law? *European Company and Financial Law Review*, 2015, Vol. 11, No. 4, p. 505.

33 RINGE, W.: Insolvency Forum Shopping, p. 43.

34 GARCIMARTIN, F.: The EU Insolvency Regulation Recast: Scope and Rules on Jurisdiction. [online March 24, 2016]. SSRN, p. 6. Available at: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2752412. [cit. 12. 10. 2020].

35 Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 17 October 2017, Case C-194/16, para. 41.

3. Forum shopping in cross-border insolvency proceedings

The nature of harmonising effect of Insolvency Regulation Recast causes the debtor's temptation to *"misuse differences in the national legislation in order to achieve the most favourable legal position"*[36]. While the "forum shopping"[37] is usually attributed to the plaintiff, in insolvency proceedings, the tendency to ascertain favourable forum is predominantly carried by the debtor.[38] Although possible, the Insolvency Regulation provides boundaries of legitimate and lawful[39] conduct to prohibit abusive shifting of COMI[40].

Forum shopping occurs primarily in two forms. Either the registered office is transferred[41], or mere head office is moved outside the Member State of registered office[42], thus rebutting the presumption of Art. 3 (1) Insolvency Regulation Recast.[43]

Although the Insolvency Regulation Recast is blemished in the arbitrary presumption of abusive change of COMI, disregarding creditors conceivable consent to the change, this article aims to examine solely the abusive behaviour in times of pandemic state.

4. Lex Covids – national measures of protection

The current view on forum shopping pursuant the above might become obsolete in light of recent events — COVID-19 pandemic. Regardless of the EU tendencies to battle the emergency state, and the existence of the integrated market, EU Member States have adopted special legislations to territorially protect its economies from even further negative impact[44]. As regards insolvency, *lex covids* have been enacted, offering *inter alia* special ad-hoc protection of debtors before the commencement of insolvency proceedings. The considerable variation of protection provided by *lex covids* amidst Member States[45] (*Figure 1*) remains problematic.

---

36 GANDŽALOVÁ, L.; PACALAJOVÁ, N.: Centre of Main Interest (otherwise known as COMI) with Regard to the Existing Case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). *Universal, Regional, National – Ways of the Development of Private International Law in 21st Century*, 2019, p. 200.

37 For further information see BELL, A. S.: Forum shopping and venue in transnational litigation. Oxford: Oxford University Press, 2003.

38 This is distinctly apparent from wording of Recital 32 of Insolvency Regulation Recast, which requires the debtor to prove its justness in forum selection and only if the lex concursus allows, the right should be also vested onto creditors.

39 The CJEU accepts the wilful change of COMI to be a "*legitimate exercise of the freedom of establishment*" if exercised in line with the *ratio materie* of the Insolvency Regulation, Insolvency Regulation Recast respectively. See REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, p. 10. ("Report").; Judgment of the Court of 9 March 1999, Case C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

40 Also called *"bankruptcy tourism"*. RINGE, W.: Insolvency Forum Shopping, p. 43.

41 Either by physical change or seat transfer in line with art. 8 of Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE).

42 E.g. [2009] EWHC 3199 (Ch), [2010] BCC 295, para. 6.; [2012] BCC 46, [2011] BPIR 408, [2010] EWHC 3472 (Ch), para. 44.

43 Both naturally implicating change in jurisdiction and lex concursus (Insolvency Regulation Recast, Art. 7).

44 This has been also urged by Conference on European Restructuring and Insolvency Law on national and EU level. See CERIL statement. For complex assessment of emergency legislations in the EU see ARIAS, F. J; MADAUS, S.: Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law. *European Company and Financial Law Review*, 2020, Vol. 17, No. 3–4, p. 318–352.

45 Further summary can be found at European Commission. COMPARATIVE TABLE OF INSOLVENCY RELATED MEASURES ADOPTED OR PLANNED FOR ADOPTION IN MEMBER STATES AS COMMUNICATED UNTIL 16 APRIL 2020.

Member state	Suspension of obligation to File for Bankruptcy	Automatic suspensions of Creditor's insolvency petition	Special moratorium on Debtors demand
Poland[46]	YES[47]	NO	NO
Czech Republic[48]	YES[49]	YES Creditor's cannot file insolence petition until August 31, 2020. Prolongation can be expected	YES
Slovak Republic[50]	NO[51]	YES All pending insolvency proceedings initiated by creditors are to be suspended during the protection period (December 31, 2020).	YES[52]

The EU has adopted more than 500 instruments[53] in relation to COVID-19, none of which would deal with insolvency. The non-coordination[54] in this aspect causes each member State to act separately and choose different strategy to protects its economic subjects. This lack of coordination may cause a severe threat to the harmonisation of international insolvency proceedings.

Questionably, since the Member States are in liberty to regulate domestic insolvency law within the Insolvency Regulation Recast framework, two factors arise in stipulating

46 Act of April 16, 2020 on Specific Support Instruments in Connection with the Spread of the SARS-CoV-2 Virus

47 During the term of pandemic emergency or pandemic (as declared in compliance with applicable legislation) announced due to the COVID-19 pandemic, the term for insolvency filing shall be suspended and the term already running will be halted.

48 Act No. 191/2020 Coll., on certain measures to mitigate the effects of the SARS CoV-2 coronavirus pandemic on persons in court proceedings, victims, victims of crime and legal persons and on amendments to the Insolvency Act and the Code of Civil Procedure.

49 Suspension applies until 6 months after the COVID-19 special measures are terminated, with a final deadline of December 31, 2020. Suspension will not apply to insolvency that occurred before the COVID-19 special measures were adopted or to insolvency that was caused by reasons other than the COVID-19.

50 Act No. 62/2020 Coll. on certain emergency measures in connection with the spread of the dangerous contagious human disease COVID-19 and in justice.

51 Only extension of term to file for company's bankruptcy from 30 to 60 days (if over-indebtedness occurred between March 12 and April 30, 2020).

52 If the company was not insolvent as of 12 March 2020.

53 Full list can be found at EUR-Lex. Available at: https://eur-lex.europa.eu/search.html?orDNGroup=CM%3DCOVID19&qid=1455633998284&CASE_LAW_SUMMARY=false&DTS_DOM=ALL&typeOfActStatus=OTHER&type=advanced&lang=en&SUBDOM_INIT=ALL_ALL&DTS_SUBDOM=ALL_ALL [cit. 17. 10. 2020].

54 The only coordination regarding COVID-19 measure in insolvency is the mere proclamation of non-intention to restrict national aid law(s). See European Commission. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN CENTRAL BANK, THE EUROPEAN INVESTMENT BANK AND THE EUROGROUP. Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak. 2020.

the occurrence of various regulations regarding the pandemic state. Firstly, Member States more affected by the COVID-19 preferably choose more drastic measures towards creditors than other states. Secondly, requirements imposed by national law as well as personal liability impose prudent burden on executives of enterprises.[55] As if the legislators have forgotten that national measures impact the cross-border insolvency proceedings?

This behaviour might shift the search for the most favourable venue from the debtors to creditors. Since the establixshments could not foresee the pandemic, they would not be in a position to transfer their COMI to other Member State, not to mention they neither could anticipate the emergency provisions enacted with such pandemic state. This may lead to creditors trying to prove COMI in different state but the state of registered seat, to open insolvency proceedings in place which does not offer such significant protection to the debtor.

Nowadays, new phenomena of *creditors' forum shopping* may already be seen in the EU, which in authors opinion should be avoided as much as the previously occurred debtor's forum shopping as it undermines legal certainty and infringes on calculated legal risks which are assumed, either by the creditor or debtor itself.[56]. While forum shopping in civil litigation has *inter partes* effect, *creditors forum shopping* amounts to an involuntary rebuttal of existing COMI, which has modified effect on third parties. Not only such choosing of forum might infringe on other creditors legitimate expectation[57], but it may also create further conflicts among them, e.g. priority rules of the respective insolvency systems. Such conflicts then must be resolved either in secondary proceedings or in the form of application of foreign substantive law[58]. Subsequently, such practice would contravene interpretative meaning of Recital 28 of Insolvency Regulation Recast, which albeit relying on prevalent *debtor's forum shopping*, requires the COMI shift being indicated to fellow creditors. Such cannot be attained shall the COMI be shifted in time of court assessment per Art. 4 Insolvency Regulation Recast.

The first indication of such tendencies might be observed in *Arca Investment*[59] case. The debtor in the presented case is an establishment with registered seat in the Slovak Republic, part of international financial and real estate group. In the Member State of its registered seat, the debtor has successfully obtained *lex covid* moratorium pursuant *Slovak lex covid*[60], suspending any ongoing insolvency proceedings or newly lodged application.

Since such *lex covids* have territorial scope of application in respective Member State, the moratorium granted is restricted solely to Slovak insolvency proceedings. A creditor has pursued to lodge insolvency application pursuant Insolvency Regulation Recast in the

55 E.g. existence of duty to file for insolvency and presence of balance sheet test in combination with a viability forecast in Austria, Belgium, Czech Republic, France, Germany, Greece, Italy, Latvia, Poland and Spain in several variants. See MADAUS, S; WESSELS, B.: Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law. Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law, 2017.

56 Report, para. 75.

57 Until the unilateral pursuit to change the COMI by one of creditors, others might have relied on specific information regarding their claims and their position in future insolvency proceedings as per lex concursus.

58 MEVORACH, I.: Forum Shopping in Times of Crisis: A Directors' Duties Perspective. European Company and Financial Law Review, 2013, Vol. 10, No. 4, p. 546-547.; See also [2005] EWHC 1754 (Ch).

59 Municipal Court in Prague, Case no. MSPH 98 INS 19600/2020.

60 Act No. 62/2020 Coll. on certain emergency measures in connection with the spread of the dangerous contagious human disease COVID-19 and in justice.

Czech Republic, arguing the COMI being in the Czech Republic, rather than in the Slovak Republic.[61] Although rejected by the Czech first instance court, which did not find the debtor's COMI to be situated in the Czech Republic[62], thus not rebutting the presumption of the registered seat, clear intention to evade the ad-hoc moratorium could be identified.[63]

Interestingly, a tendency to give effect to a non-binding instrument may be observed as well. Despite the *lex covid* moratorium being solely of national character, prohibiting insolvency proceedings in a Member State which declared such impossibility, Czech first instance court expressed *obiter dictum* the view of EU-wide protectionism of the ad-hoc national legislature. The court *inter alia* ruled that "*although the protection provided to the debtor by a Slovak court under Slovak legislation regulating [...] the situation caused by the Covid-19 pandemic does not have cross-border consequences (even within the EU), it would be contrary to the purpose of similar regulations to disregard this regulation. This is despite the fact that it would be theoretically otherwise possible to conduct insolvency proceedings in another Member State pursuant the EU law, from which the company is protected by its state of registered seat*"[64]. This opinion has been raised even though any constitution of *lex covid* moratorium does not correlate to judgment in the autonomous sense of Insolvency Regulation Recast for it does not relate to the opening of insolvency proceeding neither appointment of a liquidator[65]. In the opinion of authors, such notion could serve as an applicable effective remedy pursuant Recital 34 and Art. 5 of Insolvency regulation Recast. Admitting that *lex covid* moratoriums do not institute binding judgment, the Member State courts should incline to maintain recognition of such since it promotes legal certainty of creditors over impulsive modified forum shopping.

While one case does not constitute generally observed tendency, it opens a new topic of the cross-border effect of national legislation to another Member State's bankruptcy opening proceeding. Such could be viewed as either an act of violation of national sovereignty or as an act of acceptance of the specific nature of EU regulation and respecting the meaning of "*emergency measures to maintain economic stability and preventing forum shopping*" (admittedly questionable whether such does not contravene the COMI principle itself). At present, it is not possible to assess the exact nature of possible approaches the Member States could take for the issue at hand. However, it might already be possible to evaluate that potentially, some "*radiation*" of national rules to the other Member States through Insolvency Regulation Recast.

61 Municipal Court in Prague, File no. MSPH 98 INS 19600/2020-A-1, para. 1–21.

62 Ruling of the Municipal Court in Prague of 22 September 2020, File no. MSPH 98 INS 19600/2020-A-9.

63 Needless to say, the first instance ruling is awaiting a decision in appellate proceedings.

64 Ruling of the Municipal Court in Prague of 22 September 2020, File no. MSPH 98 INS 19600/2020-A-9, para. 8.

65 Insolvency Regulation Recast, Art. 2 (7).

LITERATURE

[1] [2009] EWHC 3199 (Ch), [2010] BCC 295.

[2] [2012] BCC 46, [2011] BPIR 408, [2010] EWHC 3472 (Ch).

[3] ARIAS, F. J; MADAUS, S.: Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law. *European Company and Financial Law Review*, 2020, Vol. 17, No. 3–4.

[4] BELL, A.: S. *Forum shopping and venue in transnational litigation*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

[5] BĚLOHLÁVEK, A. J.: Investigativní přístup ke zkoumání vlastní příslušnosti soudu jako předpoklad prosazení zásady důvěry v justici jiného členského státu EU: aktivní zkoumání mezinárodní příslušnosti soudem v insolvenčních věcech podle článku 4 nařízení č. 2015/848. *Obchodněprávní revue*, 2018, No. 3.

[6] Conference on European Restructuring and Insolvency Law. CERIL EXECUTIVE STATEMENT 2020-1 on COVID-19 and insolvency legislation. 2020.

[7] European Commission. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN CENTRAL BANK, THE EUROPEAN INVESTMENT BANK AND THE EUROGROUP. Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak. 2020.

[8] European Commission. COMPARATIVE TABLE OF INSOLVENCY RELATED MEASURES ADOPTED OR PLANNED FOR ADOPTION IN MEMBER STATES AS COMMUNICATED UNTIL 16 APRIL 2020.

[9] GANDŽALOVÁ, L.; PACALAJOVÁ, N.: Centre of Main Interest (otherwise known as COMI) with Regard to the Existing Case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). *Universal, Regional, National – Ways of the Development of Private International Law in 21st Century*, 2019.

[10] GARCIMARTIN, F.: The EU Insolvency Regulation Recast: Scope and Rules on Jurisdiction. *SSRN*. Available at: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2752412.

[11] Judgment of the Court (First Chamber) of 15 December 2011, Case C-191/10.

[12] Judgment of the Court (First Chamber) of 20 October 2011, Case C-396/09.

[13] Judgment of the Court (First Chamber) of 21 January 2010, Case C-444/07, para. 29.

[14] Judgment of the Court of 9 March 1999, Case C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

[15] Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 17 January 2006, Case C-1/04.

[16] Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 17 October 2017, Case C-194/16, para. 41.

[17] Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 2 May 2006, Case C-341/04.

[18] MADAUS, S; WESSELS, B.: Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law. *Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law*, 2017.

[19] MANGANO, R.: The Puzzle of the New European COMI Rules: Rethinking COMI in the Age of Multinational, Digital and Glocal Enterprises. *European Business Organization Law Review,* 2019, Vol. 20, No. 4.

[20] MCCORMACK, G. JURISDICTIONAL COMPETITION AND FORUM SHOPPING IN INSOLVENCY PROCEEDINGS.: *The Cambridge Law Journal*, 2009, Vol. 68, No. 1.

[21] MEVORACH, I.: Forum Shopping in Times of Crisis: A Directors' Duties Perspective. *European Company and Financial Law Review*, 2013, Vol. 10, No. 4.

[22] Opinion of Advocate General Kokott delivered on 10 March 2011, Case C-396/09.

[23] Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, COM/2012/0744 final – 2012/0360 (COD).

[24] REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings. COM(2012) 743 final, 2012.

[25] REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings.

[26] RINGE, W.: Insolvency Forum Shopping, Revisited. *Hamburg Law Review*, 2017.

[27] Ruling of the Municipal Court in Prague of 22 September 2020, File no. MSPH 98 INS 19600/2020-A-9.

[28] VIRGOS, M; SCHMIT, E.: *Report on the Convention on Insolvency Proceedings.* 1996.

[29] WEIJS, R. J., BREEMAN, M. S.: Comi-migration: use or abuse of European insolvency law? *European Company and Financial Law Review*, 2015, Vol. 11, No. 4.

Kontaktní adresa autorů:
Mgr. Ing. Ondřej Dlouhý
Advokát, insolvenční správce
E-mail: Ondrej.dlouhy@dflegal.cz

Mgr. Lukáš Grodl
Katedra mezinárodního a evropského práva
Právnická fakulta Masarykovy univerzita
Veveří 70
602 00 Brno
E-mail: Lukas.grodl@law.muni.cz

Tomáš Moravec tomas.moravec@vse.cz

INSOLVEČNÍ PRÁVO V DOBĚ PANDEMIE

INSOLVENCY LAW IN TIMES OF PANDEMIC

Abstrakt: Příspěvek pojednává o dočasných změnách insolvenčního práva v době pandemie COVID-19 a zaměřuje se na různé přístupy k úpravám insolvenčního práva v jednotlivých zemích z důvodu pandemie COVID 19, které systematizuje do společných kategorií k 31. 10. 2020. Primárně je článek zaměřen na zkoumání a systematizaci zavedených institutů zmírňujících dopady pandemie v České republice a sousedních zemích, ale pro inspiraci přibližuje i dočasné změny právní úpravy z důvodu pandemie v dalších zemích.

Abstract: The article examines changes of insolvency law in times of COVID-19 pandemic and focuses on different approaches to amendments of insolvency law in each state and their systematic until 31st October 2020. Especially, the article deals with introduced instruments systematically in the Czech Republic and its neighbours, moreover, for legislative inspiration, the article researches also changes of insolvency law and the amendments reacted on the pandemic in other states.

Klíčová slova: *insolvenční právo, pandemie, finanční obtíže.*

Key words: *insolvency law, pandemic, financial distress.*

Úvod

Rozšiřující se epidemie koronaviru a reakce států v podobě různých stupňů uzavírání ekonomik vedla i k dočasným legislativním změnám na pomezí insolvenčního práva z důvodu pandemie COVID-19. Právní řády musely reagovat na pokles ekonomické aktivity v důsledku uzavírání vzdělávacích institucí, uzavírání odvětví stravovacích služeb, cestovního ruchu, zábavního průmyslu či maloobchodního prodeje. Nadto podnikatele trápila či trápí nejistota ohledně doby, po kterou budou mít pokles příjmů, a kdy dojde k obnovení jejich ekonomické činnosti na předpandemickou úroveň. Tato omezení ekonomického života mohou vést i k likvidaci ekonomicky životaschopných podnikatelů v běžných časech či s dobrými obchodními modely závislými na toku cash-flow, když tyto obtíže nejsou schopni překlenout bez pomoci, v důsledku mimořádných omezení způsobených pandemií COVID-19. Na druhou stranu je nutno legislativní úpravy připravit tak, že nebudou zachraňovat i podnikatele, kteří by i v běžném ekonomickém životě čelili podnikatelskému neúspěchu. Je nutno zmínit, že zákonodárce vidí taktéž riziko v přelévání se problému do dalších odvětví v rámci dodavatelsko-odběratelských vztahů. V rámci

ekonomického oživení byly přijímány balíčky právních úprav, hospodářské pomoci a další podpůrná opatření. V rámci insolvenčního práva lze rozdělit tyto dočasné změny do několika kategorií, a to (i) zrušení zákonných povinností dlužníkovi, (ii) omezení práv věřitelů, (iii) zavedení mimořádných moratorií a (iv) zvláštní opatření podporující dlužníka. Cílem příspěvku je systematizovat jednotlivá opatření do výše uvedených kategorií za využití metody abstrakce, indukce a komparace.

V rámci dostupných zdrojů a literatury k tématu lze uvést zkoumání vládních opatřeních v době pandemie od Martineze.[1] V době krize zkoumali a připomněli právní opatření přijaté za 2. světové války Tribes and Baister.[2] Odolnost korporátního práva v pandemii zkoumá Enriques.[3] Vlivem pandemie na péči řádného hospodáře se zabývá Klouda a Andreisová.[4] Související otázkou vlivu lex COVID na odpovědnost statutárního orgánu se zabývá Moravec.[5]

1. Legislativní změny v době pandemie

Insolvenční právo zajišťuje kolektivní vyrovnání s dluhy dlužníka zákonem předvídaným způsobem na rozdíl od individuálního řešení vymáhání dluhu prostřednictvím exekučního řízení.[6] Právě pandemie bude mít dopad na ekonomickou situaci dlužníků a tato situace je může nutit podávat insolvenční návrhy nebo může iniciovat podání insolvenčního návrhu ze strany věřitele, které může být posledním úderem k ukončení činnosti podnikatele zmítaného hospodářskými problémy v důsledku pandemie. I z tohoto důvodu jsou odborníky navrhována doporučení[7], která mohou pomoci odvrátit hrozbu úpadku a pomoci překlenout nepříznivou hospodářskou situaci způsobenou pandemií. Následně budou rozebrána a systematizována přijímaná opatření ve zkoumaných jurisdikcích. Různé země přijaly různá opatření, přičemž Madausand a Wessels doporučují, aby opatření řešila zejména nedostatečný příjem podnikatelů a nemožnost plánování peněžních příjmů.[8] Opatření za účelem zmírnění dopadů epidemie byla přijímána v České republice, Německu, Rakousku, Polsku, Belgii, Lucembursku, Španělsku, Portugalsku, Rusku, Kolumbii, Argentině, Ekvádoru, Francii, Švédsku,[9] Velké Británii, Austrálii, Novém Zélandu, Indii a dalších. Opatření nebyla přijímána v Čínské lidové republice, kde byla poskytována finanční pomoc podnikatelům od místních úřadů.

1 MARTINEZ, G. A.: Insolvency Law in Times of COVID-19. *Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper*, 2020, vol. 2.

2 TRIBE, J. BAISTER, S.: The Suspension of Debt Obligations and Bankruptcy Laws during World War I and World War II: Lessons for Private Law during the Corona Pandemic from previous national crises. *Insolvency Intelligence*, 2020, vol. 33, pp. 67–78.

3 ENRIQUES, L.: Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis. European Company and Financial Law Review, *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper*, 2020, vol. 530.

4 KLOUDA, J. ANDREISOVÁ, L.: Praktický průvodce péčí řádného hospodáře v době pandemie. *Obchodní právo* 2020, roč. 29, č. 5, s. 9.

5 MORAVEC, T.: Vliv lex COVID na odpovědnost statutárního orgánu za nepodání insolvenčního návrhu. *Obchodní právo* 2020, roč. 29, č. 11–12,

6 Srov. usnesení Nejvyššího soudu České republiky, sen. zn. 29 NSČR 40/2013 ze dne 30. ledna 2014.

7 MADAUSAND, S. WESSELS, B.: COVID-19 and insolvency legislation. *Conference On European Restructuring And Insolvency Law*, 20. března 2020.

8 MADAUSAND, S. WESSELS, B.: COVID-19 and insolvency legislation. *Conference On European Restructuring And Insolvency Law*, 20. března 2020.

9 MARTINEZ, G. A.: Insolvency Law in Times of COVID-19. *Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper*, 2020, vol. 2.

1.1 Suspendování povinností dlužníka podat insolvenční návrh

V rámci doporučovaných a přijatých opatření tvoří jednu skupinu opatření, která umožňují dlužníkům nepodat insolvenční návrh v případě jejich úpadku. V běžném režimu insolvenčního zákona má dlužník právnická osoba nebo dlužník fyzická osoba-podnikatel povinnost podat insolvenční návrh v situaci úpadku[10] nebo má věřitel oprávnění podat insolvenční návrh. Povinnost dlužníka podat insolvenční návrh vychází z premisy, že dlužník je nejlépe informován o korporaci a včasně podaný insolvenční návrh koreluje s výší uspokojení věřitelů.[11] V pandemické situaci by nefungující trh mohl vést k poklesu ceny aktiv a tedy toto suspendování povinnosti podat insolvenční návrh má ochránit taktéž věřitele, jelikož po obnovení ekonomického života se předpokládá, že hodnota aktiv by se měla vrátit na původní úroveň a dlužník tak nebude nucen prodávat svá aktiva pod cenou.

K suspendování této povinnosti přistoupila i Česká republika, v ustanovení § 12 lex COVID[12] se v období od 24. dubna 2020 do 17. listopadu 2020, tj. 6 měsíců po ukončení nouzového stavu, nepoužije ustanovení § 98 odst. 1 věta první InsZ[13]. Toto ustanovení § 98 odst. 1 věta první InsZ ukládá dlužníkovi, který je právnickou osobou nebo fyzickou osobou - podnikatelem, podat bez zbytečného odkladu insolvenční návrh, od okamžiku kdy se dozvěděl nebo při náležité pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku. Toto suspendování povinnosti dlužníka podat insolvenční návrh se netýká dlužníků právnických osob a fyzických osob-podnikatelů, u kterých byl pravomocně zastaven výkon rozhodnutí nebo exekuce prodejem závodu dlužníka z důvodu, že cena majetku nepřevyšuje výši dluhů. Smysl je zřejmý, jelikož se jedná o případy neúspěšně ukončeného vykonávacího řízení předluženého dlužníka, jehož znalecky oceněná aktiva nejsou schopna uspokojit přihlášené dluhy.[14] S ohledem na délku vykonávacího řízení je zjevné, že tento stav musel nastat před pandemií COVID-19. Dále lex COVID výslovně říká, že suspendování povinnosti podat insolvenční návrh se netýká dlužníků, u kterých úpadek nastal již před přijetím mimořádného opatření při epidemii, tedy před 12. březnem 2020, kdy byl vyhlášen nouzový stav.

Spolková republika Německo přijala také zákon, který suspenduje dlužníkovu povinnost podat insolvenční návrh, a to s lhůtou do 30. září 2020.[15] Německá úprava umožňuje prodloužit toto zrušení povinnosti až do 31. března 2021, přičemž aktuálně je tato lhůta prodloužena do 31. prosince 2020.

Rakousko přijalo několik předpisů, přičemž prvním předpisem prodloužilo lhůtu k podání insolvenčního návrhu v případě pandemie až na 120 dnů.[16] Dalším předpisem Rakousko dočasně zrušilo povinnost podat insolvenční návrh pro dlužníky v případě úpadku

10 Ustanovení § 3 InsZ definuje úpadek dlužníka.

11 KISLINGEROVÁ, E., RICHTER, T. SMRČKA, L. a kol.: *Insolvenční praxe v České republice v období 2008–2013*. Praha: C.H.Beck, 2013, s. 22–23.

12 Zákon č. 191/2020 Sb., o některých opatřeních ke zmírnění dopadů epidemie koronaviru SARS CoV-2 na osoby účastnící se soudního řízení, poškozené, oběti trestných činů a právnické osoby a o změně insolvenčního zákona a občanského soudního řádu. (dále jen „lex COVID").

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

14 Srov. ustanovení § 338n OSŘ.

15 Článek 1 zákon ke zmírnění důsledků pandemie COVID-19 v občanském, insolvenčním a trestním řízení z 24. března 2020; Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht)

16 Článek 22 Druhého COVIDového zákona č. 16/2020 Sb.; 2. COVID-19-Gesetz BGBl. I Nr. 16/2020

ve formě předlužení,[17] tedy když hodnota aktiv nedosahuje částky dluhů. Povinnost podat insolvenční návrh v případě platební neschopnosti je tak v Rakousku zachována.

V některých zemích insolvenční právo stanovuje povinnost rozhodnout o zvýšení základního kapitálu nebo o likvidaci společnosti, přičemž tato povinnost byla taktéž suspendována v Itálii, Španělsku či Kolumbii.[18]

1.2 Omezení práva věřitele podat insolvenční návrh

Přijatá opatření zahrnují rovněž omezení práva věřitelů podat insolvenční návrh, přičemž tato opatření se různí v jednotlivých jurisdikcích. Toto právo věřitelů podat insolvenční návrh bývá omezeno úplně nebo pro některé formy úpadku či je podání insolvenčního návrhu pro věřitele ztíženo.

Ustanovení § 13 lex COVID omezilo právo věřitelů podat insolvenční návrh, a to do 31. srpna 2020. Obdobné ustanovení lze vidět i v německé úpravě, ve které omezení trvá až do 28. července 2020 s možností prodloužení až do 31. března 2021. Rakousko omezilo oprávnění věřitele podat insolvenční návrh v případě předlužení dlužníka do 31. října 2020. K omezení práva věřitele podat insolvenční návrh přistoupili taktéž další státy jako Belgie, Španělsko, Itálie či Rusko. Austrálie zvolila jiný přístup, kdy pro podání věřitelského návrhu požaduje zaplacení zálohy ve výši 20.000 AUD a obdobný těžší přístup k podání insolvenčního návrhu zvolil Singapur.

Velká Británie umožňuje podat věřitelům insolvenční návrh, za podmínky, že věřitel prokáže, že příčinou úpadku není bez důvodných pochybností pandemie COVID-19.[19] Přenáší tak povinnost tvrzení a povinnost důkazní na věřitele, čímž ztěžuje postavení věřitele jako účastníka řízení.

1.3 Mimořádná moratoria

Přijatá opatření v České republice zahrnovala i možnost požádat dlužníka, který je podnikatelem, do 31. srpna 2020 o mimořádné moratorium.[20] Toto opatření mohl využít dlužník podnikatel, pokud byl úpadek způsobem v důsledku opatření při šíření pandemie COVID-19, dlužník podnikatel nevyplatil dividendy v období dvou měsíců před 12. březnem 2020 a splnil další formální náležitosti k podání návrhu. V době po podání návrhu na mimořádné moratorium je dlužník povinen vyvinout veškeré úsilí, které lze po něm spravedlivě požadovat, aby věřitelé byli uspokojeni v co nejvyšší míře, a společnému zájmu věřitelů je povinen dát přednost před zájmy vlastními i před zájmy jiných osob. Dluhy bezprostředně související se zachováním provozu podniku vzniklé po vyhlášení mimořádného moratoria je dlužník po dobu jeho trvání oprávněn hradit přednostně před dříve splatnými dluhy.

Slovenská úprava zavádí institut dočasné ochrany podnikatelů na podporu efektivního řešení negativních následků pandemie COVID-19.[21] Trvání tohoto institutu bylo

17 Srov. § 9 Čtvrtého COVIDového zákona č. 24/2020 Sb.; 4. COVID-19-Gesetz BGBl. I Nr. 24/2020

18 MARTINEZ, G. A.: Insolvency Law in Times of COVID-19. *Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper*, 2020, vol. 2.

19 Článek 1 odst. 1 Přílohy 11 Corporate Insolvency and Governance Act 2020.

20 Srov. § 127a InsZ.

21 Zákona č. 62/2020 Z. z. o niektorých mimoriadnych opatreniach v súvislosti so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19.

prodlouženo z 31. října 2020 až do 31. prosince 2020. Po dobu trvání dočasné ochrany podnikatelů je přerušeno řízení o insolvenčním návrhu věřitele, přerušuje se konkursní řízení, pokud konkurs nebyl již v řízení prohlášen, a dlužník nemá povinnost podat insolvenční návrh za trvání tohoto ochranného institutu.

Velká Británie zavedla institut mimořádného moratoria, kdy dlužník získá 20 denní platební prázdniny, během kterých věřitelé nemohou uplatňovat nároky vůči dlužníkovi.[22] Toto období lze se souhlasem věřitelů prodloužit o dalších 15 dnů. Mimořádné moratorium bylo uzákoněno taktéž v Ruské federaci, kdy jsou po vyhlášení moratoria pozastaveny veškerá řízení vůči dlužníkovi, ve kterých jsou vymáhány dluhy dlužníka.

1.4 Zvláštní opatření podporující dlužníka

Další přijímaná opatření na podporu dlužníka jsou rozdílná v jednotlivých jurisdikcích. V rámci české úpravy je dlužníkovi podnikateli dána možnost přerušit provádění reorganizačního plánu po dobu 6 měsíců, aniž by se vystavoval riziku přeměny reorganizace v konkurs podle § 363 odst. 1 písm. d) InsZ. U fyzických osob v oddlužení je pamatováno na pokles příjmů a jsou zmírněny podmínky pro přiznání osvobození od placení zbytku dluhů.

Opatření umožňující prodloužení restrukturalizace a záchranného plánu byla přijata i ve Francii.[23]

Německá právní úprava upravila zvláštní pravidla pro zajištění financování dlužníků a zmírnila ustanovení týkající se neúčinnosti některých právních jednání. Výslovně jsou možné v německé právní úpravě i přednostní platby starších dluhů, pokud slouží k udržení nebo obnovení chodu dlužníka, dále jsou možné přednostní platby na splátky nově poskytnutých půjček, přičemž oba druhy přednostních plateb je možné provádět až do 30. září 2023 a poskytnutí zajištění k těmto transakcím. Výše uvedené transakce v německé právní úpravě by za normálních okolností bylo možné napadat z důvodu neúčinnosti pro zvýhodnění některého z věřitelů.

Ve Spojených státech došlo k úpravě Chapter 11, kdy tento restrukturalizační proces byl zpřístupněn i drobným podnikatelům a došlo k úpravám minimalizujícím náklady tohoto řízení. [24]

Závěr

V rámci insolvenčního práva přistupují státy k dočasným úpravám a přijímání odlišných opatření. Tato opatření byla přijata v mnoha zemích, zahrnujících Austrálii, Belgii, Českou republiku, Francii, Indii, Itálii, Lucembursko, Kolumbii, Polsko, Portugalsko, Rusko, Spojené státy, Španělsko, Velkou Británii.

Opatření zkoumána v tomto článku mohou být kategorizována do několika kategorií, a to dočasné pozastavení povinností dlužníka, omezení práv věřitele, mimořádná mora-

22 Článek 1 část 1 Zákona o správě korporací a insolvenci z roku 2020; Corporate Insolvency and Governance Act 2020.

23 Článek L.626-12 a článek L.631-19 Obchodního zákoníku; Code du commerce.

24 Zákon o koronavirové pomoci, úlevách a ekonomické pomoci; Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act 2020.

toria pro dlužníka a ostatní opatření, která jsou přijímána na podporu dlužníku za účelem odvrácení ekonomických obtíží způsobených pandemií COVID-19. V každé kategorii jsou opatření přijímána v různých modifikacích. Opatření týkající se dočasného pozastavení povinnosti podat insolvenční návrh nebo omezení práva věřitele podat insolvenční návrh jsou přijímána buď na pevný časový úsek, nebo s možností prodloužit trvání tohoto opatření. V některých zemích jsou i prodlouženy lhůty pro splnění těchto povinností.

Některé státy namísto pozastavení některých povinností dlužníka či práv věřitele přijaly různě upravená moratoria, která chrání dlužníka před věřiteli a pomáhají dlužníkovi překlenout ekonomické obtíže.

Další zvláštní opatření nemají společné znaky a slouží k lepšímu překonání ekonomických obtíží či zajištění financování dlužníka. Tato opatření výslovně povolují přednostní hrazení pohledávek nebo hrazení nově poskytnutých půjček nebo umožňují prodloužit či přerušit sanační způsoby řešení úpadku.

Článek pojednal o hlavních opatřeních v oblasti korporačního práva, přičemž na podporu ekonomického zotavení a překonání finančních obtíží jsou přijímána i další opatření z jiných právních oblastí, která nebyla předmětem článku. V podrobnějším zkoumání se lze zaměřit na zmíněné instituty a zkoumat jejich dopady.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] ENRIQUES, L.: Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis'. *Law Working Paper*, 2020, vol. 530.

[2] ENRIQUES, L. Regulators' Response to the Current Crisis and the Upcoming Reregulation of Financial Markets: On Reluctant Regulator's View Anniversary Contributions. *International Economic Law*, 2009, vol. 30.

[3] KISLINGEROVÁ, E. RICHTER, T. SMRČKA, L. a kol.: *Insolvenční praxe v České republice v období 2008–2013*. Praha: C.H.Beck, 2013.

[4] KLOUDA, J. ANDREISOVÁ, L.: Praktický průvodce péčí řádného hospodáře v době pandemie. *Obchodní právo* 2020, roč. 29, č. 5.

[5] MARTINEZ, G. A.: Insolvency Law in Times of COVID-19. *Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper*, 2020, vol. 2.

[6] MADAUSAND, S. WESSELS, B.: COVID-19 and insolvency legislation. *Conference On European Restructuring And Insolvency Law*, 20. března 2020.

[7] MORAVEC, T.: Vliv lex COVID na odpovědnost statutárního orgánu za nepodání insolvenčního návrhu. *Obchodní právo* 2020, roč. 29, č. 11-12.

[8] TRIBE, J. BAISTER, S.: The Suspension of Debt Obligations and Bankruptcy Laws during World War I and World War II: Lessons for Private Law during the Corona Pandemic from previous national crises. *Insolvency Intelligence*, 2020, vol. 33.

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

Miroslava Dolíhalová miroslava.dolihalova@umb.sk

ODKLAD SPLÁTOK POČAS TRVANIA PANDÉMIE – CESTA K NÁSLEDNÉMU POSILNENIU ZABEZPEČOVACÍCH INŠTITÚTOV?

DEFERRING PAYMENTS DURING THE PANDEMIC – THE WAY TO FOLLOW-UP STRENGTHENING SECURITY INSTITUTIONS?

Abstrakt: Dosahy pretrvávajúcej pandémie sú celospoločenské, dotýkajú sa domácností, podnikov a postupne sa negatívne prenášajú aj do slovenského finančného sektora. K zmierneniu týchto následkov prispela aj legislatívna reakcia zákonom č. 67/2020 Z. z. o niektorých mimoriadnych opatreniach vo finančnej oblasti v súvislosti so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19. V zmysle tejto právnej úpravy má dlžník možnosť požiadať o odklad splátok úveru. S prezumpciou skutočnosti, že obdobie odkladu splátok skončí možno predpokladať zvýšenú mieru použitia zabezpečovacích inštitútov ako nástroja zabezpečenia pohľadávok do budúcna.

Abstract: The effects of the ongoing pandemic are societal, affecting households, businesses and are gradually being negatively transferred to the Slovak financial sector. The legislative response to Act no. 67/2020 Coll. on certain emergency financial measures in relation to the spread of the dangerous contagious human disease COVID-19. Pursuant to this legislation, the borrower has the option of requesting a deferral of loan repayments. With the presumption of the fact that the period of deferred payments will end, an increased rate of use of collateral institutes as a tool for securing receivables in the future can be expected.

Kľúčové slová: *odklad splátok, úver, koronavírus, zabezpečovacie inštitúty.*

Key words: *deferred payments, credit, coronavirus, security institutes.*

1. Pandémia a jej vplyv na platobnú schopnosť

Pretrvávajúca pandémia zásadným spôsobom zasiahla do vývoja globálnej ekonomiky. Niektoré karanténne opatrenia, ktoré boli prijaté naprieč mnohými európskymi krajinami s cieľom zmierniť šírenie koronavírusu tak viedli k výraznému poklesu ekonomickej aktivity. Následkom toho mnohé podniky a zamestnanci stratili podstatnú časť príjmov, čo zhoršilo ich finančnú situáciu, viedlo k následnému čerpaniu úspor a ovplyvnilo schopnosť splácať dlhy. Toto reťazenie skutočností s ich ekonomickými následkami postihli reálnu ekonomiku, čo malo následne dosah aj na finančný systém a jeho stabilitu. K zmierneniu týchto následkov prispela aj legislatívna reakcia zákonom č. 67/2020 Z. z. o niektorých mi-

moriadnych opatreniach vo finančnej oblasti v súvislosti so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19 v platnom znení. Pre nás je pre účely tohto článku podstatné vymedzenie tretej hlavy a teda opatrenia v oblasti odkladu splátok úveru poskytnutého spotrebiteľovi.[1] Už v apríli tohto roka informovali vládni predstavitelia o pomoci aj pre domácností, konkrétne pre spotrebiteľa, čím avizovali príchod platnosti novely zákona nazývaného tiež lex korona. V princípe sa jedná o odklad splátok úveru na obdobie maximálne 9 mesiacov, o ktorý môže požiadať klient banky, ktorý sa dostal do finančných problémov z dôvodu pandémie koronavírusu. Nejde o plošný odklad, každá žiadosť je individuálne posúdená bankou.

2. Podmienky odkladu splátok úveru

Zákon č. 67/2020 Z. z. o niektorých mimoriadnych opatreniach vo finančnej oblasti v súvislosti so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19 v platnom znení (ďalej len „lex korona"), ktorý upravuje pravidlá odkladu splátok úverov, vstúpil do platnosti 9. apríla 2020. Celý proces podávania žiadostí a ich schvaľovania je v princípe jednoduchý a bezodplatný, avšak aj napriek dostatočnej informovanosti smerom k žiadateľom o odklad si mnohí tento nástroj mýlia s odpustením splátok. Pokiaľ ide o proces podávania žiadostí o odklad splátok a ich schvaľovanie, podľa § 30b ods. 9 spomínaného zákona možno žiadosť o odklad splátok podať v listinnej podobe alebo prostredníctvom prostriedku diaľkovej komunikácie, pričom žiadosť musí obsahovať označenie úveru, ktorého sa žiadosť o odklad splátok týka, a tiež identifikačné a kontaktné údaje dlžníka. Táto zákonná úprava tak implikuje stav, v ktorom majú klienti niekoľko zákonných možností podania žiadostí, avšak niektoré banky vyslovene na svojich internetových stránkach uvádzajú podanie žiadosti formou internet bankingu, resp. ich aplikácie aj keď s odporúčacím charakterom. Veriteľ nie je povinný povoliť odklad splátok, ak je dlžník v omeškaní so splátkou úveru, pri ktorom žiada odklad splátok, dlhšie ako 30 dní pred podaním žiadosti o odklad splátok, zároveň bol dlžník k 29. februáru 2020 v omeškaní so splátkou úveru dlhšie ako 30 dní aspoň vo výške 100 eur pri inom úvere poskytnutom tým istým veriteľom. Ďalšou legislatívne vymedzenou podmienkou odmietnutia je stav, v ktorom bol dlžník ku dňu podania žiadosti o odklad splátok v stave zlyhania podľa osobitného predpisu.[2] Pri zamietnutí žiadosti dlžníka je veriteľ povinný uviesť takéto dôvody zamietnutia, v prípade ich absencie sa môže dlžník obrátiť na Národnú banku Slovenska (ďalej len „NBS"), ktorá vec prešetrí.

3. Následky odkladu splátok úveru vo svetle bonity klientov

V zmysle zákonného imperatívu precizovaného § 30b ods. 13 lex korona zákon garantuje, že odklad splátok by nemal mať vplyv na príznak zlyhania a nemal by zhoršiť kreditnú kvalitu dlžníka. V korelácii uvedeného je v § 30e toho istého zákona uvedené,

1 §30a – §30h bol doplnený zákonom č. 75/2020 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 67/2020 Z. z. o niektorých mimoriadnych opatreniach vo finančnej oblasti v súvislosti so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19.

2 Čl. 178 nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 575/2013 z 26. júna 2013 o prudenciálnych požiadavkách na úverové inštitúcie a investičné spoločnosti a o zmene nariadenia (EÚ) č. 648/2012 (Ú. v. EÚ L 176, 27. 6. 2013) v platnom znení.

že splátka úveru na účely elektronického registra údajov o spotrebiteľských úveroch nepovažuje za omeškanú. Túto konkrétnu dikciu zákona lex korona zdôrazňuje aj NBS na svojej webovej stránke pričom uisťuje, že odklad splátok sa nesmie neskôr negatívne prejaviť na histórii splácania úveru klienta. Podľa NBS žiadateľ o odklad splátok nebude mať v úverovom registri záznam, ktorý by mu v budúcnosti spôsobil problémy. Zápis odkladu splátok v úverovom registri by teda klienta banky nemal nijako v budúcnosti znevýhodniť v porovnaní s klientom, ktorý o odklad splácania úveru podľa uvedeného zákona banku nepožiadal.[3] Spotrebiteľ, ktorý má na základe preukázateľných skutočností podozrenie, že ho banka v súvislosti s odkladom splátok úveru nejako znevýhodnila sa môže obrátiť na NBS, ktorá vykonáva dohľad nad dodržiavaním uvedeného zákona. NBS je zároveň oprávnená udeliť dohliadanému subjektu a teda banke v prípade preukázania dôvodnosti podozrenia finančnú sankciu. V kontexte uvedeného má spotrebiteľ zákonnú možnosť obrátiť sa prostredníctvom žaloby na súd.[4] V takomto prípade pôjde o spotrebiteľský spor.[5] NBS avizovala, že od júla do decembra 2020 bude realizovať šesť prieskumov, v ktorých bude zisťovať, v akej finančnej kondícii sa nachádzajú slovenské domácnosti, hlavne vo vzťahu k schopnosti splácať svoje záväzky. Aktuálne sú v rámci tlačovej správy NBS zverejnené výsledky tzv. dvoch vĺn a to za mesiace júl a august. Podiel zadlžených domácností, ktoré si vybavili odklad splátok alebo inú formu úľavy, a neočakávajú zlepšenie svojej finančnej situácie a riadne splácanie od budúceho roka, ostáva porovnateľný s prvou vlnou. Ich podiel sa mierne zvýšil z 9 % na 12 %. V kontexte uvedeného možno teda konštatovať, že očakávania zadlžených domácností ohľadom ich finančnej situácie a schopnosti splácať svoje záväzky sa zmenili oproti prvej vlne iba mierne. V prvej vlne prieskumu väčšina zadlžených domácností (90 % z tých, ktorí si vybavili odklad alebo inú zmenu a 60 % z ostatných) poukázala na zhoršenie finančnej situácie počas krízy (strata zamestnania, pokles príjmu a pod.). Tento podiel sa aktuálne znížil na približne tretinu v prípade oboch skupín.[6] Z dostupnej štatistiky sa môže zdať, že situácia sa stabilizovala a domácnostiam sa výrazne zlepšila ekonomická a finančná situácia. Avšak nástup druhej vlny pandémie reflektujúc absenciu aktuálnych štatistík nám implikuje odlišný stav a teda neaktuálnosť zverejnenej štatistiky.

V nadväznosti na uvedené sa postupne menia aj podmienky odkladu splátok. Európsky orgán pre bankovníctvo (ďalej len „EBA“) rozhodol ku koncu septembra[7] ukončiť usmernenia pre banky pri hodnotení bonity klientov8, ktorí si počas pandémie požiadali

3 Tlačová správa Slovenskej Bankovej Asociácie. [online 22.04.2020]. Dostupné z: https://www.sbaonline.sk/novinka/uver-sa-aj-pocas-odkladu-splatok-uroci-urcuju-to-europske-pravidla/ [cit. 1.11. 2020].

4 Medzi konania so slabšou strane s určitosťou patrí aj súdne konania, ktorých stranou sporu je spotrebiteľ – bližšie pozri: MASARYK, P.: Špecifiká spotrebiteľského práva v novom Civilnom sporovom poriadku [online]. *Právo v podnikání vybraných členských států EU. Sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference 2017*. Dostupné z: https://kpep.vse.cz/wp-content/uploads/page/1940/Sborn%C3%ADk-2017_fv.pdf s. 175 [cit. 1.11. 2020].

5 bližšie pozri: LAZÍKOVÁ, J.: *Riešenie spotrebiteľských sporov v práve EÚ*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 75.

6 Webová stránka NBS. Tlačové správy- prieskum zadlžených domácností – výsledky druhej vlny. [online 30.09.2020]. Dostupné z: https://www.nbs.sk/sk/informacie-pre-media/tlacove-spravy/spravy-vseobecne/detail-tlacovej-spravy/_prieskum-zadlzenych-domacnosti-vysledky-druhej-vlny [cit. 1.11. 2020].

7 Usmernenia, ktoré sa 30. septembra 2020 prestanú uplatňovať, platili od 2. apríla 2020.

8 Tieto pravidlá zadefinoval EBA vo svojom nariadení z 2. apríla 2020, bližšie pozri: Webové stránky EBA. s. 13-19. Dostupné z: https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20legislative%20and%20non-legislative%20moratoria%20on%20loan%20repayments%20applied%20in%20the%20light%20of%20the%20COVID-19%20crisis/882537/EBA-GL-2020-02%20Guidelines%20on%20payment%20moratoria.pdf [cit. 1.11. 2020].

o odklad splátok úverov.[9] Inak povedané, rozhodnutie EBA podľa NBS znamená, že banky majú povinnosť postupovať pri hodnotení rizika klientov tak, ako to robili pred vypuknutím pandémie, ktoré ad absurdum narúša legislatívny zámer platného lex korona v oblasti odkladu splátok úveru. V korelácii uvedeného sa banky na základe usmernení EBA nemuseli zaoberať kondíciou dlžníkov, nakoľko moratórium sa uplatňuje na veľkú skupinu dlžníkov vopred vymedzených na základe širokých kritérií bez posúdenia jeho úverovej bonity.[10] Toto prijaté rozhodnutie[11] tak implikuje stav, v ktorom nebude v rámci platnej právnej úpravy lex korona možné zabezpečiť právnu istotu žiadateľov o odklad splátok úveru a teda vplyv na príznak zlyhania a zhoršenie kreditnej kvality dlžníka. S prezumpciou skutočnosti, že žiadatelia o odklad splátok sa naďalej budú riadiť ustanoveniami o odklade splátok precizovaných v zákone lex korona možno predpokladať zhoršené postavenie spotrebiteľa. V intenciách uvedeného Ministerstvo financií Slovenskej republiky (ďalej len „MFSR") vydalo stanovisko, v ktorom je pripravené reagovať na nové rozhodnutie EBA o začatí označovania klientov negatívnymi príznakmi. V súčasnosti však platí, že do zrušenia ustanovení lex korona, ktoré zaručujú klientom na Slovensku nerizikovosť s ohľadom na odklad splátok počas pandémie, budú aj naďalej banky uplatňovať znenie zákona, a teda nebudú klientov s odkladom podľa lex korona označovať ako rizikových.[12] Ministerstvo financií SR je pripravené na skutočnosť o novom rozhodnutí skončenia EBA usmernenia reflektovať tak, že bude od prijatých zákonných opatrení postupne upúšťať prostredníctvom riadneho legislatívneho procesu, a to buď úplným zrušením zákonného opatrenia odkladu splátok alebo upustením od zákonnej ochrany klienta.

4. Úvaha de lege ferenda k posilneniu postavenia zabezpečovacích inštitútov

Zabezpečovacie inštitúty predstavujú nástroj, pomocou ktorého dochádza k ochrane veriteľovej pohľadávky voči dlžníkovi, znižujú veriteľovo majetkové riziko a zároveň posilňujú jeho postavenie v záväzkovo-právnom vzťahu. Výpočet možného použitia zabezpečovacích inštitútov predstavuje pre účely tohoto článku len demonštratívny výpočet a to z titulu ich rozmanitosti v rámci aplikačnej praxe. Pre účely zaistenia poskytnutého plnenia bankou resp. iného oprávneného subjektu sa v praxi stretávame so zmluvnou pokutou, ručením ako osobnou formou zabezpečenia či záložnou zmluvou.[13] Osud uvedených zabezpečovacích prostriedkov je založený na ich akcesorickej povahe a teda vedľajší (zabezpečovací) záväzok nemôže platne vzniknúť bez existencie platného hlavného zá-

9 Webová stránka NBS. Tlačové správy- informácia k odkladu splátok. [online 24.09.2020]. Dostupné z: https://www.nbs.sk/sk/informacie-pre-media/tlacove-spravy/detail-spravy/_odklad-splatok [cit. 1.11. 2020].

10 NBS pri hlasovaní EBA hlasovala s ďalšími krajinami za predĺženie tohto obdobia, ale nakoniec bolo väčšinovo schválené rozhodnutie toto obdobie nepredĺžiť.

11 Webové stránky EBA. EBA phases out its Guidelines on legislative and non-legislative loan repayments moratoria. [online 21.09.2020]. Dostupné z: https://eba.europa.eu/eba-phases-out-its-guidelines-legislative-and-non-legislative-loan-repayments-moratoria [cit. 1.11. 2020].

12 Webová stránka MFSR. Stanovisko MFSR k zrušeniu usmernení EBA. [online 29.09.2020]. Dostupné z: https://www.mfsr.sk/sk/media/tlacove-spravy/stanovisko-mf-sr-k-zruseniu-usmerneni-eba.html [cit. 1.11. 2020].

13 JAKUBOVIČ, D.: *Zmluvná disciplína a zabezpečovacie právne inštitúty v obchodnom práve*. Bratislava: EPOS, 2005, s. 290.

väzku.[14] V prípade neplatného dojednania pri hlavnom záväzku by nemohlo platne vzniknúť ani jeho zabezpečenie.[15] V praxi to znamená, že v prípade neplnenia povinnosti dlžníkom z hlavného záväzku nastúpi zabezpečovací inštitút, ktorý splní očakávaný zámer veriteľsko-dlžníckeho vzťahu a to uspokojenie pohľadávky v prospech veriteľa. S prezumpciou skutočnosti, že predmetný odklad splátok síce neznamená omeškanie dlžníka, ale akýsi ukazovateľ nedostatočných úspor resp. záväzkov domácností, môže to mať za následok neschopnosť plnenia záväzkov a teda nesplácania dlhov. Možno konštatovať, že dočasné pandemické opatrenia subsumované pod lex korona pre pomoc spotrebiteľom sú aktuálne pre banky akýmsi nástrojom pre zber informácií o bonite a teda kredibilite ich klientov. Dôvod tejto premisy je skutočnosť, že aj banky napriek vymožiteľnosti práva čelia pri poskytnutí úveru a teda vzťahu veriteľ – dlžník riziku. Práve pre zmiernenie týchto rizík a vyššej šanci dosiahnutia plnenia v prospech veriteľa sa využívajú zabezpečovacie inštitúty. Z polročnej správy o finančnej stabilite vydanej v máji 2020[16] je zrejmé, že časť domácností mala už pri vstupe do krízy pomerne napätú finančnú situáciu s nízkou mierou úspor, na čo NBS v minulosti opakovane upozorňovala. Vzhľadom na vysokú neistotu z vplyvu budúceho ekonomického vývoja na finančnú situáciu klientov je dôvodný predpoklad, že banky budú výrazne opatrnejšie pri poskytovaní úverov.

Podľa prieskumu z konca marca 2020 vážnym finančným problémom čelila alebo ich očakávala až pätina obyvateľov. Hlavným zdrojom rizika je, že časť domácností vstupovala do krízy s nízkou mierou úspor a vysokým podielom splátok k príjmu. Pri absencii opatrení zo strany štátu, najmä možnosti odkladu splátok, by bol tento podiel výrazne vyšší. V rámci poslednej správy o finančnej stabilite NBS ďalej konštatuje, že ak sa finančná situácia domácností do obnovenia povinnosti pokračovať v splácaní nezlepší, môže nastať výrazné zhoršenie kreditnej kvality portfólií: *„Predpokladáme, že v prípade scenára pokračujúceho nepriaznivého ekonomického vývoja aj po uplynutí moratória na úverové splátky, mnohé domácnosti môžu mať problém s návratom k splácaniu úverov. Je preto dôležité už teraz začať diskusiu o tom, aké opatrenia by mohli zmierniť negatívne vplyvy takéhoto vývoja.“*[17]

V kontexte uvedeného teda môže nastať situácia, v ktorej banky a ostatné subjekty použijú históriu dlžníka, ktorá zachytáva schválený odklad splátok úveru v súlade s lex korona a zapracujú ju do svojich interných databáz. Inak povedané, spotrebiteľ s históriou odkladu splátok by v budúcnosti opätovne žiadal o poskytnutie úveru, pričom banka resp. iný oprávnený subjekt by mohol lege artis k poskytnutému plneniu požadovať aj jeho zabezpečenie napríklad vo forme ručenia alebo záložného práva. Aj napriek tomu, že oba inštitúty sa v princípe líšia[18], splnili by svoju uhradzovaciu funkciu a teda v prípade, že by dlžník porušil povinnosť, veriteľ by sa následne uspokojil buď v rámci zálohu alebo prostredníctvom požadovania plnenia od ručiteľa dlžníka. V korelácii uvedeného sa opierame o premisy, avšak práve aktuálnosť prednesenej problematiky nám zatiaľ neposky-

14 FEKETE, I.: *Občiansky zákonník 3. zväzok. Veľký komentár, 2. aktualizované a rozšírené vydanie*. Bratislava: Eurokódex, 2015, s. 552.

15 Pozri napríklad Ro NS ČR zo dňa 31.5.2004, sp. zn. 33 Odo 330/2002.

16 Správa o finančnej stabilite NBS – správa o finančnej stabilite Máj 2020. s. 8. Dostupné z: https://www.nbs.sk/sk/publikacie/sprava-o-financnej-stabilite [cit. 1.11. 2020].

17 Tamtiež, s. 9.

18 Dôležitým špecifikom je osobný charakter ručiteľského záväzku, ktorý sa neviaže na určitý predmet (záloh), ale na celý majetok ručiteľa a veriteľ má istejšie postavenie.

tuje relevantnú judikatúru. Práve z titulu zvýšenej šance vymožiteľnosti práva veriteľa možno prezumovať, že banky a ostatné subjekty na strane veriteľov môžu pristúpiť v individuálnych prípadoch k zvýšenej ochrane práve formou zabezpečenia záväzkov. Práve ich požadovanie nemusí byť navonok vôbec spájané s predošlým odkladom splátok spotrebiteľa, avšak v skutočnosti môže ísť o formu ochrany veriteľa pri poskytnutí ďalšieho spotrebiteľského úveru, nakoľko predošlý schválený odklad splátok implikuje stav nedostatočnej finančnej stability posudzovaného klienta. Máme za to, že banky to nebudú proaktívne komunikovať, nakoľko pri akomkoľvek náznaku zohľadnenia možného rizika spojeného s odkladom splátok úveru v zmysle zákona lex korona by nastalo porušenie zákona. Dôvodom tohto predpokladu je aj neverejnosť interných databáz klientskeho portfólia a kreditného rizika a teda môžeme konštatovať, že klient nezistí reálny pôvod požadovaného zabezpečovacieho inštitútu pri dojednávanom záväzku. Zabezpečovacie inštitúty majú svoje legálne definície a sú považované za silný nástroj v zaväzkovoprávnych vzťahoch.[19] Je preto nanajvýš legálne, aby banka resp. iný subjekt poskytujúci úver odkomunikovala tento inštitút smerom ku klientovi ako oprávnený a opodstatnený, vice versa ak bude mať klient pocit negatívneho posúdenia z titulu predošlého odkladu splátok, môže sa domáhať ochrany aj na súde v rámci spotrebiteľského sporu.

Záver

V konklúzii uvedeného si dovolíme konštatovať, že predložený potenciál obchádzania zákona je neefektívny. Skutočnosť, že pretrvávajúca epidemická situácia podnietila zákonodarcov a ostatné európske autority k prijímaniu zákonov a opatrení pre zmiernenie negatívnych dopadov na finančnú stabilitu nezakladá priestor pre ich možné zneužívanie. Aj napriek odkrytiu finančnej kondície mnohých spotrebiteľov vďaka možnosti odkladu splátok máme za to, že banky nemôžu tieto informácie využiť[20] pre ich budúcu silnejšiu právnu istotu vo vzťahu k spotrebiteľovi (dlžníkovi). Dá sa síce predpokladať, že banky a ostatné oprávnené subjekty zohľadnia históriu odkladu splátok na internej úrovni, avšak ostáva otázne, do akej miery bude táto forma posúdenia kredibility klienta prínosná vo vzťahu k možnému porušeniu zákona. V intenciách uvedeného si preto dovolíme vysloviť taký návrh riešenia, v rámci ktorého má vyššia miera požadovania zabezpečovacích inštitútov smerom k spotrebiteľovi (dlžníkovi) potenciál, avšak zdroj tejto požiadavky nemá plynúť z histórie využitia odkladu splátok toho ktorého spotrebiteľa, ale z posúdenia v zmysle platnej legislatívy a lepšej vymožiteľnosti práva.

✪ ✪ ✪

19 Zabezpečovacie prostriedky predstavujú právne záruky v rámci ktorých nútia strany záväzkových vzťahov k splneniu svojich záväzkov riadne a včas. – bližšie pozri výklad Števček, M. a kol.: *Občiansky zákonník II. Veľké komentáre*. 2. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 2033.

20 Autor predpokladá ich využitie v kontexte ich spracovania v súlade so zákonom lex korona a ostatnými záväznými právnymi predpismi.

LITERATURA

[1] FEKETE, I.: *Občiansky zákonník. Veľký komentár.* 3. zväzok. Bratislava: Eurokódex, 2015, 932 s. ISBN 978-80-8155-041-6.

[2] JAKUBOVIČ, D.: *Zmluvná disciplína a zabezpečovacie právne inštitúty v obchodnom práve s relevantnou judikatúrou.* Bratislava: Epos, 2005, 494 s. ISBN 80-8057-647-5.

[3] LAZÍKOVÁ, J.: *Riešenie spotrebiteľských sporov v práve EÚ.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, 302 s. ISBN 978-80-8168-818-8.

[4] MASARYK, P.: Špecifiká spotrebiteľského práva v novom Civilnom sporovom poriadku [online]. *Právo v podnikání vybraných členských států EU. Sborník příspěvků k IX. ročníku mezinárodní vědecké konference 2017*. Dostupné z https://kpep.vse.cz/wp-content/uploads/page/1940/Sborn%C3%ADk-2017_fv.pdf s. 174 – 179. [cit. 1.11. 2020].

[5] ŠTEVČEK, M. a kol.: *Občiansky zákonník II. zväzok. Komentár, 2. vydanie.* Bratislava: C. H. Beck, 2019, 3344 s. ISBN 978-80-7400-770-5.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Miroslava Dolíhalová
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20
974 01 Banská Bystrica
E-mail: miroslava.dolihalova@umb.sk

Jana Odehnalová jana.odehnalova@mup.cz

NÁHRADA ŠKODY PODNIKATELŮM V DŮSLEDKU OPATŘENÍ PROTI KORONAVIRU

COMPENSATION FOR DAMAGES TO ENTREPRENEURS INCURRED BY MEASURES AGAINST CORONAVIRUS

Abstrakt: Otázky možné aplikace i interpretace platné právní úpravy vymahatelnosti škodních nároků v důsledku různých restriktivních opatření státu vydaných v souvislosti s protiepidemiologickými opatřeními jsou otevřené a komplikované různými faktory. Cílem příspěvku je po vymezení základního právního rámce zhodnotit současné právní možnosti podnikatelů z hlediska uplatňování nároků na náhradu škody a předestřít některé interpretační úvahy s tím spojené.[1]

Abstract: The questions of possible application and interpretation of the valid legal regulation of enforceability of claims for damages as a result of various restrictive measures of the state issued in connection with anti-epidemiological measures are open and complicated by various factors. The aim of the paper is, after defining the basic legal framework, to evaluate the current legal possibilities of entrepreneurs in terms of claiming damages and to present some interpretive considerations associated with it.

Klíčová slova: *náhrada škody, koronavirus, Covid-19, krizová opatření, mimořádná opatření.*

Key words: *claim for damages, coronavirus, Covid-19, crisis measures, emergency measures.*

1. Regulační nástroje použité pro boj s Covid-19

Právní stát ve své podstatě znamenající, že orgány veřejné moci jsou vázány právem, je spolu s respektem a ochranou základních lidských práv základním předpokladem existence a fungování demokratické společnosti. V mimořádných situacích, jakou je aktuálně šíření nakažlivé nemoci epidemiologického (pandemického) rázu, může docházet za stanovených podmínek ve jménu ochrany některých základních hodnot (ochrana života a zdraví) k významným dopadům do některých jiných práv a svobod (včetně svobody pohybu a pobytu, svobody podnikání, práva na vzdělání, shromažďovacího práva, paradoxně i zdraví atd.).

1 Příspěvek byl zpracován v rámci projektu Vědecko-výzkumného záměru MUP č. 74-03 „Veřejná správa, právní disciplíny a průmyslové vlastnictví" financovaného z podpory MŠMT na institucionální rozvoj výzkumné organizace v roce 2020.

Jednotlivými restriktivními, byť většinou legitimními[2], akty státu v krizových situacích vznikají i s ohledem na vymahatelnou povinnost jejich dodržování nutně škody různého rozsahu majetkového i nemajetkového charakteru. Přesto, že stát má snahu kompenzovat vzniklé škody různými opatřeními, příspěvky a balíčky, zdaleka tím nepokrývá všechny vzniklé škody všech podnikatelů a zůstává tak široký prostor pro vznášení individuálních nároků. Otázky možné aplikace i interpretace platné právní úpravy vymahatelnosti škodních nároků v důsledku právních aktů vydaných v souvislosti s protiepidemiologickými opatřeními jsou otevřené a komplikované různými faktory. Problémem může být např. už jen posouzení, do jaké míry má být za vzniklé škody odpovědný virus, do jaké stát a do jaké samotní podnikatelé, např. nenaplněním prevenční povinnosti. Cílem příspěvku je zhodnotit současné právní možnosti podnikatelů z hlediska uplatňování nároků na náhradu škody a předestřít některé interpretační úvahy s tím spojené.

Základním východiskem pro stanovení toho, kde a jak (a zda vůbec) je možno se domáhat náhrady škody, je určení regulačního nástroje, na jehož základě došlo ke vzniku škody. V roce 2020 v jarním i podzimním balíku protiepidemiologických opatření jde v zásadě o 3 až 4 různé právní výchozí situace:

1) krizové opatření vlády vydané na základě krizového zákona[3] v rámci nouzového stavu vyhlášeného na základě ústavního zákona o bezpečnosti ČR,[4]
2) mimořádné opatření příslušného orgánu ochrany veřejného zdraví vydané na základě § 69 zákona o ochraně veřejného zdraví[5]; zde půjde o akty ministerstva zdravotnictví (většinou s plošným dopadem), případně též i o akty krajských hygienických stanic nebo hygienické stanice hlavního města Prahy (s územně vymezeným dopadem)
   a) vydané v době vyhlášeného nouzového stavu;
   b) vydané mimo nouzový stav;
   c) zrušené soudem.

Konkrétní používané nástroje právní regulace se vzájemně překrývají, často se mění a brzy po vydání se ruší[6] či i obsahově navazují, ale v různých formách, přičemž škoda může být působena kontinuálně. Dokonce mohou být i vzájemně rozporné. Jako příklad lze uvést zjevný rozpor právní regulace účinné od 5. 10. 2020, pokud jde o jednoduché pravidlo omezení maximálního počtu účastníků na divadelním nebo filmovém představení. Usnesení vlády č. 392/2020 ze dne 30. 9. 2020 s účinností od 5. 10. 2020 00:00 hodin do 18. 10. 2020 23:59 hodin vydané na základě krizového zákona v rámci vyhlášeného nouzového stavu v bodě II omezuje divadelní, filmová a jiná umělecká představení, při kterých se převážně nezpívá, tak že se jich může zúčastnit nejvýše 500 diváků (resp. účastníků). Na druhé straně mimořádné opatření ministerstva zdravotnictví č. MZDR20581/2020-12/MIN/KAN ze dne 2. 10. 2020

2 I dle judikatury ESLP (Öneryildiz proti Turecku z 30. 11. 2004, Budayeva a další proti Rusku. z 20. 3. 2008) se pozitivní závazky států chránit a naplnit práva zakotvená v EÚLP vztahují i na situace přírodních katastrof. I když jsou přírodní katastrofy mimo sféru ovlivnitelnosti státu, musí státy přijímat odpovídající opatření ke zmírnění jejich následků, a to zejména preventivní opatření ke zmírnění až minimalizování následků živelních pohrom.

3 Zák. č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení, v platném znění (dále „krizový zákon" nebo KZ).

4 Ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, v platném znění.

5 Zák. č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, v platném znění (dále též ZOVZ).

6 Právě velmi krátká životnost těchto opatření pak je příčinou toho, že nemohou být soudem zrušena.

(vydané tedy až 2 dny po usnesení vlády) s účinností od stejného okamžiku – 5. 10. 2020 0:00 hodin do odvolání omezuje dle bodu i) provoz divadel, kin, koncertních síní, cirkusů a podobných provozů tak, že (mimo jiné) v hledišti může být nejvýše 1000 diváků (účastníci se zde nezapočítávají). Nadto bylo toto opatření vydáno bez toho, aby ministr předem informoval vládu, jak mu ukládalo usnesení vlády o vyhlášení nouzového stavu, k tomu došlo až 5. 10. 2020.[7]

Přitom na opatření, ať již „krizová" v podobě usnesení vlády na základě krizového zákona, nebo „mimořádná" v podobě aktu ministra zdravotnictví, by v právním státě měly být kladeny obdobné požadavky obecně se vyžadující u standardní právní regulace. Zejména jde o zachování principů právní jistoty – jako je jednoznačnost, transparentnost (systematičnost, vnitřní logika a nerozpornost atd.) a v neposlední řadě i řádné zveřejnění aktuálně platných práv a povinností. Dokonce by tyto požadavky měly být plněny s ještě větší pečlivostí právě proto, že jde o opatření výjimečná, často plošná a citelně zasahující do různých lidských a občanských práv a svobod. Lze proto pro účely náhrady škody mít i pochybnost, zda zvolený (leckdy až zmatený) způsob využívání regulačních nástrojů výkonnou mocí je možno považovat ještě za „správný úřední postup."

Pro doplnění právního rámce ve vztahu k náhradě škody, je třeba dále zvažovat i rozsah uplatnění obecného odškodňovacího zákona[8] a občanského zákoníku[9].

2. Škoda způsobená krizovým opatřením vlády

Tato situace je nejjasnější a pro poškozeného patrně ve výsledku i nejpříznivější. V případě, že škoda byla způsobena v době vyhlášeného nouzového stavu krizovým opatřením vlády dle krizového zákona, měl by být aplikován tento zákon i pro náhradu způsobené škody. Konkrétně jeho ustanovení § 36 uvádí, že stát je povinen nahradit škodu způsobenou právnickým a fyzickým osobám v příčinné souvislosti s krizovými opatřeními a cvičeními prováděnými podle tohoto zákona.

Této odpovědnosti se může stát zprostit jen tehdy, pokud se prokáže, že poškozený si způsobil škodu sám. Tak by tomu mohlo být i v situaci, kdy by se poškozeným nepodařilo prokázat splnění tzv. prevenční povinnosti. Prevenční povinnost je zakotvena v ust. § 2900 a násl. OZ, kde je stanoveno, že: *„Vyžadují-li to okolnosti případu nebo zvyklosti soukromého života, je každý povinen počínat si při svém konání tak, aby nedošlo k nedůvodné újmě na svobodě, životě, zdraví nebo na vlastnictví jiného."*. Ustanovení § 2903 odst. 1 OZ potom dodává, že *„Nezakročí-li ten, komu újma hrozí, k jejímu odvrácení způsobem přiměřeným okolnostem, nese ze svého, čemu mohl zabránit."*. Naplnění prevenční povinnosti je základním předpokladem pro uplatnění jakékoliv škody, tedy i škody, kterou poškozeným podnikatelům způsobil stát zavedením omezujících opatření. Například u provozovatelů restaurací, které musely být uzavřeny v důsledku opatření vlády, je třeba vyřešit otázku, co udělali za účelem odvrácení hrozící újmy. Zda prodávali jídlo pomocí rozvozu či „výdejních oken", pokusili se nabídnout své služby jako subdodávky

7 Vláda.cz [online 5.10.2020]. Dostupné z: <https://www.vlada.cz/cz/media-centrum/tiskove-zpravy/vysledky-jednani-vlady-5--rijna-2020-183949/>.[cit. 13.10.2020].

8 Zák. č. 82/1998 Sb., Zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem, v platném znění (dále též ZOŠ).

9 Zák.č. 89/2012, občanský zákoník, v platném znění (dále též OZ).

například závodním jídelnám, využili své prostory a zaměstnance k jiné výdělečné činnosti apod.[10] Obdobně bude zřejmě třeba dokládat míru využití (či důvody nevyužití) vládních kompenzačních programů.

Peněžní náhradu by dle krizového zákona měl poskytnout ten orgán krizového řízení, který nařídil krizové opatření nebo cvičení, při němž anebo v jehož důsledku vznikla škoda či újma. Tímto orgánem je v případě mimořádných opatření ve smyslu § 5 KZ vláda. Jelikož ale krizový zákon přímo nevymezuje organizační složku státu příslušnou za stát vystupovat v řízení o nároku, bude nutno uplatňovat své nároky u Ministerstva vnitra, které je podle tzv. „kompetenčního zákona" ústředním orgánem státní správy pro vnitřní věci, zejména pro krizové řízení, civilní nouzové plánování, ochranu obyvatelstva a integrovaný záchranný systém. [11] Tomu nasvědčuje i rozsudek Nejvyššího soudu, podle kterého *„za škodu vzniklou fyzickým a právnickým osobám v příčinné souvislosti s krizovým opatřením odpovídá stát, nikoliv orgán krizového řízení. Ve sporu o náhradu této škody vystupuje za stát v občanském soudním řízení Ministerstvo vnitra."* [12]

K uplatnění nároku stanoví krizový zákon 2 lhůty. Jde jednak o subjektivní lhůtu 6 měsíců od okamžiku, kdy se poškozený dozvěděl o vzniku škody, přičemž příslušný orgán může v případech hodných zvláštního zřetele tuto lhůtu prominout nebo i rozhodnout bez podání žádosti, a jednak objektivní lhůtu 5 let od vzniku škody, která musí být dodržena ve všech případech. Marným uplynutím kterékoliv lhůty právo na náhradu škody zaniká (obě jsou prekluzivního charakteru). Nejvyšší soud k tomu dodává, že počátek běhu šestiměsíční lhůty se odvíjí od okamžiku, kdy se poškozený dozvěděl o tom, že mu vznikla majetková újma určitého druhu a rozsahu, kterou je možné objektivně vyjádřit v penězích a důvodně uplatnit u soudu. Na počátek běhu této doby nemá vliv průběh ani výsledek jednání či soudního sporu, který poškozený vede s pojišťovnou o výplatu pojistného plnění.[13]

3. Škoda způsobená mimořádným opatřením ministerstva zdravotnictví

Na rozdíl od krizových opatření vlády, jež mají povahu právního předpisu *sui generis*[14], panuje vcelku obecná shoda na tom, že mimořádná opatření ministerstva zdravotnictví jsou „opatřeními obecné povahy", a to i v situaci, kdy jsou obsahově téměř totožná s krizovými opatřeními vlády. Opatření obecné povahy je právním nástrojem, který leží na pomezí normativního právního aktu a aktu aplikace práva. Je totiž konkrétní ve svém předmětu, ale směřuje k obecně vymezenému okruhu adresátů (obdobně jako např. do-

10 MUNDL, P.: *Covid 19, nouzový stav, náhrada škody a „přehlížená" prevenční povinnost*. [online 3. 7. 2020]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/covid-19-nouzovy-stav-nahrada-skody-a-prehlizena-prevencni-povinnost-111379.html>. [cit 13.10. 2020].

11 Srov. ust. § 12 odst.1 písm. m) zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy ČSR, v platném znění.

12 Rozhodnutí NS ze dne 17.9.2009 sp.zn. 25 Cdo 1649/2007.

13 Rozhodnutí NS ze dne 22. 10. 2009 sp. zn. 25 Cdo 3798/2007.

14 Srov. např. rozhodnutí ÚS ze dne 22.4. 2020 sp.zn. Pl. ÚS 8/20, dle něhož usnesení o přijetí krizového opatření má právně normativní obsah, který je vymezen obecným předmětem i třídou subjektů. To znamená, že byť není napadený akt materiálně nařízením ve smyslu čl. 78 Úst., má povahu obecného normativního právního aktu.

pravní značka nebo územní plán obce). I zásadní rozhodnutí Městského soudu v Praze[15] kvalifikuje shodně se ZOVZ mimořádná opatření jako opatření obecné povahy a výslovně zároveň vylučuje, že by se jednalo o správní rozhodnutí.

Bez zajímavosti není ani závěr Ústavního soudu[16] ve vztahu k mimořádným opatřením Ministerstva zdravotnictví, podle kterého jde o případ, kdy ZOVZ jasně stanoví formu opatření obecné povahy, kterou nelze bez dalšího „prolomit". Na první pohled se může zdát, že tím ÚS vyslovil stejný závěr – o „propůjčení" právní formy opatření obecné povahy pro všechna mimořádná opatření – jako před ním MS. ÚS ale hodnotil povahu mimořádných opatření pouze z hlediska možnosti jejich soudního přezkumu. Mimořádná opatření vydaná jako opatření obecné povahy mají být tedy soudně přezkoumávána v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy (ÚS k jinému závěru nenašel žádný důvod), aniž by tím ale bylo současně vyloučeno, aby v takovém řízení soudy dospěly k závěru, že z hlediska materiálního posouzení o opatření obecné povahy nejde, neboť taková forma neodpovídá obsahu těchto mimořádných opatření a není jim ani zákonem propůjčena (což by znamenalo jejich nezákonnost).[17]

Zatímco krizový zákon, na jehož základě vláda vydává krizová opatření, obsahuje přímo speciální odškodňovací ustanovení, ZOVZ, na jehož základě přijímá svá opatření ministerstvo, žádné takové ustanovení neobsahuje a je možno zvažovat buď použití ZOŠ nebo v širší interpretaci i KZ.

Právě charakter ministerských opatření, jakožto opatření obecné povahy, je klíčový pro určení možné aplikace ZOŠ v situaci, kdy některé z těchto opatření byly zrušeny pro nezákonnost dubnovým rozhodnutím Městského soudu. První otázku, zda zrušené opatření obecné povahy může být považováno za „nezákonné rozhodnutí" ve smyslu § 7 a násl. ZOŠ, je možno (i přes výkladové pochybnosti) zodpovědět kladně. Pojem „nezákonné rozhodnutí" je totiž vykládán v režimu odškodňovacího zákona zcela autonomně. Např. komentář k ZOŠ uvádí, že zákon reflektuje pouze škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem, čímž znemožňuje náhradu škody způsobené při výkonu veřejné moci jiným způsobem. Mezi nové instituty, které nový správní řád přinesl, patří především veřejnoprávní smlouvy, opatření obecné povahy a některé jiné úkony správního orgánu. Je nesporné, že rovněž za škodu způsobenou na základě těchto institutů by měl stát nebo územní samosprávné celky odpovídat. V případě veřejnoprávních smluv a opatření obecné povahy se tyto instituty výslovně podřazují pod režim rozhodnutí, takže po procesní stránce se bude v případě náhrady škody způsobené těmito instituty postupovat tak, jako by šlo o nezákonné rozhodnutí.[18]

Přesto ale nelze jednoznačně přisvědčit nabízejícímu se závěru, který uvádí J. Wintr a obdobně i řada dalších, že pozice například živnostníků, kteří by chtěli žádat náhradu

15 Rozsudek MS v Praze ze dne 23.4.2020 sp.zn. 14 A 41/2020. Soud zde (ve zkratce) dospěl k závěru, že z úst. zák. o bezpečnosti a z krizového zákona plyne, že možností omezit základní práva a svobody za trvání nouzového stavu nebo stavu ohrožení státu disponuje pouze vláda, že zákon nepřipouští delegování této pravomoci na kohokoliv jiného, a proto jsou mimořádná opatření ministerstva vydána v rozporu se zákonem.

16 Rozhodnutí ÚS ze dne 22.4. 2020 sp.zn. Pl. ÚS 8/20.

17 HEJČ, D.: Nezákonnost mimořádných opatření Ministerstva zdravotnictví k onemocnění COVID-19 podle MS v Praze: Když obsah překračuje formu. *Soudní rozhledy*. 2020, č. 6, s. 185-190.

18 IŠTVÁNEK, F. SIMON, P. KORBEL, F.: *Zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2017. Komentáře. ISBN 9788075525215, blíže viz též JANOŠEK, V.: Mimořádná opatření Ministerstva zdravotnictví jako nezákonné rozhodnutí. [online 3.5.2020]. Dostupné z: <https://www.ceska-justice.cz/blog/mimoradna-opatreni-ministerstva-zdravotnictvi-jako-nezakonne-rozhodnuti/>. [cit 13.10.2020].

škody, se rozhodnutím Městského soudu posílila, a pokud rozhodnutí městského soudu nezruší Nejvyšší správní soud[19], tak je skutečně daná jedna podmínka pro náhradu škody, a to je právě nezákonné rozhodnutí.[20]

Dokonce tomu paradoxně může být právě naopak. Kámen úrazu může totiž spočívat v problematice aktivní legitimace účastníků řízení o náhradě škody. Nejvyšší správní soud ve své judikatuře dovozuje[21], že ustanovení § 7 ZOŠ není samoúčelné, ale reflektuje skutečnost, že mezi státem a osobami, jež nejsou ve smyslu tohoto ustanovení účastníky řízení, ve kterém bylo vydáno nezákonné rozhodnutí, není dán veřejnoprávní vztah. Škoda při výkonu veřejné moci přitom vzniká z veřejnoprávního vztahu. Judikatura je zde ustálena v závěru, že má-li být osoba aktivně legitimována k náhradě škody za nezákonné rozhodnutí dle ZOŠ, musí se v řízení rozhodovat o jejich právech a povinnostech, a musí zde tedy existovat veřejnoprávní vztah.[22] To v případě obecných opatření ministerstva směřujících k neurčitému okruhu adresátů splněno není. Tak by tomu bylo až v případě, když by na základě mimořádného opatření byl vydán individuální správní akt (např. rozhodnutí o přestupku).

F. Melzer[23] se uvedený problém snaží překlenout použitím analogie s ustanovením § 20 odst.2 ZOŠ, dle kterého – bylo-li nezákonné rozhodnutí územním celkem v samostatné působnosti vydáno postupem, který není stanoven předpisy o správním řízení, má právo na náhradu škody ten, komu tímto rozhodnutím vznikla. Pro aktivní legitimaci zde postačuje vznik škody bez ohledu na účastenství v řízení. Toto ustanovení se však vztahuje výlučně k odpovědnosti územních samosprávných celků a jeho použití ve vztahu k ministerským opatřením je přinejmenším komplikované.

Jiným interpretačním řešením by bylo využití městským soudem deklarovaného vztahu speciálního krizového zákona vůči zákonu o ochraně veřejného zdraví. Na základě toho by bylo možno dospět až ke konstrukci, že režim náhrady škody podle § 36 krizového zákona přilehá na jakékoliv období vyhlášeného nouzového stavu, nehledě na právní titul a metodu vydávání mimořádných opatření. Tomu by napomáhal i variační dovětek v § 97 ZOVZ, dle něhož náklady vzniklé plněním zákonné povinnosti nese osoba, které je povinnost uložena, pokud tento zákon nebo zvláštní právní předpisy nestanoví jinak.[24] A „jinak“ stanoví v době nouzového stavu právě krizový zákon.

V případě přijetí poslední interpretační možnosti by však bylo pro poškozené výhodnější, pokud by Nejvyšší správní soud rozsudek Městského soudu v Praze zrušil, protože pro uplatnění nároku dle krizového zákona je předpokladem přijetí krizového opatření v souladu se zákonem.

---

19 V době psaní příspěvku rozhodnutí NSS sp. zn. 6 As 114/2020 ještě nevydáno.

20 WINTR, J. In. iROZHLAS.cz. Jedna podmínka pro náhradu škody je splněná, říká o zrušení opatření soudem ústavní právník Wintr. [online 23.4.2020]. Dostupné z: <https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/koronavirus-nahrada-skody-volny-pohyb-malo-obchod-jan-wintr_2004231429_zit.>.[cit. 13.10.2020].

21 Např. rozhodnutí NS ze dne 11.9.2019 sp. zn. 30 Cdo 1642/2018.

22 VESELÝ, J.: Ještě ke správním soudem zrušeným mimořádným opatřením Ministerstva zdravotnictví a náhradě škody [online 6.5.2020]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/jeste-ke-spravnim-soudem-zrusenym-mimoradnym-opatrenim-ministerstva-zdravotnictvi-a-nahrade-skody-111113.html>. [cit. 14.10.2020].

23 MELZER, F.: Poskytování náhrad za újmy vyvolané opatřeními MZd po jejich zrušení [online 21.5.2020]. Dostupné z: <https://advokatnidenik.cz/2020/05/21/poskytovani-nahrad-za-ujmy-vyvolane-mimoradnymi-opatrenimi-ministerstva-zdravotnictvi-po-jejich-zruseni/>. [cit. 14.10.2020].

24 Srov. NOVÝ, D.: K reparační úloze státu nejen pod rouškou krize. *Obchodněprávní revue*. 2020, č. 2, s. 86-93.

Závěr

Pokud jde o krizová opatření vlády na základě krizového zákona, nabízí se pro vymáhání vzniklých škod přímá cesta využití speciálních odškodňovacích ustanovení krizového zákona s tím, že škoda musí být pečlivě prokázána, ať již půjde o skutečnou škodu nebo ušlý zisk. Možné úskalí zde může působit právo prokazování ušlého zisku, neboť předpokládané chování spotřebitelů (tedy jejich chování za situace, že by k vydání vládních opatření nedošlo) by bylo nepochybně odlišné od běžného. Zároveň bude třeba brát v úvahu možnosti a míru čerpání různých vládních kompenzačních opatření.

To by samozřejmě platilo i pro ministerská opatření za předpokladu, že by soudy kladně vyhodnotily existenci možnosti domáhat se práva na náhradu škody v konkrétních případech. Zde se ovšem interpretačně otevírá pro rozhodující soudy velmi široké pole, přičemž lze dospět k několika obsahově až zcela opačným závěrům, pokud jde o aplikaci ZOŠ, případně krizového zákona. Následující výčet možností je vzhledem ke složitosti problematiky jen zjednodušený a zdaleka ne zcela vyčerpávající.

1) Škoda způsobená jakýmikoliv mimořádnými opatřeními ministerstva nemůže být nárokována, protože u nezrušených není ani stanovena jejich nezákonnost a u zrušených to není možné z důvodu neexistující aktivní legitimace jen obecně vymezených adresátů, vyjma škody způsobené individuálními rozhodnutími, která by byla na základě zrušených opatření vydána.
2) Škoda může být nárokována pouze u těch mimořádných opatření ministerstva zdravotnictví, která byla vydána v době nouzového stavu (neboť to byl „aktivizován“ krizový zákon), která zároveň však nebyla pro nezákonnost zrušena, a to širším výkladem na základě krizového zákona
3) Škoda může být nárokována pouze u všech zrušených mimořádných opatřeních, pokud by soud svérázný přístup exekutivy k přijímání mimořádných opatření vyhodnotil jako „nesprávný úřední postup“ při výběru právní normy, která se v dané situaci měla použít.
4) Škoda může být nárokována u všech mimořádných opatřeních bez ohledu na to, zda byla vydána v době nouzového stavu či mimo něj i bez ohledu na to, zda byla zrušena či nikoliv, a to buď proto, že na základě ZOŠ soud dojde k závěru, že byla vydána „nesprávným úředním postupem“ nebo jsou „nezákonným rozhodnutím“ (např. pro překročení pravomocí), a vyřeší přitom otázku aktivní legitimace, nebo proto, že všechna mimořádná opatření ministerstva vydávaná v souvislosti s koronavirem materiálně zahrne pod pojem „krizová opatření“ a aplikuje odškodňovací ustanovení krizového zákona, a to i na opatření vydaná mimo nouzový stav.

Při hledání vhodného právního výkladu by soudy měly mít na zřeteli základní ústavněprávní východiska spočívající v možnosti každého, kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, obrátit se na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak. Totéž musí nutně platit i v případě čl. 36 odst. 3 Listiny, upravujícího ústavně garantované právo na náhradu škody způsobené nezákonným rozhodnutím soudu, jiného státního orgánu či orgánu veřejné správy.[25] V případě závěru

25 Srov. rozhodnutí ÚS sp. zn. III. ÚS 2634/18 ze dne 15. 1. 2019.

nemožnosti aplikace ZOŠ, by proto bylo vhodné zvážit (byť v extenzivní interpretaci) aplikaci krizového zákona nebo přímo ústavněprávní úpravy. Naopak přístup, kdy by nárok na náhradu škody byl přiznáván pouze u vládních krizových opatření a nikoliv u ministerských mimořádných opatření obdobného obsahu, považuje autorka za přílišný formalismus v jádru popírající materiální právní stát i právo na spravedlivý proces.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] HEJČ, D.: Nezákonnost mimořádných opatření Ministerstva zdravotnictví k onemocnění COVID-19 podle MS v Praze: Když obsah překračuje formu. *Soudní rozhledy*. 2020, č. 6, s. 185–190.

[2] iROZHLAS.cz. Jedna podmínka pro náhradu škody je splněná, říká o zrušení opatření soudem ústavní právník Wintr. [online 23.4.2020]. Dostupné z: https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/koronavirus-nahrada-skody-volny-pohyb-maloobchod-jan-wintr_2004231429_zit.

[3] IŠTVÁNEK, F., SIMON, P., KORBEL, F.: *Zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem: Komentář.* Praha: Wolters Kluwer, 2017. Komentáře. ISBN 9788075525215.

[4] JANOŠEK,V.: Mimořádná opatření Ministerstva zdravotnictví jako nezákonné rozhodnutí. [online 3.5.2020]. Dostupné z: https://www.ceska-justice.cz/blog/mimoradna-opatreni-ministerstva-zdravotnictvi-jako-nezakonne-rozhodnuti/.

[5] MELZER, F.: Poskytování náhrad za újmy vyvolané opatřeními MZd po jejich zrušení [online 21.5.2020]. Dostupné z: https://advokatnidenik.cz/2020/05/21/poskytovani-nahrad-za-ujmy-vyvolane-mimoradnymi-opatrenimi-ministerstva-zdravotnictvi-po-jejich-zruseni/.

[6] MUNDL, P.: Covid 19, nouzový stav, náhrada škody a „přehlížená“ prevenční povinnost. [online 3.7.2020]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/covid-19-nouzovy-stav-nahrada-skody-a-prehlizena-prevencni-povinnost-111379.html.

[7] NOVÝ, D.: K reparační úloze státu nejen pod rouškou krize. *Obchodněprávní revue*. 2020, č. 2, s. 86-93.

[8] Rozhodnutí ESLP ze dne 20.3.2008 ve věci Budayeva a další proti Rusku.

[9] Rozhodnutí ESLP ze dne 30.11.2004 ve věci Öneryildiz proti Turecku.

[10] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 11.9.2019 sp. zn. 30 Cdo 1642/2018.

[11] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 17.9.2009 sp. zn. 25 Cdo 1649/2007.

[12] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 22.10. 2009 sp. zn. 25 Cdo 3798/2007.

[13] Rozhodnutí Ústavního soudu ČR ze dne 15.1.2019 sp. zn. III. ÚS 2634/18.

[14] Rozhodnutí Ústavního soudu ČR ze dne 22.4. 2020 sp. zn. Pl. ÚS 8/20.

[15] Rozhodnutí Ústavního soudu ČR ze dne 22.4. 2020 sp. zn. Pl. ÚS 8/20.

[16] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23.4.2020 sp. zn. 14 A 41/2020.

[17] VESELÝ, J.: Ještě ke správním soudem zrušeným mimořádným opatřením Ministerstva zdravotnictví a náhradě škody. [online 6.5.2020]. Dostupné z: https://www.epravo.cz/top/clanky/jeste-ke-spravnim-soudem-zrusenym-mimoradnym-opatrenim-ministerstva-zdravotnictvi-a-nahrade-skody-111113.html.

[18] Vláda.cz [online 5.10.2020]. Dostupné z. https://www.vlada.cz/cz/media-centrum/tiskove-zpravy/vysledky-jednani-vlady-5--rijna-2020-183949/.

Kontaktní adresa autora:
JUDr. Jana Odehnalová, Ph.D.
Katedra právních disciplín a veřejné správy
Metropolitní univerzita Praha, o.p.s.
Dubečská 900/10
100 31 Praha
E-mail: jana.odehnalova@mup.cz

Rastislav Funta rastislav.funta@vsdanubius.sk

JE NÚDZOVÝ PANDEMICKÝ PROGRAM NÁKUPU AKTÍV ECB V SÚLADE S PRÁVOM EÚ?

IS THE ECB'S PANDEMIC EMERGENCY PURCHASE PROGRAMME (PEPP) IN LINE WITH EU LAW?

Abstrakt: 24. marca 2020 ECB oznámila núdzový pandemický program nákupu aktív (ECB/2020/17) v hodnote 750 miliárd EUR na boj proti ekonomickým dopadom pandémie COVID-19. Predkladaný príspevok skúma, či je program núdzového nákupu aktív v dôsledku pandémie (PEPP) zlučiteľný s právom EÚ, či spadá do mandátu ECB, dodržiava zásadu proporcionality, či neporušuje zákaz menového financovania a stručne aj dopadom programu.

Abstract: On 24 March 2020, the ECB announced an emergency pandemic asset purchase program (ECB / 2020/17) worth € 750 billion to combat the economic impact of the COVID-19 pandemic. The present contribution examines whether the PEPP is compatible with EU law, whether it falls within the ECB's mandate, respects the principle of proportionality, does not infringe the prohibition on monetary financing and, briefly looks on the impact of the program.

Kľúčové slová: *ECB, COVID-19, proporcionalita, zákaz menového financovania, dopad programu.*

Key words: *ECB, COVID-19, proportionality, monetary financing prohibition, impact of the program.*

Úvod

Európska centrálna banka (ECB) 18. marca 2020 oznámila núdzový pandemický program nákupu aktív (ECB/2020/17) v hodnote 750 miliárd EUR na riešenie hospodárskeho a finančného dopadu COVID-19 pandémie.[1] V rámci programu núdzového nákupu aktív v dôsledku pandémie (PEPP) budú ECB a národné centrálne banky (NCB) nakupovať štátne dlhopisy do konca roku 2020. PEPP umožňuje ECB a národným centrálnym bankám nakupovať štátne dlhopisy všade, kde je to potrebné, aby sa zabezpečilo, že rozpätia úrokových sadzieb medzi dlhopismi rôznych členských štátov nenarúšajú fungo-

1 PEPP má celkovú sumu 750 miliárd EUR a akékoľvek nákupy uskutočnené v rámci tohto systému budú oddelené od nákupov uskutočňovaných v rámci existujúceho programu nákupu aktív (APP), ktorý zahŕňa štyri samostatné programy: program nákupu cenných papierov podnikového sektora (CSPP), program nákupu aktív verejného sektora na sekundárnom trhu (PSPP), program nákupu cenných papierov krytých aktívami (ABSPP) a tretí program nákupu krytých dlhopisov (CBPP3).

vanie menovej politiky v eurozóne. Dôležité je, že ECB tiež prehodnotila limity[2] v zmysle programu nákupu aktív verejného sektora na sekundárnom trhu (public sector asset purchase programme – PSPP). ECB môže kúpiť až 33 % nesplateného dlhu krajiny (limit emitenta) a rovnaký podiel každého jednotlivého dlhopisu (emisný limit).

Vždy, keď ECB v minulosti prijala program nákupu štátnych dlhopisov, viedlo to k právnym výzvam, ktoré v konečnom dôsledku musel vyriešiť Súdny dvor EÚ v Luxemburgu. Bude to podobné aj pri PEPP? Súdny dvor EÚ v rozsudku Gauweiler potvrdil, že program priamych menových operácií s cennými papiermi (OMT)[3] neporušuje ustanovenie ZFEÚ. T.j. pokiaľ ECB uskutočňuje nadobúdanie štátnych dlhopisov na sekundárnom trhu, jej zásah musí byť sprevádzaný dostatočnými zárukami na zosúladenie jej zásahu so zákazom menového financovania vyplývajúcim z čl. 123 ods. 1 ZFEÚ.[4] ESCB[5] je v rámci takéhoto programu oprávnený nadobúdať štátne dlhopisy nie priamo od orgánov, úradov a agentúr členských štátov EÚ, ale iba nepriamo na sekundárnom trhu. Zásah zo strany ESCB teda nemožno považovať za opatrenie finančnej pomoci členskému štátu.[6] Vo veci Weiss Súdny dvor EÚ uviedol limity, podľa ktorých môže ECB nakupovať štátne dlhopisy všetkých členských štátov v rámci PSPP.[7] Predkladaný príspevok vysvetľuje, prečo by posúdenie na základe týchto dvoch rozsudkov malo viesť k záveru, že PEPP je zákonný a v rámci mandátu ECB. Po prvé, skúma hlavné právne dôvody, ktoré Súdny dvor EÚ uplatnil pri posudzovaní krokov ECB, konkrétne

1. Kritériá na posúdenie zákonnosti PEPP

PEPP, rovnako ako akýkoľvek iný program nákupu dlhopisov ECB, musí dodržiavať príslušné ustanovenia zmlúv EÚ. Súdny dvor EÚ má právomoc rozhodovať o otázkach týkajúcich sa menovej politiky ECB.[8] Aj keď boli programy nákupu dlhopisov ECB napadnuté aj pred nemeckým spolkovým ústavným súdom, je dôležité mať na pamäti, že Súdny dvor EÚ má výlučné právomoci, pokiaľ ide o výklad právnych aktov inštitúcií EÚ na základe právnych predpisov EÚ.[9] Súdny dvor EÚ preskúmal všetky opatrenia v oblasti menovej politiky, ktoré zahŕňali nákup štátnych dlhopisov, t.j. menové transakcie

2 Rozhodnutie ECB (EÚ) 2015/774 zo 4. marca 2015 o programe nákupu aktív verejného sektora na sekundárnom trhu (ECB/2015/10), Ú. V. EÚ L 121, 14.5.2015.

3 FUNTA, R.: The CJEU judgment on the OMT program of the ECB: is there a rule of law or ECB dictatorship in the EU? In: *EU Law Journal*, No. 1. 2016.

4 C-62/14, Gauweiler a i. proti ECB, ECLI:EU:C:2015:400, bod. 102.

5 Eurosystém pozostáva z Európskej centrálnej banky (ECB) a národných centrálnych bánk EÚ, ktoré zaviedli euro. ECB spolu s národnými centrálnymi bankami tvorí Európsky systém centrálnych bánk (ESCB). ESCB nemá právnu subjektivitu. ESCB podporuje všeobecné hospodárske politiky v Únii so zámerom prispieť k dosiahnutiu cieľov Únie vymedzené v čl. 3 Zmluvy o Európskej únii. ESCB nie je orgánom EÚ, ale miestom pre koordináciu menových politík medzi ECB a centrálnymi bankami neúčastníckych štátov menovej únie. Právnu úpravu ESCB nachádzame v čl. 127, 129-133, 219 a 282 ZFEÚ; Protokole č. 4 o štatúte ESCB a ECB.

6 KARAS, V. - KRÁLIK, A.: *Právo Európskej únie*. 1. vydanie, Bratislava: C.H.Beck, 2012; SVOBODA, P.: *Úvod do Evropského práva*. 3. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011; FUNTA, R. - GOLOVKO, L. - JURIŠ, F.: *Európa a Európske právo*. 2. doplnené a rozšírené vydanie. Brno: MSD, 2020.

7 C-493/17, Weiss a i. proti ECB, ECLI:EU:C:2018:1000.

8 CHALMERS, D. - DAVIES, G. - MONTI, G.: *European union law. Cambridge: Cambridge University Press*, 2008.

9 PROCHÁZKA, R. – ČORBA, J.: Právo *Európskej únie. Bratislava: Poradca podnikateľa*, 2006.; ŠMEJKAL, V. - SVOBODOVÁ, M.: ECJ's New Role - Guardian of Open but not Socially Inclusive Europe? In: *Eastern European journal of Transnational Relations*, No. 2. 2018..

(OMT) ako nekonvenčné opatrenie monetárnej politiky,[10] program pre trhy s cennými papiermi (SMP)[11] a PSPP, a potvrdil ich zákonnosť podľa právnych predpisov EÚ. Prípady Gauweiler (týkajúci sa OMT), ako aj prípad Weiss (týkajúci sa PSPP) sa zameriavali na dodržiavanie ustanovení čl. 119, 123 ods. 1, 127 ods. 1 a 2 ZFEÚ a čl. 17 až 24 Protokolu o ESCB a ECB. Na základe týchto ustanovení primárneho práva EÚ Súdny dvor EÚ v zásade stanovil tri kritériá, aby bol daný program nákupu dlhopisov ECB prípustný: (i) musí byť v súlade s mandátom ECB, (ii) úmerné sledovanému cieľu a iii) zlučiteľné so zákazom menového financovania. PEPP spĺňa všetky tieto kritériá:program dodržiavanie jej mandátu,[12] dodržiavanie zásady proporcionality[13] a dodržiavanie zákazu menového financovania[14] a skúma, ako PEPP spĺňa tieto kritériá. Po druhé, poukazuje na to, prečo je zvýšenie emisných limitov zákonné.

1. 1 PEPP je v súlade s mandátom ECB

Podľa ZFEÚ[15] má Eurosystém, ktorý sa skladá z ECB a národných centrálnych bánk členských štátov eurozóny, výlučnú právomoc vykonávať menovú politiku Únie v zmysle čl. 127 ZFEÚ. Pri posudzovaní súladu programu nákupu dlhopisov s mandátom ECB sa Súdny dvor EÚ zameriaval najmä na ciele opatrenia menovej politiky. Cieľom programu PEPP je *„reagovať na špecifickú, mimoriadnu a akútnu hospodársku krízu, ktorá by mohla ohroziť cieľ cenovej stability a riadne fungovanie transmisného mechanizmu menovej politiky“*.[16] Ciele PEPP sa podobajú cieľom OMT. Posúdenie Súdneho dvora EÚ, prečo sa OMT je v súlade s mandátom ECB, je preto dobrým príkladom. Súdny dvor EÚ vo svojom rozsudku vo veci

10 Outright Monetary Transactions (OMT): priame monetárne operácie. Aj tento typ nekonvenčných opatrení musí rešpektovať ustanovenia primárneho práva EÚ (napr. zákaz menového financovania členských štátov) a zásadu proporcionality.

11 T-79/13, Accorinti a i. proti ECB, ECLI:EU:T:2015:756. Program pre trhy s cennými papiermi (SMP) je určený na intervenciu Eurosystému na trhoch verejných a súkromných dlhových cenných papierov v eurozóne s cieľom zabezpečiť hĺbku a likviditu v nefunkčných segmentoch trhu. V tejto súvislosti je nevyhnutné pochopiť rozdiel medzi primárnymi a sekundárnymi trhmi s dlhopismi. Na primárnom trhu štáty predávajú novo vydané dlhopisy priamo finančným inštitúciám, ktoré ich potom ponechávajú alebo ich predávajú na burze. Sekundárny trh sa uskutočňuje na burze a pozostáva z už vydaných dlhopisov, ktoré sa nakupujú a predávajú medzi finančnými inštitúciami. Diskusia o nefunkčných trhoch sa týka sekundárnych trhov, na ktorých ECB pôsobí v rámci SMP.

12 Hlavným poslaním Európskej centrálnej banky (ECB) je udržiavať cenovú stabilitu (čl. 127 (1) ZFEÚ) ako aj udržiavať stabilitu finančného systému prostredníctvom dohľadu nad finančnými trhmi a inštitúciami. Nezávislosť ECB a národných centrálnych bánk (NCB) Eurosystému je predpokladom zabezpečenia cenovej stability. Nezávislosť ECB zahŕňa Funkčnú nezávislosť (hlavným cieľom ESCB je udržiavanie cenovej stability), Inštitucionálnu nezávislosť (čl. 130 a 282 ZFEÚ a čl. 7 Štatútu ESCB), Personálnu nezávislosť a Finančnú nezávislosť. Pozri aj: TOMÁŠEK, M.: *Evropské měnové právo*. Praha: C.H.Beck, 2004.

13 Princip proporcionality (primeranosti) sa prvýkrát objavuje v rozhodovacej praxi nemeckého Spolkového ústavného súdu v 50. a 60. rokoch 20. storočia. Tu bola proporcionalita odvodená od základných princípov právneho štátu. Pozri aj: SVÁK, J. – CIBULKA, Ľ. – KLÍMA, K.: *Ústavné právo SR - Všeobecná časť*. 3. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2009; SVÁK, J.: *Ochrana ľudských práv*. Bratislava: Poradca podnikateľa, 2003; GÁBRIŠ, T.: Pramene práva. In: *Comenius Journal*, Roč. 4. 2019; Proporcionalita vyjadruje zásadu pri určovaní spôsobu, akým by EÚ mala vykonávať svoje výhradné, ako aj spoločné právomoci (t.j. aká by mala byť forma a povaha opatrení EÚ?). Pozri aj: SIMAN, M. – SLAŠŤAN, M.: *Primárne právo Európskej únie*. Bratislava: Euroiuris, 2010; KALESNÁ, K. – HRUŠKOVIČ, I. – ĎURIŠ, M.: *Európske právo*. Bratislava: VO PFUK, 2012; LANDGRÁF, R.: *Předvídatelnost vers. „spravedlnosť“ daňového práva*. Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2016.

14 Zákaz menového financovania bráni ECB nakupovať štátne dlhopisy na primárnom trhu a obmedzuje jej intervenciu na sekundárnom trhu na účely špecifickej menovej politiky v súlade s jej primárnym cieľom cenovej stability. Nákupy na sekundárnom trhu, ktorých cieľom je obísť zákaz menového financovania, predstavujú porušenie právnych predpisov EÚ. Naopak, kupovanie štátnych dlhopisov selektívne s cieľom odstrániť narušenia trhu, ktoré znižujú účinnosť prenosu menovej politiky – ako je to v programe priamych menových transakcií ECB – nepredstavuje menové financovanie. To, či daná operácia menovej politiky predstavuje menové financovanie vlád v zmysle čl. 123 ZFEÚ, nezávisí od vplyvu operácie, ale od jej základného cieľa.

15 Čl. 3 ods. 1 písm. c) v spojení s čl. 282 ods. 1 ZFEÚ.

16 Rozhodnutie ECB (EÚ) 2020/440 z 24. marca 2020 o dočasnom núdzovom pandemickom programe nákupu aktív (ECB/2020/17).

Gauweiler potvrdil, že cieľ udržania riadneho uplatňovania menovej politiky môže viesť k udržaniu jednotnosti tejto politiky a prispieť k dosiahnutiu jej hlavného cieľa, ktorým je udržanie cenovej stability. Súdny dvor EÚ ďalej uviedol, že zhoršené fungovanie mechanizmu uplatňovania menovej politiky môže znefunkčniť rozhodnutia ESCB, a preto spochybniť jednotu menovej politiky. Zhoršené fungovanie mechanizmu uplatňovania menovej politiky ovplyvňuje účinnosť opatrení prijatých ESCB, a preto je tým dotknutá jeho schopnosť zabezpečiť cenovú stabilitu. Ak sa teda ECB domnieva, že pandémia COVID-19 predstavuje riziko pre fungovanie mechanizmu uplatňovania menovej politiky, môže rýchlo zasiahnuť na dlhopisových trhoch, aby splnila svoj mandát v oblasti cenovej stability. PEPP preto spĺňa prvé kritérium: je v súlade s mandátom ECB.

1. 2 PEPP je úmerné sledovanému cieľu

Podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora EÚ sú programy nákupu dlhopisov ECB povolené iba vtedy, ak sú v súlade so zásadou proporcionality. Tá ustanovuje, že opatrenie menovej politiky ECB je i) primerané na splnenie cieľa cenovej stability a ii) nevyhnutné na dosiahnutie tohto cieľa.

1. 2. 1 Primeranosť

Súdny dvor EÚ pri posudzovaní vhodnosti programu nákupu dlhopisov poskytuje ECB širokú mieru voľnej úvahy: Súdny dvor EÚ sa v podstate opiera o vlastnú analýzu relevantných ekonomických a finančných parametrov. Pokiaľ opatrenia prijaté ECB nie sú „postihnuté zjavne nesprávnym posúdením“, sú vhodné na dosiahnutie cieľa cenovej stability.[17] Napríklad v súvislosti s PSPP Súdny dvor EÚ prijal ako platné odôvodnenie riziko poklesu cien v strednodobom horizonte. Rovnako tak vo veci Gauweiler, Súdny dvor EÚ nasledoval argumentáciu ECB v tom zmysle, že „OMT program vychádza z analýzy hospodárskej situácie eurozóny, podľa ktorej ku dňu oznámenia tohto programu úrokové sadzby štátnych dlhopisov rôznych štátov eurozóny zaznamenali vysokú mieru volatility a extrémne rozdiely. Podľa ECB tieto rozdiely nezohľadňovali len makroekonomické odlišnosti medzi týmito štátmi, ale čiastočne vychádzali aj z požiadaviek príliš vysokých rizikových prirážok pri dlhopisoch vydaných niektorými členskými štátmi, ktoré mali pokryť riziko rozpadu eurozóny.“[18] PEPP sa primárne snaží riešiť rovnaké naliehavé riziko ako program OMT, ktorý sa začal na vrchole krízy eurozóny, konkrétne riziko plynulého prenosu menovej politiky v celej Únii. Pandémia COVID-19[19] viedla k extrémnemu a bezprecedentnému hospodárskemu šoku, ktorý ovplyvnil reálnu ekonomiku aj finančný sektor. Keďže riziká, ktoré identifikovala ECB, boli minimálne porovnateľné s rizikami, ktoré odôvodňovali program OMT a PSPP, je zrejmé, že PEPP možno považovať za primerané opatrenie na udržanie cenovej stability.

17 C-493/17, Weiss a i. proti ECB, ECLI:EU:C:2018:1000, bod. 78.

18 C-62/14, Gauweiler a i. proti ECB, ECLI:EU:C:2015:400, bod. 72.

19 Svetová ekonomika prešla do recesie len tri týždne po vypuknutí pandémie v Európe. ŠMEJKAL, V.: *Impact of the COVID-19 Pandemic on European Antitrust. Mere Adaptations or Real Changes?* 2020.

1. 2. 2 Nevyhnutnosť

Program nákupu dlhopisov však nemusí byť len primeraný - musí byť tiež nevyhnutný na naplnenie mandátu ECB: Opatrenia ECB nesmú ísť zjavne nad rámec toho, čo je potrebné na dosiahnutie cieľa cenovej stability. Na posúdenie toho, či opatrenie ide nad rámec toho, čo je nevyhnutné, je užitočným referenčným bodom z predchádzajúcich rozsudkov to, aké limity a záruky program obsahuje na splnenie princípu proporcionality. Podľa Súdneho dvora EÚ „štruktúra tohto programu tiež pomáha zabezpečiť, aby sa jeho účinky obmedzili na to, čo je nevyhnutné na dosiahnutie uvedeného cieľa, najmä vzhľadom na to, že neexistencia selektívnosti uvedeného programu zaručuje, aby pôsobenie ESCB malo účinky na finančné podmienky celej eurozóny a nereagovalo na špecifické potreby financovania určitých štátov eurozóny".[20] Pri posudzovaní PSPP Súdny dvor EÚ považoval tieto záruky za dostatočné: Nákupy ECB boli (i) neselektívne, (ii) dlhopisy podliehali prísnym kritériám akceptovateľnosti, (iii) nákupy boli dočasného charakteru, (iv) boli obmedzené ohľadne veľkosť a rizika a (v) stanovili prísne nákupné limity týkajúce sa tak podielu na emisii, ako aj emitenta. PEPP má veľmi podobné vlastnosti: Po prvé, nákupy PEPP nebudú selektívne – ECB bude kupovať dlhopisy vydané všetkými krajinami eurozóny. Po druhé, PEPP sa v zásade obmedzí na dlhopisy akceptovateľné podľa existujúcich programov ECB na nákup aktív, a preto nepredstavuje ďalšie riziká. Po tretie, trvanie PEPP súvisí s nesprávnym fungovaním menovej politiky spôsobeným pandémiou COVID-19, a preto má dočasný charakter. Neprekračuje rámec toho, čo je potrebné. Po štvrté, celkový objem nákupov PEPP je *ex-ante* obmedzený na 750 miliárd EUR. V tlačovej správe ECB z 18. marca 2020 však ešte neboli objasnené dva aspekty nákupu PEPP. Po prvé, či má ECB v úmysle napodobniť dohodu o zdieľaní strát, ktorou sa riadi nákup PSPP.[21] Rozdelenie strát PSPP, ktoré presunulo veľkú časť úverového rizika z nákupov dlhopisov z ECB na národné centrálne banky, Súdny dvor EÚ považoval za dôležitú funkciu na podporu nevyhnutnosti programu. Druhou otvorenou otázkou je, či Eurosystém bude kupovať dlhopisy nad stanovený limit. Keďže táto otázka súvisí aj s dodržiavaním zákazu menového financovania zo strany PEPP a keďže si vyžaduje podrobnejšiu analýzu, bude sa o nej ďalej diskutovať nižšie. To vedie k predbežnému záveru, že keďže PEPP sa pravdepodobne bude spoliehať na podobné záruky ako PSPP, dá sa predpokladať, že sa bude riadiť tým, čo je potrebné na dosiahnutie cieľa cenovej stability ECB, a tým na dodržanie zásady proporcionality.[22]

---

20 C-493/17, Weiss a i. proti ECB, ECLI:EU:C:2018:1000, bod. 82.

21 C-493/17, Weiss a i. proti ECB, ECLI:EU:C:2018:1000, bod. 99: Pokiaľ ide o prípadné straty ECB súvisiace s PSPP, najmä v prípade, že by v rámci 10 % podielu, nadobudla výlučne alebo prevažne cenné papiere vydané vnútroštátnymi orgánmi, treba uviesť, že nad rámec záruk proti takému riziku, ktoré ponúkajú jednak prísne kritériá, jednak limity týkajúce sa tak podielu na emisii, ako aj emitenta vyplývajúce z článku 5 uvedeného rozhodnutia, neprijal ESCB žiadne pravidlo, ktoré by sa odchyľovalo od všeobecného režimu rozdelenia strát ECB vyplývajúceho z článku 32 ods. 5 v spojení s článkom 33 protokolu o ESCB a ECB, z ktorých v podstate vyplýva, že také straty sú kryté zo všeobecného rezervného fondu ECB, a ak sa to ukáže ako potrebné, na základe rozhodnutia Rady guvernérov z menového príjmu príslušného účtovného obdobia, a to pomerne až do výšky objemu pridelenému národným centrálnym bankám podľa pravidla rozdeľovania v pomere k ich splateným podielom na základnom imaní ECB.

22 MAZÁK, J. – JÁNOŠÍKOVÁ, M.: *Základy práva Európskej únie*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2009.

1. 2. 3 PEPP dodržiava zákaz menového financovania

Tretia významná právna otázka, pokiaľ ide o dodržiavanie právnych predpisov PEPP s právom EÚ - alebo v prípade akéhokoľvek programu nákupu dlhopisov ECB v tejto veci - sa týka zákazu menového financovania podľa čl. 123 ods. 1 ZFEÚ. Cieľom zákazu menového financovania je v zásade odradiť od neopodstatnenej fiškálnej politiky. V kontexte čl. 123 ods. 1 ZFEÚ uplatňuje Súdny dvor EÚ dvojúrovňovú analýzu. Po prvé, ECB nesmie kupovať dlhopisy na sekundárnom trhu, ktoré by mali rovnaký účinok ako priamy nákup dlhopisov členskými štátmi. Po druhé, ECB musí vytvoriť dostatočné záruky, aby udržala stimuly na dodržiavanie riadnej rozpočtovej politiky.

1. 2. 3. 1 PEPP nie je ekvivalentom nákupu dlhopisov na primárnych trhoch

Zmluvy umožňujú nákupy na sekundárnom trhu, pokiaľ nie sú rovnocenné s opatrením poskytujúcim finančnú pomoc členskému štátu. PEPP, podobne ako PSPP, by nepredstavoval takúto priamu pomoc členským štátom, pretože obsahuje záruky programu, možnosti ad hoc odchýlok pri prideľovaní cenných papierov zakúpených v rámci PEPP a obmedzenia zverejňovania podrobných informácií[23] o držbe dlhopisov Eurosystému.

1. 2. 3. 2 PEPP nenarúša stimuly pre zdravé rozpočtové politiky

V čl. 123 ods. 1 ZFEÚ je zakázané priame odkúpenie ich pohľadávok alebo dlhov národnými centrálnymi bankami alebo ECB. Zdá sa však, že medzi odborníkmi v celom politickom spektre panuje všeobecná zhoda, že primeranou reakciou na súčasný hospodársky šok je expanzívna fiškálna politika. Európska komisia ako ochrankyňa fiškálnych pravidiel EÚ[24] navrhla aktiváciu všeobecnej únikovej doložky v rámci Paktu stability a rastu.[25] Pravdepodobne by však bolo nezodpovedné, aby sa akákoľvek vláda eurozóny pridržiavala svojich fiškálnych politík vzhľadom na hospodársky šok ktorý bol spôsobený pandémiou COVID-19. Mnoho národných vlád v skutočnosti prijalo expanzívnejšiu fiškálnu politiku predtým, ako Rada guvernérov ECB oznámila PEPP. Prípadné spochybňovanie zákonnosti PEPP na základe čl. 123 ods. 1 ZFEÚ sa tak ukáže ešte ťažšie ako v prípade OMT a PSPP. Preto môžeme dospieť k záveru, že PEPP tiež spĺňa tretie kritérium, pretože je v súlade so zákazom menového financovania.

2. Bolo by zvýšenie limitov zákonné?

Oznámenie PEPP obsahovalo aj dôležité ustanovenie o možnej ďalšej zmene jeho usporiadania: *„Rada guvernérov zváži jeho revíziu v rozsahu potrebnom na to, aby bola jeho činnosť primeraná rizikám, ktorým čelíme.“* ECB tu signalizuje, že by mohla zmierniť niektoré zo záruk, aby zabezpečila, že program zostane účinným nástrojom. Týka sa to

23 PERÁČEK, T.: Medzinárodnoprávne garancie prístupu k informáciám. In: *Súčasné trendy a problémy v manažmente*, Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, 2013.

24 CRAIG, P. - de BÚRCA, G.: *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: University Press, 2015.

25 Questions and answers: Commission proposes activating fiscal framework's general escape clause to respond to coronavirus pandemic, QANDA/20/500, 20 March 2020.

najmä emisných limitov: v určitom okamihu bude možno potrebné ho zvýšiť, aby sa zabezpečilo, že ECB a národné centrálne banky môžu naďalej kupovať dlhopisy, akonáhle sa dosiahne tento limit. Otázka potom preto znie: Platí vyššie uvedené právne posúdenie aj pri vyšších limitoch?

Podľa PSPP nesmie ECB nakupovať viac ako 33 % jedného cenného papiera akceptovateľného pre PSPP (emisný limit) a najviac ako 33 % celkových nesplatených cenných papierov členských štátov (limit emitenta). Po prvé, je dôležité si uvedomiť, že PSPP bol prvý program s vopred definovanými limitmi – program ako OMT, takéto vlastnosti nemal. Po spustení programu OMT nemali štátne dlhopisy žiadne doložky o kolektívnej akcii. Po druhé, ani v rámci PSPP Súdny dvor EÚ nenariadil, že nákupné limity musia byť v určitej výške. Skôr zdôraznil, že keďže ESCB *„nemá právomoc nakúpiť celý súbor dlhopisov a ani celú jednu emisiu týchto dlhopisov, ... pri nákupe dlhopisov od ústrednej vlády členského štátu sa súkromný hospodársky subjekt nevyhnutne vystavuje riziku, že ich nebude môcť ďalej predať ESCB na sekundárnych trhoch, pretože nákup všetkých vydaných dlhopisov je v každom prípade vylúčený.“*[26] PEPP sa riadi rovnakou logikou. Aj keď 33 % -né limity z PSPP nemusia byť vhodné pre ciele PEPP, Eurosystém by nikdy nekupoval celú sériu dlhopisov, ale iba všetky dlhopisy vydané členským štátom. Keďže sa Súdny dvor EÚ nezameriava na presnú výšku limitov, ale na neschopnosť súkromných investorov s istotou ďalej predávať svoje cenné papiere Eurosystému, je nepravdepodobné, že by odchýlka od limitov PSPP spôsobila nezákonnosť PEPP. Hlavným dôvodom, prečo niektorí tvrdia, že sú potrebné limity emitenta, je to, že Eurosystém bude vždy musieť hlasovať proti akejkoľvek reštrukturalizácii dlhu, aby sa predišlo porušeniu zákazu menového financovania. Z tohto dôvodu sa argumentuje tým, že by nemal mať blokujúcu menšinu pri žiadnej emisii dlhopisov.

2. 1 Konanie o žalobe na neplatnosť aktu ECB?

SDEÚ preskúmava zákonnosť legislatívnych aktov, aktov Rady EÚ, Európskej komisie a ECB (okrem odporúčaní a stanovísk). Dôvodom je nedostatok právomoci, porušenie podstatných procesných predpisov, porušenie zmlúv alebo akéhokoľvek právneho pravidla týkajúceho sa uplatňovania alebo zneužitia právomocí. V prípade aktívnej legitimácie je potrebné rozlišovať medzi privilegovanými, poloprivilegovanými a neprivilegovanými žalobcami. Privilegovanými žalobcami sú Európsky parlament, Rada EÚ, Európska komisia, členské štáty EÚ (tí môžu podať žalobu voči všetkým aktom, ktoré môžu byť preskúmateľné a nemusia odôvodňovať svoj záujem na podaní žaloby). Poloprivilegovanými žalobcami sú Dvor audítorov, ECB a Výbor regiónov (tí môžu podať žalobu len za účelom ochrany ich práv). Neprivilegovanými žalobcami sú fyzické a právnické osoby. Fyzické a právnické osoby sa považujú za individuálne dotknuté, ak ide o akt všeobecnej pôsobnosti, ktorý sa ich bezprostredne dotýka, ak tento akt negatívne ovplyvňuje ich právne postavenie tým, že jednoznačným a bezprostredným spôsobom obmedzuje ich

26 C-493/17, Weiss a i. proti ECB, ECLI:EU:C:2018:1000, bod. 125.

práva alebo im ukladá povinnosti. Lehota na podanie žaloby je 2 mesiace od uverejnenia aktu alebo od jeho oznámenia žalobcovi. Ako dôvod neplatnosti právneho aktu sa chápe nedostatok právomoci (napr. v sporoch o právny základ aktu), porušenie podstatných procesných predpisov, porušenie zmlúv alebo akéhokoľvek právneho pravidla týkajúceho sa uplatňovania alebo zneužitia právomocí, zneužitie právomoci a porušenie medzinárodného práva. Ak je žaloba opodstatnená, SDEÚ vyhlási napadnutý akt za neplatný a taktiež uvedie, ak to považuje za potrebné, ktoré z účinkov aktu, ktorý vyhlásil za neplatný, sa považujú za konečné (čl. 264 ZFEÚ). Následne má inštitúcia, orgán, úrad alebo agentúra, ktorej akt bol vyhlásený za neplatný alebo ktorej nečinnosť bola vyhlásená za odporujúcu zmluvám povinnosť urobiť nevyhnutné opatrenia, aby vyhovela rozsudku SDEÚ (čl. 266 ZFEÚ).

3. Dopad programu

Program OMT bol rozsiahly a bol zahájený s potenciálom nákupu neobmedzeného množstva štátnych dlhopisov. Nákupy boli jasne zamerané na štátne dlhopisy v núdzových krajinách eurozóny. Pri oznámení OMT programu ECB výslovne uviedla, že nákupy budú mať neobmedzenú veľkosť. Dôraz na veľkosť programu bol dôležitým faktorom pre jeho efektívnosť. Oznámenie o PSPP prekvapilo účastníkov trhu, pretože počet nákupov bol väčší, ako sa očakávalo. Už len táto skutočnosť pravdepodobne spôsobila opätovné vyváženie portfólia. ECB sa spoliehala na svoj teoreticky neobmedzený potenciál nákupu dlhopisov. Od oznámenia programu nákupu podnikového sektora (CSPP) v marci 2016 sa podmienky financovania nefinančných spoločností eurozóny zlepšili. CSPP mal tak nepriamo aj pozitívne vedľajšie účinky na širšie finančné prostredie pre firmy v eurozóne. Zlepšili sa podmienky financovania a existujú náznaky, že CSPP uvoľnil kapacitu bánk poskytovať pôžičky spoločnostiam.[27] Dôkazy o nepriaznivých vedľajších účinkoch na financovanie spoločností a fungovanie trhu v dôsledku CSPP sú teda upokojujúce. Fungovanie trhu s podnikovými dlhopismi zabezpečilo najmä hladké vykonávanie programu podporené pružným tempom nákupov Eurosystému a jeho adaptabilita na trhu. Tieto zistenia podporujú celkovo úspešnú implementáciu programu za meniacich sa trhových podmienok bez toho, aby mali rušivý dopad na trh.

Záver

Vyhlásenie PEPP programu predstavuje bezprecedentný krok v histórii európskej menovej integrácie.[28] Je to však primeraná reakcia na celosvetovú krízu, ktorú predstavuje prepuknutie pandémie COVID-19, ako aj finančný a hospodársky šok, ktorý vyvolala. Zákonnosť programu PEPP možno obhajovať na základe týchto mimoriadnych makroekonomických okolností, ako aj na základe posúdenia predchádzajúcich programov nákupu dlhopisov ECB zo strany Súdneho dvora EÚ. Rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci Gauweiler a Weiss definovali hranice, v rámci ktorých môže ECB navrhovať svoje opatre-

27 GRMELOVÁ, N.: *Vybrané kapitoly z evropského obchodného práva*. Praha: Oeconomica, 2016.

28 BORCHARDT, K. D.: *Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*. 7. Auflage. Heidelberg: C.F.Müller, 2020.

nia menovej politiky. PEPP tieto hranice nepresahuje. S cieľom zmierniť riziko akýchkoľvek následných právnych problémov by však právny akt, na ktorom je založený program PEPP, mal zdôrazňovať tieto zásady, ktoré vychádzajú z príslušnej judikatúry Súdneho dvora EÚ, t.j. ciele PEPP sú primerané, pretože sa zameriavajú na zlyhanie menovej politiky v celej menovej oblasti, ktoré je vyvolané náhlym zastavením hospodárskej činnosti, čím oslabujú jedinečnosť menovej politiky; PEPP program je primeraný, pretože zahŕňa tieto záruky: nákupy dlhopisov sú (i) obmedzené na 750 miliárd EUR, (ii) časovo obmedzené na obdobie zlyhania menovej politiky, (iii) neselektívne, (iv) obmedzené na cenné papiere s prísnymi kritériami akceptovateľnosti a (v) podliehajúce obmedzenej dohode o zdieľaní strát a napokon PEPP program neporušuje zákaz menového financovania, pretože (i) nemá rovnaký účinok ako nákup dlhopisov na primárnych trhoch v dôsledku a nemotivuje členské štáty, aby mali „nezdravé" rozpočtové politiky.

✪ ✪ ✪

LITERATURA

[1] BORCHARDT, K. D.: *Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*. 7. Auflage. Heidelberg: C.F.Müller, 2020. ISBN 978-3-8252-5278-6.

[2] CRAIG, P. – de BÚRCA, G.: EU *Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: University Press, 2015. ISBN 978-01-9871-492-7.

[3] FUNTA, R. – GOLOVKO, L.– JURIŠ, F.: *Európa a Európske právo.* 2. doplnené a rozšírené vydanie. Brno: MSD, 2020. ISBN 978-80-7392-334-1.

[4] FUNTA, R.: The CJEU judgment on the OMT program of the ECB: is there a rule of law or ECB dictatorship in the EU?. In: *EU Law Journal*, No. 1. 2016. ISSN 2453-7098.

[5] GÁBRIŠ, T.: Pramene práva. In: *Comenius Journal*, Roč. 4. 2019. ISSN 2454-0846.

[6] GRMELOVÁ, N.: *Vybrané kapitoly z evropského obchodného práva*. Praha: Oeconomica, 2016. ISBN 978-80-2452-118-3.

[7] CHALMERS, D. - DAVIES, G. - MONTI, G.: *European union law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-05-2112-151-4.

[8] KALESNÁ, K. – HRUŠKOVIČ, I. – ĎURIŠ, M.: *Európske právo*. Bratislava: VO PFUK, 2012. ISBN 978-80-7160-326-9.

[9] KARAS, V. – KRÁLIK, A.: *Právo Európskej únie*. 1. vydanie, Bratislava: C.H.Beck, 2012. ISBN 978-80-7179-287-1.

[10] KĽUČKA, J. – MAZÁK, J.: *Základy európskeho práva*. Bratislava: Iura Edition, 2004. ISBN 978-80-8078-005-6

[11] LANDGRÁF, R.: *Předvídatelnost vers. „spravedlnost" daňového práva*. Právo v podnikání vybraných členských států Evropské Unie – sborník příspěvků k VIII. ročníku mezinárodní vědecké konference, 1. vydání. Praha: TROAS s.r.o., 2016. ISBN 978-80-88055-03-7.

[12] MAZÁK, J. – JÁNOŠÍKOVÁ, M.: *Základy práva Európskej únie*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2009. ISBN 978-80-8078-289-4.

[13] PERÁČEK, T.: Medzinárodnoprávne garancie prístupu k informáciám. In: *Súčasné trendy a problémy v manažmente*, Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, 2013. ISBN 978-80-223-3526-3.

[14] PROCHÁZKA, R. – ČORBA, J.: *Právo Európskej únie*. Bratislava: Poradca podnikateľa, 2006. ISBN 978-80-8893-162-1.

[15] SIMAN, M. - SLAŠŤAN, M.: *Primárne právo Európskej únie*. Bratislava: Euroiuris, 2010. ISBN 978-80-8940-606-7.

[16] SVÁK, J.: *Ochrana ľudských práv*. Bratislava: Poradca podnikateľa, 2003. ISBN 978-80-8893-119-3.

[17] SVÁK, J. – CIBULKA, Ľ. – KLÍMA, K.: *Ústavné právo SR - Všeobecná časť*. 3. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2009. ISBN 978-80-8936-335-3.

[18] SVOBODA, P.: *Úvod do Evropského práva*. 3. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011. ISBN 978-80-7400-313-4.

[19] ŠMEJKAL, V.: Impact of the COVID-19 Pandemic on European Antitrust. Mere Adaptations or Real Changes? In: *Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper*, No. 2020/II/1. 2020. ISSN 2336-5811.

[20] ŠMEJKAL, V. – SVOBODOVÁ, M.: ECJ's New Role - Guardian of Open but not Socially Inclusive Europe? In: *Eastern European journal of Transnational Relations*, No. 2. 2018. ISSN 2544-9214.

[21] TOMÁŠEK, M.: *Evropské měnové právo*. Praha: C.H.Beck, 2004. ISBN 80-7179-860-6.

Kontaktní adresa autora:
doc. JUDr. Rastislav Funta, Ph.D., LL.M.
Vysoká škola Danubius
Richterova č. 1171
925 21 Sládkovičovo
E-mail: rastislav.funta@vsdanubius.sk

Michal Úradník michal.uradnik@umb.sk

ZVYŠOVANIE ÚVEROVÝCH KAPACÍT BÁNK – OPATRENIE NA PODPORU EKONOMIKY ALEBO OPATRENIE NARUŠUJÚCE FINANČNÚ STABILITU PRO FUTURO

INCREASING THE LENDING CAPACITY OF BANKS – A MEASURE TO SUPPORT THE ECONOMY OR A MEASURE UNDERMINING FINANCIAL STABILITY FOR THE FUTURE

Abstrakt: Spoločnosť je dnes ovplyvnená pandémiou spôsobenou koronavírusom SARS-CoV-2 a okrem oblasti zdravotníctva rieši aj ekonomické následky pandémie. S cieľom zamedziť neželaným následkom sú prijímané ekonomické opatrenia smerujúce aj do oblasti bánk a zvyšovania ich úverových kapacít, a to aj v záujme ochrany a podpory podnikateľského sektora. Právno-ekonomickou otázkou ostáva skutočnosť, či sú prijímané opatrenia nielen ekonomicky správne ale najmä uvádzané do života náležitým legislatívnym a právnym spôsobom.

Abstract: Today, society is affected by the pandemic caused by the coronavirus SARS-CoV-2 and, in addition to healthcare, is also dealing with the economic consequences of the pandemic. In order to prevent the undesirable consequences of the recent economic and financial crisis, it is also taking economic measures aimed at banks and increasing their lending capacity. However, the legal-economic question remains whether the measures taken are not only economically correct but, in particular, implemented in the appropriate legislative and legal way.

Kľúčové slová: *banky, úverová kapacita, dohľad nad finančným trhom, opatrenia, nedostatky.*

Key words: *banks, credit capacity, financial market supervision, measures, shortcomings.*

1. Prepad ekonomiky a rast úverov

V dôsledku pandémie sa ekonomika na Slovensku prepadla a v druhom štvrťroku 2020 HDP poklesol o 12,2 %. S tým súvisí aj masívny prepad tržieb podnikového sektora. Počet úverov poskytnutých domácimi bankami domácnostiam a sektoru nefinančných podnikov na Slovensku síce klesal a je na medziročnej úrovni 5,9 %. Napriek tomu je tempo zadlžovania aj počas pandémie šieste najrýchlejšie spomedzi krajín Európskej únie. Rast bol zaznamenaný aj v úveroch poskytnutých podnikovému sektoru, ktoré mali v minulosti klesajúcu tendenciu. Rast úverov podnikovému sektoru bol spôsobený výpadkom tržieb podnikov a zvýšenej potrebe financovania svojich nákladov aj počas pandémie. V kontexte uvedeného je nutné akcentovať, že zadlženosť súkromného sektora sa v dru-

hom štvrťroku 2020 významne zvýšila, a to o 4,5 p.b. a po prvýkrát v histórii prekonala úroveň 100 % HDP. Zadlženosť súkromného sektora predstavuje 101,7 % HDP.[1]

Medzi prvé opatrenia vo finančnej oblasti patrí aj zákon č. 67/2020 Z. z. o niektorých mimoriadnych opatreniach vo finančnej oblasti v súvislosti so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19 v platnom znení (ďalej v texte ako „Zákon lex korona"), ktorým boli prijaté viaceré opatrenia. V intenciách §§ 25 – 30p Zákona lex korona možno akcentovať najmä finančnú pomoc, a s tým súvisiace zvyšovanie úverových kapacít bánk, ako základnej funkcie bánk,[2] odklad splátok, zrušenie tzv. bankového odvodu a opatrenia v oblasti dohľadu nad finančným trhom, a to najmä možnosť prerušenia konania a opakované predĺženie lehoty na vykonanie úkonov. Uvedené implikuje otázku, či reakcia Národnej banky Slovenska (ďalej v texte aj len ako „NBS") na prípadné contra legem konanie zo strany bánk bude dostatočne rýchla, aby nedošlo k ohrozeniu stability finančného trhu, pretože podnikateľské prostredie je celkovo citlivé na akékoľvek, najmä právne a ekonomické, zmeny.[3]

Opatrenia prijaté za účelom stabilizácie finančného trhu, napríklad zníženie mieri proticyklického kapitálového vankúša zo strany NBS implikuje otázku, či napriek absencii zákonnej náležitosti určenia predpokladaného obdobia, počas ktorého sa neočakáva jej zvýšenie, možno pandemickú situáciu v korelácii s núdzovým stavom vnímať ako výnimočný prípad, umožňujúci v zmysle dikcie § 33g ods. 4 zákona č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení (ďalej v texte ako „Zákon o bankách") skoršie uplatňovanie zvýšenej mieri proticyklického kapitálového vankúša. A ak áno, aké sú aprobované prostriedky bánk, ktorými by sa mohli voči neočakávanému zvýšeniu proticyklického kapitálového vankúša brániť.

2. Stabilita bankového sektora a zvyšovanie úverovej kapacity

Za účelom kumulácie kapitálu na prekonanie nepriaznivých udalostí vytvárajú banky v zmysle dohody Bazilej III. tzv. kapitálový konzervatívny vankúš. Podľa § 33b ods. 1 Zákona o bankách kapitálový konzervatívny vankúš vytvára banka vo výške 2,5 % jej celkovej rizikovej expozície vypočítanej podľa osobitného predpisu[4] na individuálnom základe a konsolidovanom základe. V zmysle Dohody Bazilej III. sa vytvára aj tzv. proticyklický kapitálový vankúš, ktorý sleduje dosiahnutie lepšej ochrany bankového sektora v čase nadmerného rastu celkových úverov.[5]

---

1 Národná banka Slovenska. Štvrťročný komentár k politike obozretnosti na makroúrovni - Október 2020. s. 6. Dostupné z: https://www.nbs.sk/_img/Documents/_Dohlad/Makropolitika/WEB_Stvrtrocny_komentar_2020_Oktober_verejna_verzia.pdf [cit. 20.10.2020].

2 KUBINCOVÁ, S. - LEITNEROVÁ, L.: *Finančné právo. I. časť. Právna úprava rozpočtov, meny, devízového práva a práva finančného trhu*. Banská Bystrica: Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela - Belianum: Univerzita Mateja Bela, Právnická fakulta, 2015, s. 307.

3 MARKOVÁ, H.: Aktuální problémy finančního práva v podnikatelském prostředí ČR a EÚ. [online]. *Aktuální problémy práva v podnikatelském prostředí ČR a EU, sborník příspěvků z mezinárodní vìdecké konference 2013*. Dostupné z: https://kpep.vse.cz/wp-content/uploads/page/1940/Sborn%C3%ADk-2015-d%C3%ADl-2_fv.pdf s. 188. [cit. 25.10.2020].

4 Osobitným predpisom je článok 92 ods. 3 Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 575/2013 z 26.06.2013 o prudenciálnych požiadavkách na úverové inštitúcie a investičné spoločnosti a o zmene nariadenia (EÚ) č. 648/2012.

5 SZPYRC, M. - NOVOTA, D.: Bazilejské dohody o kapitáli a kapitálová primeranosť bánk v SR. [online]. *Biatec*. 7/2013. s. 24–27. Dostupné z: https://www.nbs.sk/_img/Documents/_PUBLIK_NBS_FSR/Biatec/Rok2013/07-2013/06_biatec13-7_szpyrc.pdf [20.10.2020].

Podľa § 33g ods. 3 Zákona o bankách Národná banka Slovenska určuje mieru proticyklického kapitálového vankúša vyjadrenú ako percentuálny podiel k celkovej rizikovej expozície vypočítanej podľa osobitného predpisu,[6] a to v rozmedzí od 0 % do 2,5 %, a v násobkoch po 0,25 percentuálneho bodu. S prihliadnutím na rozhodnutie NBS č. 1/2020 zo dňa 28. 01. 2020 bola na rok 2020 určená miera proticyklického kapitálového vankúša vo výške 2,00 %. Rozhodnutím NBS č. 7/2020 zo dňa 28. 04. 2020 jeho výška klesla na 1,5 % a od rozhodnutia NBS č. 13/2020 zo dňa 14. 07. 2020 je miera proticyklického kapitálového vankúša na úrovni 1,00 %. Hlavným cieľom zníženia proticyklického kapitálového vankúša bolo podľa NBS[7] zvýšiť objem voľného kapitálu a jeho následné využitie v rámci zintenzívnenie úverovania, ako aj vytváranie priestoru pre tvorbu opravných položiek zo strany bánk. Rozhodnutím NBS č. 20/2020 zo dňa 27. 10. 2020[8] ponechala NBS mieru proticyklického kapitálového vankúša na úrovni 1,00 %, a to aj vzhľadom na stále vysokú neistotu a prípadnú zrýchlenú tvorbou opravných položiek vyvolanú najmä zvýšenou mierou zlyhávania úverov.[9]

Otázkou ekonomického posúdenia ostáva skutočnosť, či „oslabenie" proticyklického kapitálového vankúša nebude mať v korelácii s preferovaným zvýšením úverových kapacít bánk negatívne dôsledky na finančný trh. Finančný trh totiž predstavuje mechanizmus právnych a ekonomických nástrojov, inštitúcií a vzťahov, v rámci ktorých sa stretáva ponuka a dopyt po peňažných nástrojoch,[10] čím sa prezumuje dynamika finančného trhu.

Podľa § 33g ods. 2 písm. a) Zákona o bankách sa pri určení referenčnej hodnoty pre proticyklický kapitálový vankúš zohľadňuje: 1) ukazovateľ rastu úverov a z neho vyplývajúcich rizík, najmä na odchýlku pomeru objemu poskytnutých úverov k hrubému domácemu produktu od jeho dlhodobého trendu, ako aj 2) všetky príslušné usmernenia vydané Európskym výborom pre systémové riziká.

S prihliadnutím na textáciu rozhodnutí NBS o znížení miery proticyklického kapitálového vankúša podľa § 33g ods. 5 Zákona o bankách možno rezultovať skutočnosť, že NBS vo svojich rozhodnutiach[11] opomína označeným zákonom stanovenú povinnosť, a síce určenie obdobia, počas ktorého sa neočakáva zvýšenie miery proticyklického kapitálového vankúša. Uvedené znamená nielen contra legem konanie zo strany NBS, ale voči bankám aj neistotu, a to v obmedzení peňažných operácii, napr. aj na poskytovanie úverov, pretože banka nepozná dobu „fixácie" miery proticyklického kapitálového vankúša, ku ktorého zvýšeniu môže dôjsť už k ďalšiemu štvrťroku. Dikcia § 33g ods. 4 Zákona o bankách síce prezumuje, že zvýšenie miery proticyklického kapitálového vankúša sa uplatňuje až po 12 kalendárnych mesiacoch od jeho oznámenia. Predmetné ale neplatí vo výnimočných prípadoch.

---

6 Osobitným predpisom je článok 92 ods. 3 Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 575/2013 z 26.06.2013 o prudenciálnych požiadavkách na úverové inštitúcie a investičné spoločnosti a o zmene nariadenia (EÚ) č. 648/2012.

7 Národná banka Slovenska. Správa o stave a vývoji finančného trhu - prvý polrok 2020. s. 43. Dostupné z: https://www.nbs.sk/_img/Documents/_Dohlad/Makropolitika/Sprava_o_stave_a_vyvoji_FT_za_1.polrok_2020.pdf [cit. 20.10.2020].

8 V § 3 je chyba v písaní, keď dátum účinnosti rozhodnutia je datovaný nie od 01.11.2020, ale nesprávne od 01.11.2021.

9 Národná banka Slovenska. Štvrťročný komentár k politike obozretnosti na makroúrovni – Október 2020. s. 4. Dostupné z: https://www.nbs.sk/_img/Documents/_Dohlad/Makropolitika/WEB_Stvrtrocny_komentar_2020_Oktober_verejna_verzia.pdf [cit. 20.10.2020].

10 HORNIAKOVÁ, Ľ.: *Cenné papiere a finančný trh*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1995. s. 28. Odborná literatúra definuje finančný trh aj ako hmotne motivované a inštitucionálne organizované nakupovanie a predávanie peňazí. – K tomu pozri: SVOBODA, J. a kol.: Slovník slovenského práva. Žilina: Poradca podnikateľa, 2000, s. 199.

11 Autor článku prihliadal na rozhodnutia za posledné 3 roky, t.j. roky 2018, 2019 a 2020.

Z dôvodu absencie legálnej definície výnimočného prípadu Zákonom o bankách sa je možné dôvodne domnievať, že aj súčasná epidemiologická situácia v korelácii s vyhláseným núdzovým stavom predstavujú výnimočný prípad, a teda k zvýšeniu môže dôjsť k ďalšiemu štvrťroku podľa § 33g ods. 2 Zákona o bankách.[12]

Podľa dikcie § 33n Zákona o bankách rozhodnutie o určení mieri proticyklického kapitálového vankúša nadobúda právoplatnosť a vykonateľnosť dňom jeho zverejnenia vo vestníku vydávanom NBS a proti tomuto rozhodnutiu nemožno podať opravný prostriedok ani nie je preskúmateľné správnym súdom. Proti uvedenému rozhodnutiu tak neexistuje inštitút nápravy. Per analogiam, v intenciách § 21 ods. 1 písm. b) zákona č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v platnom znení je síce možné vykonať previerky zachovávania zákonnosti, tieto ale zákonodarca v dikcii § 30 ods. 1 zmieňovaného zákona spája so skončenými vecami, čo zakladá prezumpciu konania, ktoré však v prípade vydania rozhodnutia podľa § 33g Zákona o bankách neprebieha. Ako možný prostriedok nápravy tak ostáva sťažnosť podľa čl. 127 zákona č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky v platnom znení, v ktorej by mohli banky namietať absenciu zákonných náležitostí, porušenie právnej istoty a princípu právneho štátu, a to v kontexte nepredvídateľnosti zvýšenia mieri proticyklického kapitálového vankúša.

K stabilite finančného trhu v kontexte poskytovania úverov prispieva aj tvorba opravných položiek. Ku koncu prvého polroka 2020 predstavovala čistá tvorba opravných položiek sumu vo výške 252 mil. EUR, čo je takmer 3,5-krát viac ako za rovnaké obdobie minulého roka. Tvorba opravných položiek je podľa NBS znakom prípravy bánk na horšie časy a nesúvisí so zlyhanými úvermi v tomto období. Vo štvrťročnom komentári k politike obozretnosti na makroúrovni, vydaným k októbru 2020, NBS pozitívne hodnotí aj vývoj solventnosti bankového sektora, ktorá ku koncu prvého polroka 2020 dosiahla úroveň 19,5 %. Nárast solventnosti súvisí s ponechaním si zisku z roku 2019 v kapitáli bánk, čo bankám NBS odporúčala aj v Odporúčaní č. 1/2020 zo dňa 28. 07. 2020. Z dôvodu, že banky majú dostatok voľného kapitálu, nevystáva ani potreba ďalšieho znižovania proticyklického kapitálového vankúša.[13]

V zmysle Rozhodnutia NBS č. 9/2020 zo dňa 26. 05. 2020 ostala aj od 01. 01. 2021 výška tlmiacej rezervy, určená podľa § 33d ods. 5 Zákona o bankách, pre lokálne systémovo významné banky (O-SII) rovnaká, iba v prípade Poštovej banky, a.s. došlo k zníženiu z 1 % na 0,25 %.[14] V kontexte uvedeného možno ako pozitívum označiť skutočnosť, že v zmysle § 33e ods. 5 Zákona o bankách a na podklade Rozhodnutia NBS č. 10/2020 zo dňa 26. 05. 2020 ostáva miera vankúša vlastného kapitálu Tier 1 na krytie systémového rizika pre banky[15] v porovnaní s rokom 2019 rovnaká.

12 Z vykonaného prieskumu webovej stránky NBS sa autorovi článku nepodarilo dohľadať ani údaje podľa § 33g ods. 6 Zákona o bankách.

13 Národná banka Slovenska. Štvrťročný komentár k politike obozretnosti na makroúrovni - Október 2020. s. 7-8. Dostupné z: https://www.nbs.sk/_img/Documents/_Dohlad/Makropolitika/WEB_Stvrtrocny_komentar_2020_Oktober_verejna_verzia.pdf [cit. 20.10.2020].

14 Tamtiež, s. 11.

15 Slovenská sporiteľňa, a. s., Tatra banka, a. s., Všeobecná úverová banka, a. s.

3. Absencia legislatívnej dôslednosti

Uvedené opatrenia ale nemenia nič na skutočnosti, že banky v poslednom období opätovne zmierňovali úverové štandardy pri poskytovaní úverov.[16] Zmierňovanie úverových štandardov je síce potrebné vnímať v snahe zvyšovania úverových kapacít bánk a zrýchlenia dynamiky poskytovania úverov. Na strane druhej je aj naďalej potrebné sledovať spôsob a podmienky, za ktorých sa úvery poskytujú, ako aj samotnú bonitu osoby dlžníka. Autor článku preto vyjadruje právny názor, kedy v zmysle Zákona lex korona nemalo dôjsť k prijatiu právnej úpravy umožňujúcej prerušenia konania a predĺženia lehoty na vykonanie úkonov v rámci výkonu dohľadu nad finančným trhom. Vice versa, NBS mala jednotlivé banky viac kontrolovať a pred represívnym pôsobením v podobe uplatnenia sankcii[17] za zistené nedostatky, mala pôsobiť preventívne a svojou kooperáciou participovať na odstránení nedostatkov.

Prerušenie konania v zmysle Zákona lex korona je potrebné vnímať najmä vo vizibilite dôvodu prerušenia, a síce okolností súvisiacich s obdobím pandémie a brániacich v riadnom prejednaní a rozhodnutí veci. Otázkou posúdenia ale ostáva, na strane koho sú tieto okolnosti, a síce na strane NBS alebo na strane dohliadaného subjektu. Autor článku sa domnieva, že pôjde prevažne o okolnosti na strane NBS. Predmetný rezultát implikuje aj porovnanie § 26 ods. 1 Zákona lex korona a § 8 označeného zákona, kedy k prerušeniu daňového konania môže dôjsť len na žiadosť daňovému subjektu, ktorý je dokonca k podaniu žiadosti prinútený. Ak totiž nechce, aby mu plynuli lehoty na vykonanie úkonov, ktoré by mohol zmeškať, musí podľa § 8 ods. 3 o prerušenia daňového konania požiadať. Zjednodušene vyjadrené, zatiaľ čo v prípade daňového konania sa na jeho prerušenie vyžaduje aktivita samotného daňového subjektu ako účastníka konania, v prípade konania na úseku dohľadu nad finančným trhom akákoľvek aktivita dohliadaného absentuje a záleží tak výlučne na vôli NBS kedy konanie preruší. Uvedené predstavuje podľa názoru autora článku negatívum legislatívnej techniky, ktoré je umocnené aj absenciou maximálnej prípustnej doby prerušenia konania. Možno sa tak domnievať, že konanie je prípustné prerušiť len na nevyhnutný čas, počas ktorého existujú dôvody podľa § 26 ods. 1 Zákona lex korona, maximálne však do skončenia obdobia pandémie (§ 26 ods. 3 Zákona lex korona).

Negatívne možno hodnotiť aj zákonodarcom novoprijatú možnosť NBS, a síce predĺžiť lehoty na vykonanie úkonov alebo povinností, ktoré NBS vyplývajú z osobitných predpisov, a to opäť z dôvodu pandémie. V porovnaní s orgánmi finančnej správy, tieto nemajú vlastnú možnosť predĺžiť si sami lehoty na vykonanie úkonov a o predĺžení lehoty rozhoduje v zmysle príslušných ustanovení zákona č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení orgán druhého stupňa. V zmysle § 28 Zákona lex korona sa dokonca uplatnila zákonná prezumpcia predĺženia lehôt na vykonanie úkonov v rámci pôsobnosti NBS, ale len lehôt platných pre činnosť samotnej NBS. Prezumpcia pre dohliadané subjekty neplatí. Ak majú dohliadané subjekty záujem na predĺžení lehoty pre úkony alebo povinnosti vyplývajúce im z právnych predpisov, musia o predĺženie požiadať.

16 Tamtiež, s. 12.

17 K tomu pozri: ustanovenia § 12 a nasl., § 35b - § 35k zákona č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení a príslušné ustanovenia Zákona o bankách.

Záver

Prijaté opatrenia nie je možné vnímať v obmedzenej optike, ktoré koexistujú nezávislé popri sebe. Naopak, opatrenia je nutné hodnotiť a percipovať vo vzájomnej korelácii a s osobitým akcentom na skutočnosť, že v súčasnosti sa veľké množstvo právnych predpisov prijíma v skrátenom legislatívnom procese, ktorý by sa mal uplatňovať len vo výnimočných prípadoch, pretože obmedzuje počet oprávnených osôb podávať pripomienky, prerokovanie vo výboroch a iné[18], čo môže mať a má za následok zníženie kvality právnej normy.

V konklúzii vyššie uvedených skutočností sa autor článku domnieva, že pred prerušením konania, predĺžením lehoty na vykonanie úkonov či ukladaním sankcii sa má obzvlášť v čase pandémia uprednostňovať kooperácia a pomoc NBS pri zistení a následnom odstránení nedostatkov. Dynamika finančného trhu nepozná prerušenie konania či predĺženie lehoty. Ak budú vykonávané nesprávne postupy zo strany bánk, ktoré nebudú Národnou bankou Slovenska včas zistené, môže tým byť vážne narušená stabilita „slovenského" finančného trhu. Negatívne zmeny na finančnom trhu následne nepriaznivo ovplyvnia aj podnikateľský sektor. Dnes prezentované zvyšovanie úverových kapacít bude v záujme obnovy stability finančného trhu maximálne potlačené a podnikatelia stratia možnosť požičať si peňažné prostriedky na zvládnutie ťažkého obdobia.

LITERATURA

[1] HORNIAKOVÁ, Ľ.: *Cenné papiere a finančný trh*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1995. 103 s. ISBN 80-7160-071-7.

[2] KUBINCOVÁ, S. – LEITNEROVÁ, L.: *Finančné právo. I. časť. Právna úprava rozpočtov, meny, devízového práva a práva finančného trhu*. Banská Bystrica: Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela – Belianum: Univerzita Mateja Bela, Právnická fakulta, 2015, 400 s. ISBN 978-80-557-0877-5.

[3] MARKOVÁ, H.: Aktuální problémy finančního práva v podnikatelském prostředí ČR a EÚ. [online]. *Aktuální problémy práva v podnikatelském prostředí ČR a EU, sborník příspěvkù z mezinárodní vìdecké konference 2013*. Dostupné z: https://kpep.vse.cz/wp-content/uploads/page/1940/Sborn%C3%ADk-2015-d%C3%ADl-2_fv.pdf, s. 188–193. [cit. 25.10.2020].

[4] SVOBODA, J. a kol.: *Slovník slovenského práva*. Žilina: Poradca podnikateľa, 2000, 864 s. ISBN 80-88931-06-1.

[5] SZPYRC, M. – NOVOTA, D.: Bazilejské dohody o kapitáli a kapitálová primeranosť bánk v SR. [online]. *Biatec*. 7/2013. s. 24 - 27. Dostupné z: https://www.nbs.sk/_img/Documents/_PUBLIK_NBS_FSR/Biatec/Rok2013/07-2013/06_biatec13-7_szpyrc.pdf [20.10.2020].

18 K tomu bližšie pozri § 89 zákona č. 350/1996 Z. z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky v platnom znení.

Kontaktní adresa autora:
Mgr. Michal Úradník
Katedra obchodného a finančného práva
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici
Komenského 20
974 01 Banská Bystrica
E-mail: michal.uradnik@umb.sk

PRÁVO V PODNIKÁNÍ
VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU

Sborník příspěvků k XII. ročníku mezinárodní vědecké konference

Hlavní pořadatel konference:
Katedra podnikového a evropského práva FMV VŠE v Praze

Vydalo nakladatelství TROAS v Praze
v roce 2020

Vydání první, náklad 60 ks.

Editoři publikace:
Jan Škrabka
Lukáš Vacuška

Grafický design, sazba:
Kateřina Štěpánková, DiS,
GRAFIS – grafický servis
grafis@email.cz, www.graficky-servis.cz

Mezinárodní vědecký výbor:

Předseda:
doc. JUDr. Zbyněk Švarc, Ph.D.
(Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)

Členové:
- prof., prof. zw., Dr. et Mgr. Ing. Alexander Bělohlávek, prof. hon., dr.h.c.
- prof. JUDr. Michael Bogdan, jud. dr., B.A., LL.M. (University of Lund, Švédsko)
- o. Univ.-Prof. Mag. Mag.phil. Dr.iur. Tomislav Boric (University of Graz, Rakousko)
- prof. JUDr. Jan Dědič, CSc. (Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)
- prof. Dr. Miklós Király (Eötvös Loránd University, Hungary)
- prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc. (Univerzita Karlova, ČR)
- prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc. (Univerzita Karlova, ČR)
- doc. Mgr. Tomáš Gongol, Ph.D. (Slezská univerzita v Opavě, ČR)
- doc. JUDr. Nicole Grmelová, Ph.D. (Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)
- doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (Masarykova univerzita, ČR)
- JUDr. Dušan Holub, Ph.D. (Ekonomická univerzita v Bratislave, Slovensko)
- JUDr. Ing. Tomáš Moravec, Ph.D. (Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)
- JUDr. Ing. Radka Zahradníková, Ph.D., LL.M (Západočeská univerzita v Plzni, ČR)
- Bartosz Ziemblicki, Ph.D., MBA (Wroclaw University of Economics and Business, Polsko)

Organizační výbor

Předseda: Ing. Lukáš Vacuška

Členové:
- Mgr. Jan Škrabka, M.A., M.Sc., M.Sc.
- Mgr. Michal Pohl

Všechny příspěvky publikované ve sborníku z této konference prošly oboustranně anonymním recenzním řízením (double-blind peer review).

© nakladatelství TROAS, 2020

ISBN: 978-80-88055-10-5

ISSN: 2571-4074 (Print)

ISSN: 2571-4082 (On-line)

TROAS s.r.o.

LAW IN BUSINESS
OF SELECTED MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

Proceedings of the XII International Scientific Conference

Main organizer of the conference:
Department of Business and European Law, Faculty of International Relations, Prague University of Economics and Business, Czech Republic

Published by TROAS, s.r.o. in Prague in 2020

1st edition, 60 copies.

Editors:
Jan Škrabka
Lukáš Vacuška

Graphic design, typesetting:
Kateřina Štěpánková, DiS,
GRAFIS – grafický servis
grafis@email.cz, www.graficky-servis.cz

International Scientific Committee:

Chairman:
doc. JUDr. Zbyněk Švarc, Ph.D.
(Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)

Members:
- prof., prof. zw., Dr. et Mgr. Ing. Alexander Bělohlávek, prof. hon., dr.h.c.
- prof. JUDr. Michael Bogdan, jud. dr., B.A., LL.M. (University of Lund, Švédsko)
- o. Univ.-Prof. Mag. Mag.phil. Dr.iur. Tomislav Boric (University of Graz, Rakousko)
- prof. JUDr. Jan Dědič, CSc. (Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)
- prof. Dr. Miklós Király (Eötvös Loránd University, Hungary)
- prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc. (Univerzita Karlova, ČR)
- prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc. (Univerzita Karlova, ČR)
- doc. Mgr. Tomáš Gongol, Ph.D. (Slezská univerzita v Opavě, ČR)
- doc. JUDr. Nicole Grmelová, Ph.D. (Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)
- doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (Masarykova univerzita, ČR)
- JUDr. Dušan Holub, Ph.D. (Ekonomická univerzita v Bratislave, Slovensko)
- JUDr. Ing. Tomáš Moravec, Ph.D. (Vysoká škola ekonomická v Praze, ČR)
- JUDr. Ing. Radka Zahradníková, Ph.D., LL.M (Západočeská univerzita v Plzni, ČR)
- Bartosz Ziemblicki, Ph.D., MBA (Wroclaw University of Economics and Business, Polsko)

Organizing Committee

Chairman: Ing. Lukáš Vacuška

Members:
- Mgr. Jan Škrabka, M.A., M.Sc., M.Sc.
- Mgr. Michal Pohl

All papers published in this conference proceedings have been peer reviewed through a double-blind peer review process.

© nakladatelství TROAS, 2020

ISBN: 978-80-88055-10-5

ISSN: 2571-4074 (Print)

ISSN: 2571-4082 (On-line)

TROAS s.r.o.

Tento sborník vznikl za finanční podpory Interní grantové agentury VŠE v rámci projektu IG207010 (F2/65/2020) a s přispěním prostředků na institucionální podporu vědecké činnosti Fakulty mezinárodních vztahů Vysoké školy ekonomické v Praze.

© TROAS, s.r.o., 2020

ISBN: 978-80-88055-10-5
ISSN: 2571-4074

PRÁVO V PODNIKÁNÍ
VYBRANÝCH ČLENSKÝCH STÁTŮ EU

LAW IN BUSINESS OF SELECTED
MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

Sborník příspěvků k XII. ročníku mezinárodní vědecké konference

Proceedings of the XII International Scientific Conference

TROAS s.r.o.